



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

ZBORNIK
ZNANSTVENIH
RAZPRAV

2020

LETNIK LXXX

Zbornik znanstvenih razprav
LXXX. letnik, 2020

Izdala / Published by

Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani,
za Založbo Pravne fakultete v Ljubljani Irena Kordež, direktorica

Zbornik je izšel s finančno pomočjo Javne agencije za raziskovalno dejavnost RS.
The publication is financially supported by Slovenian Research Agency.

Uredniški odbor / Editorial Board

Maruša Tekavčič Veber, univ. dipl. prav., sekretarka
dr. Bojan Bugarič, dr. Aleš Galič, dr. Katja Škrubej, dr. Luka Tičar

Mednarodni uredniški svet / International Editorial Council

dr. Janko Ferik (Univerza v Celovcu, Deželno sodišče v Celovcu), dr. Katja Franko Aas (Pravna fakulteta Univerze v Oslu), dr. Velinka Grozdanič (Pravna fakulteta Univerze na Reki), dr. Tatjana Josipović (Pravna fakulteta Univerze v Zagrebu), dr. Claudia Rudolf (Inštitut za pravo Evropske unije, mednarodno pravo in primerjalno pravo, Pravna fakulteta Univerze na Dunaju), dr. dres. h. c. Joseph Straus (Inštitut Maxa Plancka za inovacije in konkurenco)

Odgovorni urednik / Editor-in-Chief

dr. Primož Gorkič

Članki so recenzirani. *Articles are peer-reviewed.*

Oblikovanje naslovnice / Cover design

Ranko Novak

Jezikovni pregled in grafična priprava / Proofreading and layout

Dean Zagorac

Tisk / Printed by

Litteralis, d.o.o.

Cena zvezka skupaj z DDV / Price (VAT incl.)

41,30 EUR

Prvi natis / First press run

200 izvodov, Ljubljana 2020

Naročila / Orders

telefon: 01 42 03 113, faks: 01 42 03 115, www.pf.uni-lj.si

UDK34(497.4)(05)

Zbornik znanstvenih razprav

ISSN 1854-3839

ISSN (spletna izdaja / *on-line edition*): 2464-0077

Spletni strani / Web pages

<http://zbornik.pf.uni-lj.si>

<http://journal.pf.uni-lj.si>

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna.

Content on this publication is licensed under a Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International licence.

(<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>)



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

ZBORNİK
ZNANSTVENIH
RAZPRAV

2020

LETNIK LXXX



Vid Žepič*

Zemljiška služnost kot pravnodogmatični model v obdobju *usus modernus pandectarum***

»[...] diese vor so vielen andern die günstige *Fata* in Teutschland erlebt, daß *in materia servitutum* fast gar nichts, was das *Jus Romanum* darüber geordnet durch *contraren* Gebrauch und *observanz* wäre *immutiert* worden.«¹

1. Uvod

Razumevanje zemljiške služnosti je bilo v pravnozgodovinskem obdobju *usus modernus pandectarum* (med 16. in 18. stoletjem) mnogo širše kot v antičnem rimskem pravu.² Rimskopravna zemljiška služnost (*servitus*)³ za učene pravnike predstavlja dogmatični model za pojmovanje in vključitev najrazličnejših pojavov fevdalne družbe v miselne

* Vid Žepič, magister prava, asistent na Katedri za pravno zgodovino Pravne fakultete Univerze v Ljubljani; vid.zepic@pf.uni-lj.si.

** Razprava obravnava vsebinsko jedro magistrskega diplomskega dela *THEATRUM SERVITUTUM: POJAVNE OBLIKE OBČEPRAVNIH SLUŽNOSTI, ki ga je avtor pod mentorstvom izr. prof. dr. Marka Kambiča zagovarjal v juniju 2020 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.*

¹ »Spričo ugodne usode na področju prava, ki ureja služnosti, ni ostalo skoraj ničesar, kar je glede tega določilo rimsko pravo, nespremenjeno zaradi nasprotne rabe in krajevnih navad.« Schweser, *THEATRUM* (1709), str. 2.

² Obdelava občepravnega razvoja zemljiških služnosti ostaja pravnozgodovinski desiderat. Teme se bežno dotaknejo Möller, *SERVITUTEN* (2010), str. 365 in nasl.; Coing, *EUROPÄISCHES I* (1985), str. 310–318; Neandrup, *ZUR GESCHICHTE* (1900). Recepcijo služnosti v pravni kulturi *common law* obravnava Seebo, *SERVITUS* (2005).

