

Г. Дернбург

Пандекты

Вещное право. Том 2

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 340
ББК 67.0
Г11

Г11 **Г. Дернбург**
Пандекты: Вещное право. Том 2 / Г. Дернбург – М.: Книга по Требованию,
2021. – 184 с.

ISBN 978-5-458-66676-3

ISBN 978-5-458-66676-3

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2021

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2021

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первозданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.



Серия Книжный Ренессанс

www.samizday.ru/reprint

по древнегерманскому праву, которые, будучи едва ощутительными при принятой изстари трехпольной системѣ хозяйства, стали невыносимы вслѣдствіе необходимости перехода къ болѣе интенсивному хозяйству. Далѣе, дорожный сервитутъ для сельско-хозяйственного участка часто мало чувствителенъ; но если, вслѣдствіе роста сосѣдняго города, участокъ превратится въ мѣсто, удобное для построекъ, то такой сервитутъ можетъ становиться въ высшей степени тягостнымъ, если онъ мѣшаетъ застройкѣ участка зданіями.

б) Личные сервитуты имѣютъ цѣлю оказывать опредѣленному лицу, на время его жизни, *материальную поддержку*, въ особенности—предоставить ему пожизненные періодическіе доходы. Капиталь, слѣдовательно, долженъ всецѣло оставаться у собственника, но доходъ цѣликомъ или въ какой либо части—принадлежать управомоченному на сервитутъ.

Различіе между хозяйственными цѣлями вещныхъ и личныхъ сервитутовъ должно привести къ различной правовой структурѣ ихъ. Въ особенности обнаружилось, что при вещныхъ сервитутахъ дѣло идетъ о продолжительныхъ реальныхъ отношеніяхъ, а при личныхъ—о преходящихъ личныхъ отношеніяхъ.

Тѣмъ не менѣе, присутствіе въ нихъ извѣстныхъ общихъ чертъ неоспоримо. Онѣ заключаются въ томъ, что какъ личные, такъ и вещные сервитуты имѣютъ въ виду пользованіе чужими вещами въ *порядкѣ вещнаго права*. Поэтому уже римляне оба эти отношенія подводили, какъ особые виды, подъ одинъ общій институтъ сервитута ⁶⁾).

§ 236. Вещный характеръ сервитутовъ.

Пользованіе чужими вещами или происходитъ при посредствѣ личныхъ требованій, или выполняется путемъ вещныхъ правъ.

Наемъ, аренда, коммодатъ обозначаютъ только обязательственные притязанія на пользованіе нанятыми или взятыми въ ссуду ве-

⁶⁾ Въ тѣсномъ смыслѣ, подъ сервитутами римляне понимали земельныя повинности. § 3 J. de reb. incorp. 2, 2; l. 9 § 7 in fine D. quod metus causa 4, 2. Но Marcianus, libro 3 regularum l. 1 D. de serv. 8, 1, формулируетъ болѣе широкое понятіе сервитута: servitutes aut personarum sunt, ut usus et usufructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum; см. далѣе l. 15 pr. D. eod.; l. 6, § 4 D. si serv. vind. 8, 5; l. 8 § 3 D. de lib. leg. 34, 3.—Pomponius—«personalis servitus», l. 1 § 9 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Впрочемъ одинъ разъ также и Superficies названа «servitus», а именно въ l. 86 § 4 D. de leg. I.

щами. Договоры иного рода и легаты также часто даютъ основаніе только праву требовать предоставленія пользованія ¹⁾. Такого рода сдѣлки обязываютъ лишь общающаго и его наслѣдниковъ, но не третьихъ лицъ, напр. покупателя вещи, пользованіе которою было общано ²⁾.

При сервитутахъ все это иначе.

1. Сервитутъ ставитъ управомоченнаго въ отношенія къ *вещи*, которая обременена. Сервитутъ можетъ, поэтому, быть осуществляемъ противъ каждаго, кто его нарушаетъ или колеблетъ; признанія сервитута можно домогаться не посредствомъ *actio in personam*, а посредствомъ *actio in rem confessoria*.

2. *Servitus in faciendo consistere nequit*—это старинная юридическая поговорка. А именно, сервитутъ обязываетъ владѣльца служащей вещи къ «терпѣнію»—*pati*—или къ «не дѣланію»—*non facere*;—но никоимъ образомъ не къ «дѣланію»—*facere* ³⁾.

Это соотвѣтствуетъ сущности вещнаго права. Вещное право ставитъ вещи непосредственно подъ господство управомоченнаго. Каждый долженъ терпѣть воздѣйствіе управомоченнаго на вещь, никто не долженъ его стѣснять. Но обязанность владѣльца вещи къ совершенію тѣхъ или иныхъ дѣйствій лежитъ внѣ рамокъ вещнаго права. Право на дѣйствія вытекаетъ не изъ господства надъ вещью, а представляется правомочіемъ относительно лица.

Поэтому, по римскому праву на собственника *служащей* вещи нельзя было даже возложить, съ силою вещнаго обремененія, хотя бы *содержаніе* ея въ состояніи *пригодности къ служенію*. Напро-

¹⁾ l. 12 D. de annuis legatis 33, 1. Paulus libro 13 responsorum: Gajus Sejus praedia diversis pagis Maeviae et Sejae legavit et ita cavit: «praestari autem volo ex praediis Potitionis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundaе annua librarum singula milia»: quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit. Paulus respondit: servitutem jure constitutam non videri neque in personam neque in rem; sed fideicommissi petitionem competisse et, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri. Для реального сервитута недостаетъ, конечно, и сосѣдства участковъ. Ср. далѣе l. 58 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

²⁾ Часто бываетъ сомнительно, идетъ ли рѣчь только объ обязательной обязанности или о вещномъ обремененіи; напр., владѣлецъ виллы общаетъ другому не строить своей виллы выше извѣстнаго предѣла. Цѣль договора часто указываетъ на то, что рѣчь въ немъ идетъ о такъ наз. *pactum intuitu fundi initum*. Если этого нѣтъ, то надо предположить меньшее, т. е. только обязательную обязанность.

³⁾ l. 15 § 1 D. de servitutibus 8, 1. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

тивъ, это по необходимости составляетъ обязанность управомоченнаго на сервитутъ. Субъектъ дорожного сервитута, напр., долженъ содержать въ соответствующемъ состоянii дорогу, управомоченный на водопроводъ—каналъ черезъ обремененный участокъ ⁴⁾).

Одинъ только сервитутъ *operis ferendi* составляетъ исключеніе. Содержаніе подпорной стѣны въ состоянii способности выдерживать тяжесть возлагалось по старой практикѣ на собственника обремененной вещи ⁵⁾). Только путемъ дереликціи своего строенiя онъ могъ избавиться отъ этой обязанности. Когда въ послѣднее время республики развивающаяся римская юриспруденція формулировала принципъ, что сервитутъ не можетъ обязывать къ совершенію дѣйствій, то, конечно, возникъ вопросъ, приложимо ли то же самое къ *servitus operis ferendi*. Галлъ Аквилій отвѣтилъ утвердительно, но Сервій Сульпицій и Лабенъ взяли подъ свою защиту установившуюся практику ⁶⁾). Вслѣдствіе этого она сохранилась. Она и имѣла хорошія хозяйственныя основанія. Исправленіе поддерживающей стѣны собственникомъ обременнаго, а не собственникомъ господствующаго участка—отвѣчаетъ интересамъ обѣихъ сторонъ ⁷⁾). Было бы неосновательно отказаться отъ цѣлесообразнаго

⁴⁾ l. 11 D. communia praediorum 8, 4.

⁵⁾ l. 33 D. de serv. pr. urb. 8, 2. Paulus libro 5 epitomarum Alfeni digestorum: Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege aedium ita scriptum esset: «paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit» satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Альфенъ обосновываетъ обязанности ремонта собственникомъ служащей вещи путемъ интерпретаціи обычной формулы установленія этого сервитута. Ибо, если въ сдѣлку включена оговорка: «стѣна должна оставаться въ томъ состоянii, въ какомъ она находится», то въ этомъ заключается требованіе, чтобы она содержалась въ прежнемъ видѣ. Принципомъ: «servitus in faciendo consistere requiritur» Альфенъ вообще не занимается. Что же касается «забавы» и «сокрытія фактическаго состава», о которыхъ говоритъ Pernice, Parerga, Savignyzeitschr. rom. A. t. 5, стр. 94, я этого ничего не вижу.

⁶⁾ l. 6 §§ 2 и 3 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. sed evaluit Servi sententia in proposita specie, ut possit quis defendere jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. Haec autem actio in rem magis est, quam in personam et non alii competit, quam domino aedium et adversus dominum. sicuti caeterarum servitutum intentio, cp. l. 8 § 2 D. eod.