³ Rimski klasiki so besede *servitus* uporabljali le za opisovanje zemljiških služnosti, ne pa kot nadpomenko osebnim »služnostim« (*ususfructus, usus, habitatio, operae servorum vel animalium*). Glej

kategorije občega prava (*ius commune*).⁴ Med služnosti so v tem obdobju šteli nekatera zasebnopravna kot tudi javnopravna razmerja, ki bi jih z vidika modernega prava le težko uvrstili med služnosti. Gre denimo za upravičenja podeželskih sovesk oziroma njenih članov na skupnih zemljiščih (tj. gmajnah, planinah in nekaterih gozdovih), omejitve lastninske pravice v sosedskem interesu (tako imenovane zakonite služnosti), podložništvo, patronatne pravice, prisilne pravice, regalije in meddržavne služnosti.⁵ Razmerja, ki so jih občeppravna znanost, judikatura najvišjih sodišč in zgodnje naravnopravne kodifikacije štete med zemljiške služnosti, označujem z zbirnim izrazom *občeppravne služnosti*.

V prvem delu razprave orišem tiste značilnosti obdobja *usus modernus pandectarum*, ki omogočajo lažje razumevanje tedanje pravne metodologije. Sledi kronološki pregled teoretičnih pogledov na naravo zemljiške služnosti, ki sega od glosatorjev do zgodovinskopravne šole. Poudarek je namenjen opisu izzivov, s katerimi so se srečevali občeppravni juristi pri usklajevanju partikularnopravnega z rimskopravnim izročilom.⁶ Osrednji del razprave obravnava pojavne oblike občeppravnih služnosti, ki jih pojmovno analiziram v sklepnem delu razprave. S prispevkom želim omiliti ustaljeno mnenje o razvojni premočrtosti služnostne dogmatike, katere vsebina naj bi se od časov antičnega rimskega prava le malo spremenjala.⁷

Gai. 2, 14. Schulz, CLASSICAL (1951), str. 382, 391 in 393. Občeppravni razvoj osebnih služnosti obravnava Heger, DER NIEßBRAUCH (2004).

⁴ Coing (EUROPÄISCHES I (1985), str. 36 in 342) poudarja, da je bila pripravljenost novoveških juristov za romanizacijo fevdalnih kategorij s sredstvi, ki jih je ponujala Justinijanova kodifikacija, ključni prispevek pravne znanosti k uveljavitvi občega prava kot univerzalnega pravnega sistema.

⁵ Naševa jih Maurenbrecher, LEHRBUCH (1840), str. 563.

⁶ Proučevano obdobje je zanimivo s primerjalnopravnega vidika, saj kaže na nevarnost zapletov, ki jih prinaša nekritično združevanje različnih pravnih tradicij. Nejasnosti so v razmerah nekodificiranega prava, ki mu je vse od prvih kodifikacij takt določala predvsem pravna doktrina, vodile v pravno negotovost. Ne preseneča tarnanje kranjskega rojaka Franca Ksaverja Jelenca, profesorja rimskega in kanonskega prava v Innsbrucku, ki je obupal nad baročno-rokokojskimi amalgami nemških praktikov: »Lepo, plemenito in enostavno je bilo rimsko pravo; grozen nestvor pa je *iurisprudencia romano-canonico-germanico forensis*.« Polec, SLOVENSKI (1939), str. 170. Jelenčeva kritika se v prvi vrsti nanaša na metodo Struvejevega učbenika *Jurisprudencia Romano-Germanica forensis* (1670), ki je več kot stoletje veljal za najvplivnejši prikaz praktične rabe pandektne prava v Svetem rimskem cesarstvu. Stintzing (GESCHICHTE (1884), str. 146 in 159) opisuje ustaljeno prepričanje tistega časa, da tedanji advokat za svoje praktično delo ni potreboval drugega kot »malega Struva« (*»der kleine Struv«*).

⁷ Tako Juhart, SPZ s KOMENTARJEM (2018), str. 1020.