⁷⁾ Для собственника служащей вещи было бы въ высшей степени тягостно, если бы субъектъ сервитута имѣлъ самостоятельное право рефекціи (исправленія) и

обычая. Логика, правда, признаетъ, что *servitus oneris ferendi*, со своей, возложенной на собственника служащей вещи, обязанностью поправокъ, не выдерживаетъ въ чистотѣ вещнаго характера, а скорѣе содержитъ въ себѣ смѣшеніе съ обязательственными элементами, но логика не заставляетъ насъ признавать недопустимымъ такое явленіе положительнаго права ⁸⁾.

По общему праву (*gemeines Recht*) на собственника служащей вещи *обязанность поправокъ при всѣхъ* сервитутахъ *можетъ быть возложена* въ качествѣ *составной части повинности*. Такъ какъ общему праву извѣстны и многіе другіе, обязывающіе къ *facere*, реальные земельные сервитуты, чуждые римскому праву, то и считалось всегда допустимымъ, чтобы съ сервитутомъ связывалась обязанность собственника служащаго участка къ содержанию въ цѣлости приспособленій, необходимыхъ для пользованія сервитутомъ. Эта обязанность должна быть только ясно сформулирована или установлена незапамятной давностью ⁹⁾.

Общее право знаетъ даже повинности, *главное содержаніе* ко-

долженъ былъ бы ту стѣну, которая все же, по общему правилу, опредѣлена для служащаго участка, возстановить по односторонней мѣркѣ своихъ интересовъ. Но если управомоченному на сервитутѣ отказать въ правѣ рѣсекціи, то, само собою, обязанность рѣсекціи должно возложить на собственника служащей вещи, коль скоро сервитутъ долженъ быть прочтенъ и исполнять свое назначеніе. На это обстоятельство обратилъ вниманіе Elvers, ук. соч., стр. 61; ср. также Karlowa: „Rechtsgeschichte“, т. 2, стр. 524.

⁸⁾ Разнообразны попытки новыхъ юристовъ объяснить эту особенность. Многіе полагаютъ, что въ случаяхъ *servitus oneris ferendi* рядомъ съ сервитутомъ существуетъ „законное обязательство къ *facere*“. Но это значить произвольно разобщать то, что мыслится какъ единое. Неестественъ, въ особенности взглядъ Mühlenbruch'a въ *civ. Arch.*, т. 14, н. 14 и Vangerow'a, т. 1 § 342, прим. 2, что въ данномъ случаѣ имѣется примѣненіе извѣстнаго положенія сосѣдскаго права, по которому собственникъ вещи, угрожающей разрушеніемъ, долженъ или исправлять ее, или отказать отъ нея; такъ что аномалія лежитъ будто бы лишь въ томъ, что искъ здѣсь возникаетъ изъ *lex servitutis*. Въ этомъ именно лежитъ особенность, и она не объясняется этою конструкціею. Совершенно ошибочно далѣе утверждение Böking'a, *Pand.*, т. 1 § 160 прим. 15, будто совершенно неправильно, что собственникъ охраняющей стѣны обязанъ *facere*, такъ какъ и *servitus oneris ferendi* требуетъ только „*pati*“, а именно „допущенія обремененія, пассивнаго несенія тяготы со стороны обремененнаго участка, слѣдовательно, и свойствъ его, въ качествѣ несущаго или поддерживающаго“. Этимъ „слѣдовательно“ дѣлается обратный скачекъ отъ *pati* къ *facere*. Ср. Windscheid, т. 1, § 211а, прим. 3. Противъ исключительности свойства *servitus o. f.* высказывается также Kohler, ук. соч. стр. 197.

⁹⁾ См. Buchka u. Budde, „Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock“, т. 4, стр. 123—у Seuffert'a т. 17, н. 8,—O. A. G. zu Berlin у Seuffert'a т. 26, н. 108. Герм. гр. ул. § 1021 допускаетъ соглашеніе о томъ, чтобы собственникъ обремененнаго участка поддерживалъ сооруженія, поскольку этого требуютъ интересы управомоченнаго; если земельный сервитутъ состоитъ въ правѣ имѣть сооруженіе на сооруженіи обязанной недвижимости, то по § 1022 герм. гр. ул. *in dubio* собственникъ обязаннаго участка долженъ содержать свое сооруженіе, поскольку того требуетъ интересъ управомоченнаго на сервитутѣ.