2. *Ius digestorum ad fora Germaniae applicatum*

2.1. Odkritje zgodovinskosti prava

Obdobje *usus modernus pandectarum*,⁸ ki ga v najširšem smislu zamejujemo z letnicama 1500 in 1800, zaznamuje »svobodnejši odnos do rimskih virov in avtoritet starejšega občega prava«. Učeni pravniki so iskali pravo mero uporabe Justinijanovega pandektnega prava, da bi ga lahko brez večjih zapletov uporabljali pri reševanju sporov na profesionaliziranih sodiščih v Cesarstvu (*ius digestorum ad fora Germaniae applicatum*).¹⁰ Osredotočali so se na identifikacijo tistih delov Justinijanove kodifikacije, ki po njihovem prepričanju niso bili prevzeti (recipirani) v obče pravo. V pravni sistem so vgrajevali številne institute, ki so jih pripisovali germanskopravni tradiciji (skupna lastnina, stvarno breme, retraktna pravica, dedna pogodba, preživitev, jutrna, rodbinski fideikomis). V 18. stoletju bi metodo še lahko opisali kot »eklektično«, saj so partikularnopravne institute presajali v rimske šablone in tako ustvarjali »mešani« pravni sistem (*ius romano-germanicum*). V virih tako naletimo na besedne zveze kot so *condominium germanicum* za skupno lastnino, *ususfructus iuris germanici* za preživitev in *servitus iuris germanici* za stvarno breme. Germanistika je šele sredi 19. stoletja krenila na pot osamosvojene discipline, ki se je skušala zavestno ogniti romanističnemu izrazju in miselnim vzorcem.¹¹ Ker so »novi praktiki«, kot so se radi imenovali, ob strani puščali vse več rimskopravnih institutov oziroma pravnih pravil, se je pojavilo razlikovanje med dejansko veljavnim občim pravom na eni in »čistim« rimskim pravom na drugi strani. Schröder zato poudarja, da je njihova dejavnost pripeljala do odkritja »zgodovinskosti prava« (*Geschichtlichkeit des Rechts*).¹² S tem meri na spoznanje, da rimsko pravo samo zase ni več predstavljalo v celoti (*in complexu*) veljavnega pozitivnega prava, temveč avtonomen pravni sistem, ki je bil sicer antično pogojen, vendar z rimskimi rešitvami še zdaleč ne zamejen.¹³

⁸ Obdobje, ki ga nekateri označujejo tudi kot »nova praktika« (*practica nova*), je dobilo ime po Strykovem delu SPECIMEN USUS MODERNI PANDECTARUM (1692).

⁹ Wieacker, PRIVATRECHTSGESCHICHTE (1952), str. 209, tč. 2.

¹⁰ Gre za naslov prvega poglavja Böhmerjevega učbenika INTRODUCTIO IN IUS DIGESTORUM (1704), ki ga je Landsberg, GESCHICHTE (1898), str. 149, označil za najboljši civilistični učbenik 18. stoletja.

¹¹ Poslednji sistem nemškega zasebnega prava je napisal Heinrich Mitteis, DEUTSCHES PRIVATRECHT (1950). Tak etnično profiliran pristop k pravnem zgodovinopisju danes velja za preseženega. Glej Luij, DEUTSCHES PRIVATRECHT (2008), str. 1003.

¹² Schröder, RECHT ALS WISSENSCHAFT (2012), str. 120.

¹³ Willoweit, DEUTSCHE (2013), str. 175; Wesel, GESCHICHTE (2014), str. 358.

2.2. Obrazi »praktične« recepcije: Državno komorno sodišče, kameralna literatura in *transmissio actorum*

Odločilen dejavnik praktično usmerjenega metodičnega pristopa je bilo leta 1495 ustanovljeno Državno komorno sodišče (*Reichskammergericht*). To bi lahko zaradi njegove »učene« prisedniške sestave in izrecno predpisane subsidiarne uporabe občega prava opisali kot gonilo recepcije rimskega prava v Svetem rimskem cesarstvu.¹⁴ Pravotvorna dejavnost tega sodišča je bila za habsburške dedne dežele, ki jim je bil že z Zlato Bulo (1356) oziroma s *Privilegium maius* priznan *privilegium de non appellando illimitatum*, sicer zgolj posrednega pomena.¹⁵ Na ozemljih, ki so bila Državnemu komornemu sodišču neposredno podsodna, je namreč nastajala literarna zvrst pravniške kameralne literature. Označili bi jo lahko kot poročanje in komentiranje ustaljene sodne prakse Državnega komornega sodišča.¹⁶ S svojo prepričljivostjo, aktualnostjo in razširjenostjo je pomembno vplivala na pospešitev in poenotenje recepcije rimskega prava po celotnem Cesarstvu.¹⁷ V sodobni literaturi se kot tipični kazalnik recepcije v tem obdobju razume tudi pošiljanje sodnih spisov v odločanje na fakultete (*Aktenversendung, transmissio actorum*).¹⁸ Tako pridobljena pravna mnenja naj bi pogosto odločilno vplivala na reševanje sporov, zato ne bi pretiravali, če bi rekli, da so v tej dobi profesorski kolegiji dobili kar »kvazisodno«