торыхъ состоитъ въ facere собственника обремененной вещи, напр. въ выплатѣ ренты или періодическомъ отпускѣ лѣсного матеріала или въ оказаніи какихъ либо иныхъ услугъ. Такія повинности не являются сервитутами. Онѣ образуютъ юридическій институтъ особаго рода—*Reallasten* ¹⁰⁾ ¹¹⁾).

2. Невозможенъ сервитутъ относительно собственной вещи—*nulli res sua servit* ¹²⁾). Вслѣдствіе этого сервитутъ относительно собственной вещи считается недѣйствительнымъ. Далѣе, сервитутъ прекращается путемъ конфузіи, т. е. когда управомоченный на сервитутъ приобретаетъ право собственности на служащую вещь.

Выраженіе «чужая вещь» употреблено здѣсь лишь въ отрицательномъ смыслѣ, то есть относительно вещи, которая не состоитъ въ собственности субъекта сервитута. Поэтому, если служащая вещь окажется безъ господина, напр. вслѣдствіе дереликціи, то сервитутъ сохраняется ¹³⁾ ¹⁴⁾).

§ 237. Отношеніе сервитута къ праву собственности.

Сервитутъ коллидируетъ съ правомъ собственности на служащую вещь. Въ своей сферѣ сервитутъ имѣетъ преимущество и слѣдовательно стѣсняетъ полное осуществленіе права собственности. *Сервитутъ* часто рассматриваютъ, какъ *выдѣленную со-*

¹⁰⁾ Прежде *Reallasten* назывались *servitutes juris Germanici* и рассматривались по аналогіи съ сервитутами. Теперь никто болѣе не сомнѣвается въ томъ, что *Reallasten* подчиняются нормамъ особаго рода. Ср. герм. гр. у.л. §§ 1105 и слѣд.

¹¹⁾ Впрочемъ, римляне хорошо знали *Reallasten* въ области публичнаго права. Это доказалъ Pernice, *Pererga*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F.* т. 5, стр. 67 и сл.

¹²⁾ l. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

¹³⁾ Относящимся сюда случаевъ было, по классическому праву, освобожденіе раба, на которомъ лежалъ *usufructus*, *Ulpian. fragm.* l. § 19. Несогласное опредѣленіе Юстиніана въ l. 1 C. communia de manum. 7, 15 покоится на соображеніяхъ практическихъ. Возможна ли оккупация сервитута на безхозяйную вещь, напр., собственникъ дома, расположеннаго у морского берега, строить балконъ на море? *Elvers*, ук. соч. стр. 30, признаетъ сервитутъ. Я не вижу оснований это оспаривать.

¹⁴⁾ Традиціонное правило римлянъ гласитъ: *servitus servitutis esse non potest*. Отсюда заключали, что собственникъ не могъ бы юридически установить къ своей вещи *usus* или *usufructus* дорожнаго сервитута. l. 1 D. de usu et usufr. leg 33, 2, и что управомоченный на сервитутъ не можетъ возложить сервитутъ на свой сервитутъ, l. 33 § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3; но въ концѣ концовъ ни того, ни другого, какъ это видно изъ приведенныхъ мѣстъ, строго не проводили. Дѣлали также изъ сказаннаго правила въ высшей степени сублинный выводъ, что собственникъ, даже съ согласія *usufructuaria*, не можетъ установить сервитута, стѣсняющаго права послѣдняго, l. 15 § 7, l. 16 D. de usufructu 7, 1. Ср. однако *Arndts* § 179 пр. 5. Положеніе *servitus servitutis esse non potest* позднѣйшими римскими юристами, какъ видно изъ

ставную часть права собственности ¹⁾. Но рѣчь идетъ только объ *ограниченіи* собственности, а не объ *выдѣленіи* составной части ея ²⁾. Иначе потребовался бы для воссоединенія отдѣленнаго сервитута съ правомъ собственности каждый разъ особый актъ пріобрѣтенія. Но это, однако, не такъ. Напротивъ, собственность *консолидируется* сама собою, непосредственно, коль скоро сервитутъ прекращается. Что дѣло здѣсь вовсе не въ изытіи или перенесеніи составной части права собственности, ясно между прочимъ изъ того, что содержаніе сервитута не всегда тождественно съ тѣмъ, что теряетъ собственникъ. *Servitus altius non tollendi*, напр., препятствуетъ собственнику служащей вещи строить, но управомоченному на сервитутъ не принадлежитъ право строить на сосѣднемъ участкѣ; онъ имѣетъ лишь право воспрепятствія ³⁾ ⁴⁾.