¹⁴ O tem, da je postalo pravilo o subsidiarni uporabi občega prava, za katerega je veljala domneva pravne veljave (tako imenovana *fundata intentio*), ter zahteva po profesionalizaciji sodnikov zglede tudi za sodišča na nižjih ravneh, glej Kambič, RECEPCIJA (2007), str. 32. Omeniti je sicer treba, da je bilo sodišče zaradi finančne podhranjenosti, počasnega odločanja, ki se je neredko raztezalo preko več desetletij, zlasti pa zaradi omejenih možnosti prisilne izvršitve sodb, že v 18. stoletju zasmehovano kot »*Reichsjammergericht*«. Oestmann, WEGE (2015), str. 164.

¹⁵ Zlata bula (1365) je sedmim državnim volilnim knezom (elektorjem) podelila izključno sodno pristojnost v njihovih deželah, pritožba (*appellatio*) na cesarjevo dvorno sodišče oziroma poznejše Državno komorno sodišče (*Reichskammergericht*) pa načeloma ni bila dopustna. V poznejši (sicer falsificirani) listini *Privilegium maius* so eksempcijo za avstrijske dedne dežele dosegli tudi Habsburžani. Kot je razvidno iz Zlate Bule (cap. XI), je ostal svojevrstna izjema primer onemogočanja in zavlačevanja pravice (*casus denegatae vel protractae iustitiae*). Ob takem »molku organa« je – vsaj teoretično – Državno komorno sodišče pridobilo vrhovno sodno pristojnost kljub obstoju neomejenega knežjega apelacijskega privilegija (§ 16 Reda za Državno komorno sodišče, v: Buder, REPERTORIUM (1751), str. 67, §§ 29–30).

¹⁶ Oestmann (WEGE (2015), str. 176) med glavne predstavnike prišteva Joachima Mynsingerja in Andreasa Gaila – oba sta bila prisednika na Državnem komornem sodišču.

¹⁷ Gotovo tudi v naših deželah, saj jo najdemo v inventarjih številnih pravniških knjižnic med 16. in 18. stoletjem. Vilfan, PRAVNA ZGODOVINA (1961), str. 353.

¹⁸ Za zametke tega instituta v ljubljanskih Malefičnih svoboščinah (1514), MS f. 6v, glej Kambič, LJUBLJANSKE (2017), str. 647. Splošno o *transmissio actorum*, ki je nadomestil poznosrednjeveška posvetovanja o uporabi partikularnega prava pri sodiščih v »materinskih mestih« (*Oberhöfe*), glej Oestmann, WEGE (2015), str. 92.

oblast.¹⁹ Nastajanje kameralne literature je v kombinaciji s *transmissio actorum* med 16. in 18. stoletjem privedlo do močnega zblizanja akademske teorije in sodne prakse, ki sta bili še v prejšnji dobi precej vsaksebi.

2.3. »Practica nova« in njena »damnatio memoriae«

Skorajšnje razsulo fevdalizma je po francoski revoluciji vplivalo tudi na pravno metodiko. Stapljanju fevdalnih in rimskih institutov v težko razumljivo dogmatsko mešanico se je pravna znanost začela končno odpovedovati.²⁰ K temu je odločilno pripomogel zlasti utemeljitelj zgodovinskopravne šole, Friedrich Carl v. Savigny, ki ni skoparil s kritikami na račun znanstvene metode »novih praktikov«. Eklektičnemu pristopu, ki je zakrival čistino rimskega prava, je očital umanjkanje historične razdalje²¹ in notranjesistemske misli.²² Doktrina in kasnejša zakonodaja sta se pričeli polagoma vračati na pot antičnega rimskega prava, ki preveva tudi današnjo civilnopravno zakonodajo. Savignyjev duhovni cilj je bil izpolnjen, *usus modernus* in njegov, v jedru še vedno srednjeveški metodični pristop,²³ pa je bil, kot se je slikovito izrazil Wesenberg, obsojen na prekletstvo spomina (*damnatio memoriae*).²⁴

¹⁹ Lukrativno profesorsko udejstvovanje pri pisanju pravnih mnenj naj bi – na to kažejo študentske pritožbe iz številnih nemških fakultet 15. stoletja – ponekod celo izpodrinilo njihovo temeljno pedagoško dejavnost. Stintzing, *GESCHICHTE* (1880), str. 65; Wieacker *PRIVATRECHTSGESCHICHTE* (1952), str. 209, tč. 2.

²⁰ Ob tem pride tudi do slogovnih sprememb v znanstvenem pisanju in nomotehniko, zlasti pa odpovedi pisanju v latinskem jeziku. Pravniški jezik obdobja *usus modernus pandectarum* se s svojimi neskončnimi latinsko-nemškimi stavki »v nasprotju s staroveškimi in srednjeveškimi togimi ter asketskimi normami [...] razbohoti kot takratni cerkveni oltar. Dikcija je kipeča, mestoma nabuhla, kot pri umetnosti, navdihnjena s strahom pred praznino (*horror vacui*).« Kambič, *PREVAJANJE* (2019), str. 355.

²¹ Po Savignyjevem prepričanju je bila naloga pravnika »ločiti v rimskem pravu tisto, kar je že odmrlo, od tistega, kar še vedno živi in bo živelo večno.« Savigny, *SYSTEM* (1840), str. 94.

²² »Juristu je nepogrešljiv dvojni občutek: historični občutek zato, ker mora izostreno razlagati značilnosti vsake dobe in takratne pravne institute; smisel za sistematiko zato, da zna vsak pojem in vsak stavek umestiti v živahni zvezi in vzajemnem delovanju v neko celoto. [...] Tega dvojega znanstvenega občutka je bilo pri juristih osemnajstega stoletja izredno malo.« Savigny, *VOM BERUF* (1814), str. 125. Savignyjeva šola je dela piscev obdobja *usus modernus*, zlasti za tisti čas zelo značilne pravne disertacije, oklicala za epigonsko literaturo brez dodane vrednosti.

²³ Ni presenetljivo, da je Savigny enako kritiko »jezikovnega barbarizma«, »praznega formalizma« in »zlorabe dialektične metode« namenjal tudi komentatorski šoli, ki velja za metodološko predhodnico obdobja *usus modernus*. Savigny, *GESCHICHTE VI* (1831), str. 7–9.

²⁴ Wesenberg, Wesener, *NEUE DEUTSCHE* (1985), str. 118.

3. Služnosti v zgodovinski perspektivi

3.1. Glosatorsko-komentatorski preludij

3.1.1. *Arbor servitutum*

V ospredju glosatorskega zanimanja pri opisovanju prava zemljiških služnosti, je bila predstava o »služenju«, ki ni ostala omejena na stvarnopravna razmerja, temveč se je razširila tudi na področje osebnega (statusnega) prava. To je najbolj vidno v drevesnih prikazih služnosti (*arbores servitutum*), s katerimi so skušali srednjeveški juristi poudariti razlikovanje med različnimi učenimi kategorijami služnosti.²⁵ Utečena Justinijanova dihotomija na zemljiške in osebne služnosti glosatorjem ni več zadoščala. Po njihovem mnenju ni nujno, da dolguje (služi) zgolj ena stvar drugi stvari (*a re rei debetur*: zemljiška služnost) ali osebi (*a re personae*: užitek), temveč more tudi človek služiti bodisi drugemu človeku (*a persona personae*: suženjstvo) bodisi stvari (*a persona rei*: stvarno breme).²⁶ Omemba suženjstva v tej zvezi pa ne pomeni, da so že glosatorji tedanje fevdalne pojave (denimo podložništvo) odkrito presojali skozi rimske kategorije. Akurzij je namreč pri kategoriji mešanih služnostih (*servitutes mixtae*)²⁷ izrecno opozoril: »[T]ista (služnost) namreč, zaradi katere oseba nekaj dolguje stvari [...] ni prava služnost, temveč je breme, ki je naloženo svobodni osebi (*onus quoddam liberae personae impositum*).«²⁸

3.1.2. *Servitutes innominatae* kot izhodišče oblikovalne svobode?