Степень ограниченія права собственности наличностью сервитута сомнительна въ различныхъ направленіяхъ.

l. 1 D. de usu et usufr. 33, 2 и l. 33, § 1 D. de serv. pr. rust. 8, 3, было частью ограничено, частью обойдено. Въ общемъ правъ оно во всякомъ случаѣ не сохранилось; ср. Adolf Schmidt въ *Bekkers Jahrbuch*, т. 3, стр. 260, пр. 27. И выводъ, который даетъ l. 15 § 7, l. 16 D. de usufr. 7, 1, поэтому болѣе не признается.

¹⁾ Такъ Büchel, *civilrechtliche Erörterungen* т. 1 н. 3 über Verpfändung der jura in re, Bachofen, *Pfandrecht*, т. 1 стр. 67; ср. Vangerow, т. 1 § 338 стр. 689—см., однако, ниже прим. 4—и Elvers, ук. соч. стр. 41, Windscheid, т. 1 § 200 пр. 3.

²⁾ Это проявляется при usufruct, ср. l. 63 D. de usu fr. 7, 1, привед. выше § 81 пр. 6; Правда существовала вульгарная, вѣроятно очень древняя поговорка: *fructus portionis instar optinet*, l. 76 § 2 D. de leg. II. Но римская научная юриспруденція признала, что это положеніе не соответствуетъ истинѣ. Папиніанъ, между прочимъ, объяснялъ l. 33 § 1 D. de usufructu 7, 1: *usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit*. Paulus въ l. 4 D. de usufructu 7, 1 иначе ставитъ вопросъ: *usus fructus in multis casibus pars domini est*, и прямо отвергаетъ поговорку въ l. 25 D. de V. S. 50, 16, libro 21 ad edictum: *recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam cum usus fructus alienus est quia usus fructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter*. Подобнымъ же образомъ Papinian, въ l. 66 § 6 D. de leg. II. Cp. Dernburg, *Pfandr.* т. 1 стр. 132.

³⁾ Cp. Scheurl въ der *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, т. 12 н. 7.

⁴⁾ Vangerow, т. 1 § 338 стр. 689 утверждаетъ относительно *servitutes praediorum urbanorum*, и только относительно ихъ, что они заключаютъ въ себѣ дѣйствительно, то есть по существу права, изытія изъ права собственности права. При нихъ, и только при нихъ, имѣется уменьшеніе, а не ограниченіе права собственности; здѣсь, и только здѣсь, нужно со стороны собственника новое пріобрѣтеніе, если отдѣленная составная часть собственности должна вновь соединиться съ нею. Источники ясно высказываютъ эту мысль l. 5 § 9 D. de op. nov. nunt. 39, 1. *Et belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis . . . impositicam, cum quis postea quam jus suum deminuit, alterius auxit. hoc est postea, quam servitutem aedibus suis imposuit. contra servitutem fecit*. Но въ высшей степени рисковано, изъ невиннаго разъясненія Pedius'a, что собственникъ, установленіемъ городского сервитута, уменьшаетъ свое право, выводить юридическое правило. Оно даетъ лишь слабую опору для аксіомы, что городской сервитутъ, и только онъ, содержитъ въ себѣ отдѣленіе правомочія отъ права собственности. Взглядъ Vangerow'a не нашелъ себѣ отголоска.

1. Насколько сервитутъ мѣшаетъ собственнику при совмѣстномъ пользованіи?

Сервитутъ нерѣдко объемлетъ полное или преимущественное пользованіе служащею вещью. Узуфруктъ, между прочимъ, даетъ право на всестороннее пользованіе плодами. Пока онъ существуетъ, собственникъ не долженъ имѣть притязаній на плоды. Предіальные сервитуты, далѣе, съ опредѣленнымъ объемомъ, напр. лѣсные сервитуты на лѣсъ опредѣленнаго качества, пастбищный сервитутъ съ опредѣленнымъ количествомъ скота,—даютъ просто преимущественное передъ собственникомъ право. То же можетъ быть и при неопредѣленныхъ предіальныхъ сервитутахъ, такъ что они имѣютъ преимущественное значеніе передъ правомъ собственности въ размѣрѣ потребности господствующаго участка.

Но это не необходимо. Часто, согласно акту установленія сервитута, обычаю или совокупности обстоятельствъ, смыслъ сервитута бываетъ таковъ, что субъектъ сервитута и собственникъ служащаго участка должны пользоваться одинъ не исключая другого. Такъ, по общему правилу, бываетъ напр. въ томъ случаѣ, если сосѣду предоставлено право черпать воду изъ нашего источника. Если, поэтому, вслѣдствіе увеличенія потребности или частичнаго истощенія источника воды не хватитъ на обоихъ, то должно проивойти регулированіе пользованія, признающее въ одинаковой мѣрѣ интересы обѣихъ сторонъ. То же происходитъ, по общему правилу, и при неопредѣленныхъ пастбищныхъ сервитутахъ ⁵⁾).

2. Такъ какъ собственникъ, и послѣ предоставленія кому либо сервитута, сохраняетъ всѣ совмѣстимыя съ сервитутомъ права, то онъ подчасъ имѣетъ возможность предоставлять еще и другимъ

⁵⁾ Ср. Glück, т. 10, стр. 180 и слѣд. и то, что тамъ приведено; Seuffert, Erörterung, т. 2, стр. 46 и слѣд. противъ—Vangerow, т. 1, § 340, стр. 716 и Windscheid, т. 1, § 209 пр. 13. Vangerow утверждаетъ, что если сервитутъ установленъ неопредѣленно, то это можетъ имѣть лишь тотъ смыслъ, что предоставленное право существуетъ въ такомъ объемѣ, въ какомъ оно можетъ быть установлено вообще, какъ реальный сервитутъ, то есть поскольку простирается потребность господствующаго участка; слѣд. въ случаѣ неопредѣленнаго установленія объемъ правъ, въ дѣйствительности, всетаки опредѣленъ не менѣе точно, чѣмъ если бы по этому поводу были установлены особые договорныя или заявительныя распоряженія. Съ этимъ нельзя согласиться. Потребности господствующаго участка есть *maximum* объема сервитута. Но, разумѣется, объемъ можетъ быть и меньше. А имѣется ли это въ виду—это вопросъ толкованія. Такъ выходитъ по общимъ положеніямъ: и это согласуется съ источниками. Въ l. 6 C. de serv. 3, 34 Clodius a. 269 рѣшаетъ случай, въ которомъ сосѣдъ contra statutam consuetudinis formam притязалъ на большее количество воды, чѣмъ какой могъ лишиться служащій участокъ, и объявляетъ это недопустимымъ; вѣдь это было бы *durum et crudelitati proximum ex tuis praediis aquae agmen ortum sitientibus*

лицамъ сервитутныя правомочія,—конечно, если этимъ не нарушаются права перваго управомоченнаго на сервитутъ. Онъ можетъ, напр., дать дорожный сервитутъ, уступленный одному лицу — и другому, и третьему, или также послѣдовательно можетъ предоставить водный сервитутъ разнымъ лицамъ ⁶⁾).

3. Сервитутомъ надо пользоваться бережно—*civiliter* ⁷⁾). Управомоченный на сервитутъ не долженъ терять изъ виду интересы собственника и его хозяйство и даже терпѣть съ его стороны не большія затрудненія ⁸⁾). Но права управомоченнаго на сервитутъ вслѣдствіе этого не должны существенно сокращаться ⁹⁾ и ясныя юридическія основанія ихъ не должны извращаться ¹⁰⁾).

agris tuis ad aliorum usum vicinorum injuria propagari. Императоръ ссылается не только на обычай, но и на общее соображеніе, которое могло вызвать обычай, и которое можетъ найти себѣ примѣненіе и при толкованіи договоровъ объ установленіи сервитутовъ. Слѣдовательно, не такъ уже непонятно, какъ думаетъ Vangerow, что противъ его мнѣнія ссылаются на это мѣсто. *L. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4* высказываетъ сродственную точку зрѣнія. Ср. герм. гр. ул. § 1019.

⁶⁾ *L. 15 D. communia praediorum 8, 4* Paulus libro 1 epitomarum Alfeni: Qui per certum locum iter aut actum alicui cessisset, eum pluribus per eundem locum vel iter vel actum cedere posse verum est: quemadmodum si quis vicino suas aedes servas fecisset, nihilo minus alius quot vellet multis eas aedes servas facere potest. *l. 2 §§ 1 и 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.* Ср. *die l. 4 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 19 § 2 D. comm. div. 10, 3* объ а. communi dividundo и *negotiorum gestorum* между нѣсколькими управомоченными на сервитутъ.