Na drevesnih prikazih posebno pozornost vzbujata kategorija »brezimnih služnosti« (*servitutes innominatae*). Ta naj bi po Coingovem mnenju²⁹ dokazovala, da so že glosatorji sprejeli stališče o svobodnem oblikovanju zemljiških služnosti (*numerus non clausus*),³⁰ ki jih Justinijanova kodifikacija ni predvidevala. Do tega stališča sem zadržan zato, ker prišteva Akurzij med brezimne služnosti le pet pojavnih oblik, ki so se razliko-

²⁵ Značilen je *arbor servitutum* v Sennetonovi izdaji DIGESTUM VETUS, Lugduni, APUD HUGONEM A PORTA (1560), str. 769. Pravnoikonografsko analizo glej pri Hayaert, GENEALOGIES (2015), str. 46.

²⁶ *Glossa Ordinaria*, str. 931, glosa *Servitutes*, f.

²⁷ *Servitutes mixtae*, ki so jih enačili z današnjimi osebnimi služnostmi (užitek, raba), so bile v tridelni shemi vmesna oblika med *servitutes mere personales* (suženjstvo) in *mere reales* (zemljiške služnosti). Tripartitno shemo je opustila šele pandektistika. Feenstra, DOMINIUM (1996), str. 115.

²⁸ *Glossa Ordinaria*, str. 930, § 37.

²⁹ Coing, EUROPÄISCHES I (1985), str. 313.

³⁰ Po večinskem mnenju romanistov v klasičnem rimskem pravu ni veljala tipska prisila (*numerus clausus*) zemljiških služnosti. Möller, SERVITUTEN (2010), str. 361. Konkretna formulacije rimskih zemljiških služnosti v Justinijanovi kodifikaciji glej pri Kranjc, MARTIN PEGIUS (2007), str. 188 in nasl.

vale od arhaičnih služnosti *res Mancipi (iter, actus, via, aquaeductus)*.³¹ Tem služnostim, tako Akurzij, pač »ni nadeto posebno pravno ime, temveč so poimenovane po samem dejanju (*ipso actu denominatur*)«. ³² Izrecno dopustitev široke avtonomije pri oblikovanju zemljiških služnosti zasledimo šele v 16. stoletju. V tem smislu denimo zapiše tudi Pegij (1567), da »četudi po pisanem občem pravu ni dopuščeno imeti svetlobne odprtine, kadar ima nekdo pod zemljo klet, se taka pravica lahko opira na običaj ali navado.«³³ Odločno v korist načela *numerus servitutum non est clausus* nastopi tudi Voet (1726): »Ne dvomim, da smejo biti že naštetim služnostim po volji strank dodane nove, dokler se lahko v njih spozna narava zemljiške ali osebne služnosti.«³⁴

3.2. Nastanek germanistike: »servitutes iuris germanici«

Služnosti so postale pravni *omnibus* šele pod vplivom nastanka discipline nemškega zasebnega prava (*deutsches Privatrecht*) oziroma tako imenovane germanistike, ki se je razvila po Conringovi ovržbi »lotarinške legende« (1643). Nemški polihistor Conring je pojasnil, da v nasprotju s tedanjim prepričanjem, uporabe rimskega prava v nemških deželah ni zapovedal cesar Lotar II. (1135).³⁵ Nasprotno, rimsko pravo so na sodiščih pričeli uporabljati postopno in le v omejenem (recipiranem) obsegu (*usu sensim receptum*).³⁶ Juristom se zato ni bilo treba več za vsako ceno podrejeti pravilom, ki so jih našli v dotlej celokupno zavezujoči Justinijanovi kodifikaciji. Ilustrativen učinek novega nauka o veljavi rimskega prava se zrcali v prikazih služnostne dogmatike. Leyser se v delu *Meditationes ad Pandectas* denimo pritožuje, da rimsko pravo ni nikjer tako dlakocepsko (subtilno) kot ravno pri doktrini o služnostih.³⁷ Stanovskim kolegom zato predlaga, da

³¹ Navaja služnosti *ius pascendi, servitus pecoris appulsus, aqua haustus, ius calcis coquenda, ius arena fodienda. Glossa Ordinaria*, str. 929, § 31.

³² *Glossa Ordinaria*, str. 929, § 31.

³³ Pegius, DIENSTBARKHAITEN (1567), str. XLVIIIb.