⁷⁾ *l. 9 D. de servit. 8, 1.* Celsus libro 5 Digestorum: Si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequae commodae per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Все это относится не только къ земельнымъ сервитутамъ, но не менѣе того и къ личнымъ. Тоже герм. гр. ул. § 1020.

⁸⁾ Существуютъ, напр., право проѣзда черезъ дворъ сосѣда. Этотъ послѣдній для охраны своей собственности, устраиваетъ ворота тамъ, гдѣ сервитутовладелецъ до сихъ поръ вѣзжалъ свободно и запираетъ ихъ задвижкой, такъ что субъектъ сервитута, прежде чѣмъ онъ сможетъ проѣхать, принужденъ пройти во дворъ сосѣда и тамъ, отодвигая задвижку, долженъ отворить ворота, или же ему приходится вызывать сосѣда для отпиранія. Можетъ ли субъектъ сервитута требовать удаленія воротъ или задвижки? Рѣшеніе зависитъ отъ того, идетъ ли рѣчь въ самомъ дѣлѣ о значительномъ затрудненіи въ правѣ проѣзда. Этого нельзя допустить, между прочимъ, тогда, когда приходится пользоваться проѣздомъ не постоянно, а лишь въ особыхъ случаяхъ. Seuffert, *Archiv.* т. 15, н. 7, т. 24, н. 14, 16.

⁹⁾ Критеріемъ тутъ служатъ мѣстные обычаи. Напр., при правѣ прогона для скота достаточно, чтобы управомоченный на такой сервитутъ прогонялъ стадо по дорогѣ такъ, какъ это обыкновенно дѣлали порядочные мѣстные поселяне; необычныхъ мѣръ, съ цѣлью помѣшать скотинѣ убѣгать съ дороги, онъ не обязанъ принимать. Seuffert, *Archiv.* т. 15, н. 103.

¹⁰⁾ Управомоченнаго на сервитутъ нельзя принудить къ перенесенію сервитута на другой участокъ собственника служащей вещи, даже если бы этимъ ему не причинялось существеннаго убытка. Ибо это было бы не видоизмѣненіемъ пользованія существующимъ сервитутомъ, но его прекращеніемъ съ учрежденіемъ новаго сервитута. Seuffert, *Archiv.* т. 31 н. 118. Перенесеніе на другую часть обремененнаго участка можетъ быть допустимо, герм. гр. ул. § 1023.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Предіальные, вещные или поземельные сервитуты.

I. Общія положенія.

§ 238. Понятіе и сущность предіальныхъ сервитутовъ.

Предіальные сервитуты. — Grunddienstbarkeiten, поземельные сервитуты—*суть соединенныя съ какимъ либо земельнымъ участкомъ и предназначенныя для его пользы вещныя права на чужіе земельные участки* ¹⁾. Требуется, такимъ образомъ, наличность господствующаго и служащаго участка.

Предіальные сервитуты составляютъ достояніе лица, которое въ данное время состоитъ собственникомъ господствующаго участка. Право на нихъ принадлежитъ всякому преемнику первого приобретателя, все равно, получилъ ли онъ участокъ по универсальному, или сингулярному преемству ²⁾, или инымъ образомъ, напр. по давностному владѣнію ³⁾. Такимъ образомъ, они соединены съ участкомъ такъ, что принадлежатъ ему, какъ извѣстное свойство ⁴⁾.

Подобная юридическая конструкция отнюдь не соответствуетъ общему представленію римлянъ о правѣ. По ихъ мнѣнію индивидъ самъ создаетъ свои права и связываетъ ихъ со своею личностью.

¹⁾ l. 1 § 1 D. communia praediorum 8, 4. Ulpianus libro 2 institutionum: Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem acquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

²⁾ l. 12. D. comm. praed. 8, 4. Paulus libro 15 ad Sabinum: Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur, aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt. Cp. также 47—l. 49 D. de contr. empt. 18, 1.

³⁾ Cp. l. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3. Paulus libro 15 ad Sabinum. Si fundus serviens vel is cui servitus debetur publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua condicione quisque fundus publicaretur.

⁴⁾ l. 86 D. de V. S. 50, 16. Celsus libro 5 digestorum: Quid aliud sunt „jura praediorum“ quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo, cp. l. 12 D. quemadm. serv. am. 8, 6. Сопоставленіе юридическихъ и естественныхъ свойствъ участка остроумно, но отнюдь не можетъ мыслиться какъ ихъ отождествленіе; ср. впрочемъ Bachofen, Pfandrecht, т. I стр. 97 сл. Нѣкоторые обозначаютъ предіальные сервитуты, какъ „расширеніе собственности“, для чего обыкновенно ссылаются на l. 5 § 9 D. de o. n. n. 39, 1—приведенную выше, § 237 пр. 4. Противъ этого справедливо высказывается Schönemann, ук. соч. стр. 105: право собственности на господствующій участокъ есть полное правовое господство надъ нимъ; приобретеніе же предіальнаго сервитута не есть расширеніе господства надъ этой вещью, а прибавленіе доли господства надъ другою вещью. Даже и римляне обозначали сервитуты, какъ „безъ-лесныя вещи“, хотя они и присоединяются къ собственности, которая считалась чѣмъ-то „тѣлеснымъ“, l. 14 D. de servit. 8, 1.

и съ личностью своихъ наслѣдниковъ. Соединеніе правъ съ какимъ либо участкомъ было прежде незнакомо римлянамъ. Напротивъ, германское право любитъ опредѣлять правовое положеніе участка разъ навсегда, при помощи такихъ правовыхъ построеній, которыя не нарушаются отъ смѣны индивидовъ. Здѣсь и для земельныхъ повинностей была болѣе благоприятная почва, чѣмъ въ Римѣ.

Нѣкоторые авторы признають *господствующій участокъ* прямо таки субъектомъ предіальнаго сервитута, какъ бы юридическимъ лицомъ, и именно этимъ путемъ пытаются юридически оправдать связь сервитута съ участкомъ ⁵⁾. Казалось бы, въ пользу этого мнѣнія говоритъ и терминологія источниковъ, согласно которой «сервитутъ принадлежитъ участку», «составляетъ должное ему» ⁶⁾. Но это было бы каррикатурою юридическаго лица, и навѣрное не соотвѣтствуетъ римской конструкціи. Источники не менѣе часто, чѣмъ участку, приписываютъ сервитутъ *собственнику* господствующаго участка. И, что важнѣе, нормы права о предіальныхъ сервитутахъ противоположны той конструкціи. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ отмѣтить, что сервитутъ прекращается путемъ конфузіи, если собственникъ господствующаго участка становится собственникомъ и служащаго участка. Будь субъектомъ права участокъ, ничто не мѣшало бы въ подобномъ случаѣ продолженію сервитута; самое большее—пришлось бы только разсматривать его какъ находящійся въ состояніи покоя, пока оба участка находятся въ однѣхъ рукахъ ⁷⁾.

Участокъ есть тотъ медіумъ, къ которому приурочивается право настоящаго собственника. Разсуждая послѣдовательно, предіальный

⁵⁾ Такъ, въ особенности: Böking, Inst. § 62d, Pand. т. 1 § 38. Но противъ этого—новые авторы, ср. Elvers, стр. 95, Windscheid, т. 1 § 57 пр. 10.

⁶⁾ Ср. напр. l. 12 D. de serv. 8, 1 «fundo recte servitus adquiritur» l. 31 D. de serv. pr. rust. 8, 3 «fundo servitutem aquae quaesierat», l. 13 pr. D. eod. и l. 30 § 7 D. de neg. gest. 3, 5 «sententia praedio datur». Arndts, ук. соч. указываетъ на то, что встрѣчается также и выраженіе: «pecori cui adpulsus debetur», l. 1 § 18 D. de aqua cott. 43, 20 и «ager itineri aut actui servit», l. 13 § 1 D. de serv. pr. r. 8, 3. Римскіе юристы старались придавать своимъ мыслямъ наглядное и соотвѣтственное выраженіе. Но они не каждый свой оборотъ изошряли до такой степени, чтобы изъ нихъ можно было бы вывести правило. Этимъ они лишили бы себя всякой свободы. Въ другихъ мѣстахъ они прямо называютъ собственника господствующаго участка управомоченнымъ на сервитутъ, напр. въ l. 17 § 3 D. de serv. pr. urb. 8, 2. «pollicetur venditor sibi servitutem deberi», далѣе въ выше (пр. 1) приведенныхъ l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 4 и въ l. 30 § 1 D. de serv. pr. urb. 8, 2.—Выраженіе praedium serviens встрѣчается часто; напротивъ, выраженіе praedium dominans менѣе свойственно источникамъ.

⁷⁾ И герм. гр. ул. § 1018 говорить: участокъ можетъ быть обремененъ въ пользу *каждою данною* (jeweiligen) *собственника* другого участка.