³⁴ Voet, COMMENTARIUS (1726), str. 513, tč. 12: »Porro non dubium, qui hisce jam enumeratis servitutibus novae aliae ex voto contrahentium addi possint, si modo servitutum praedialium aut personalium natura in iis inveniatur.«

³⁵ Kroeschell, DEUTSCHE RECHTSGESCHICHTE III, str. 2 in nasl. Edini vladarjev akt, ki je rimsko (oziroma obče) pravo v Cesarstvu *explicite* potrdil kot (sicer subsidiarno) veljavno pravo, je bil Red za Državno komorno sodišče (1495). Na drugih nemških sodiščih, tako Conring, rimsko pravo nikoli ni bilo sankcionirano z izrecnim vladarjevim aktom (*»In alia Germaniae fora nulla communi totius Imperii sanctione Jus Romanorum traductum est.*«) Conring, DE ORIGINE (1665), str. 214.

³⁶ »[H]ujus Romani juris usum sensim introducerent ...« Conring, DE ORIGINE (1665), str. 215.

³⁷ »Nullibi forsan subtilius est ius Romanum, quam in doctrina de servitutibus.« Leyser, MEDITATIONES (1742), str. 429. Wieacker, PRIVATRECHTSGESCHICHTE (1952), str. 221, je Leyserjevi »svobodno-pravni« argumentaciji, polni drznih sklicevanj na »pravičnost« in pravno analogijo, očital, da je mestoma že zapuščala varna tla »sodnikovega kraljestva« in vstopala v samovoljno »kadijsko ju-

se tradicionalnim načelom služnosti »nasmehnejo in jih na sodiščih pač ne upoštevajo.«³⁸ Taki predlogi – Leyser pač ni bil osamljen – so v pravni znanosti hitro povzročili nemir. Juristom namreč ni bilo več jasno, ali se nekatera fevdalna razmerja od rimskih služnosti razlikujejo do te mere, da bi jih kazalo obravnavati kot institute, ki so nastali povsem neodvisno od rimskega prava in jih zato z njegovim instrumentarijem sploh ni mogoče zadovoljivo znanstveno obdelati. Heineccius, eden najvplivnejših akademikov 18. stoletja, je zato ustaljeno definicijo služnosti preoblikoval z namenom, da bi z njo zajel čim širši krog stvarnopravnih razmerij, ki jih rimsko pravo še ni priznalo. S tem je ubesedil bistvo tako imenovanih služnosti po germanskem pravu (*servitutes iuris germanici*):

»Služnost je pravica na tuji stvari, ustanovljena v korist osebi, stvari ali zemljišču, ki obstaja v tem, da nekdo nekaj trpi, v opustitvi ali v storitvi. Zato so pri nas služnosti nasploh imenovane 'upravičenja' (*Gerechtigkeiten*).«³⁹

Temeljna načela rimskih zemljiških služnosti so začela padati eno za drugim. Služnost zemljiškega gospoda v obliki kmetovih dajatev na rustikalni zemlji je prišla v navzkriž z načelom, da služnost na lastni stvari ne obstaja (*nemini res sua servit*).⁴⁰ Občepravna teorija namreč zemljiškemu gospodu na rustikalnih zemljiščih ni priznala le služnosti, ki obstaja v storitvi, temveč tudi neposredno lastnino (*dominium directum*).⁴¹ Enak argument navajajo tudi pri konstruirani služnosti članov vaške skupnosti (soseske) na skupnih zemljiščih, seveda s to razliko, da je bila članom soseske poleg služnostne pravice na teh zemljiščih priznana tudi uživalna lastnina (*dominium utile*). Za zemljiške služnosti poslej tudi ni več veljala omejitev, da morajo trajno⁴² in neposredno koristiti gospodujočemu zemljišču (*servitus praedio utilis esse debet*).⁴³ Zadoščala je že vsakršna tudi zgolj osebna premoženjska korist vsakokratnemu posestniku gospodujočega zemljišča. Zato ne prese-

rispruenco«, ki se je napajala iz lahkomišelnega »pravičništva« (*aequitas cerebrina*). Prim. Coing, *EUROPÄISCHES I* (1985), str. 42.

³⁸ »*At vanas istas & superfluas subtilitates ridemus hodie nec in foro attendimus, quemadmodum iam ante nos complures alii observarunt.*« Leyser, *MEDITATIONES* (1742), str. 429.

³⁹ Heineccius, *ACADEMISCHE* (1766), str. 383.

⁴⁰ Paul. D. 8, 2, 26.

⁴¹ Nauk o deljeni lastnini, po katerem je imel podelitelj (zemljiški gospod) neposredno (*dominium directum*), pridobitelj kot uporabnik zemljišča pa uživalno lastnino (*dominium utile*), je kot glosatorsko zmoto, ki je zamenjevala procesnopravne in materialnopravne vidike, prvi pojasnil Thibaut (*VERSUCHE II* (1817), str. 84). Glosatorji so namreč dednega zakupnika (emfitevto) in imetnika stavbne pravice (superficijarja) zgolj zato, ker jima je Justinijanova kodifikacija priznavala analogno negatorno in analogno reivindikacijsko tožbo (*rei vindicatio utilis*), razumeli kot »uživalna« lastnika (*domini utile*). O tem Coing, *EUROPÄISCHES I* (1985), str. 367–378. Deljeno lastnino urejata tako Prusko obče deželno pravo (ALR) v I, 8 § 22 kot ODZ § 357. V Avstrijskem cesarstvu deljeno lastnino odpravi šele 7. člen Državnega Temeljnega zakona št. 142, 21. december 1867, *Reichs-Gesetz-Blatt*, LXI, str. 395.

⁴² Ulp. 8, 2, 28.

⁴³ Ulp. 8, 3, 5, 1.

neča, da so zlasti desetnam, regalnim in (osebni) patronatnim pravicam, torej premoženjskim pravicam, ki so bile samostojno prenosljive, priznali naravo zemljiške služnosti.

3.3. *Quae sit actio? Vpliv tožbenopravnega mišljenja na pravno subsumpcijo*

Pravniške razprave o pravni kvalifikaciji upravičenj fevdalnega izvora lahko razumemo tudi kot odgovor na tožbenopravno zasnovani rimsko-kanonski postopek.⁴⁴ Kot pojasnjuje Stryk, pravdni stranki konec 17. stoletja sicer ni bilo treba izrecno imenovati tožbenega zahtevka (akcije), na katerega opira iztoževanje svoje pravice. Kljub temu pa je moral tako sodnik kot nasprotna stranka iz tožbenega predloga razbrati, na kateri akciji stranka utemeljuje svojo pravico.⁴⁵ Pravica v rimskem in občem pravu sama po sebi še ni ustvarjala akcije, temveč je le (pravno priznana) akcija ustvarjala pravico.⁴⁶ Ker je bilo število akcij (pravovarstvenih zahtevkov) vsaj načeloma omejeno število, je bilo treba novonastale odnose fevdalne družbe, ki jih antično rimsko pravo ni poznalo, preriniti med občeppravno priznana in iztožljiva upravičenja.

Preden se seznanimo s predlaganim pravnim sredstvom, je potrebno spomniti na izjemen pomen klasičnorimske delitve na telesne in netelesne stvari oziroma pravice. Netelesne pravice so razumeli kot pravice na stvareh, ki se jih ni bilo mogoče fizično dotakniti, saj so obstajale abstrahirano le v pravu.⁴⁷ Njihovo dlje časa trajajoče dejansko izvrševanje so opisovali kot posest pravice (*ius possidere, quasi possessio*).⁴⁸ Zaradi potreb po posestnem in petitornem varstvu izvrševanja nekaterih premoženjskih pravic, zlasti cerkvenih beneficijev in patronata, so rimsko učenje o kvaziposesti pravice (*quasi-pos-*

⁴⁴ S tem izrazom označujemo pravila »učenega« postopka (kot nasprotja partikularnopravnih postopkovnih pravil), ki so jih na evropskih profesionaliziranih sodiščih uporabljali od 12. stoletja dalje. Postopek je nastal na temelju Justinijanove ureditve ekstraordinarnega postopka in številnih kanonističnih dopolnitev. Nörr, RÖMISCH-KANONISCH (2012), zlasti str. 1–6; in Oestmann, WEGE (2015), str. 155–123.

⁴⁵ »[N]omen actionis exprimere in praxi necessum non sit, actio tamen ipsa proponenda, ut ex ejus circumstantiis tam judex, quam adversa pars conjicere possit, qualis actio intentata fuerit.« Stryk, SPECIMEN USUS (1746), str. 405.

⁴⁶ Tako Windscheid, LEHRBUCH (1875), 107, op. 5. Če tožnik ni našel priznane akcije, je lahko zaprosil sodnika za dopustitev tožbe. Nörr, RÖMISCH-KANONISCH (2012), str. 56. Tožbenopravnemu mišljenju se je procesna teorija v celoti odpovedala šele sredi 19. stoletja, ko je Windscheid v delu DIE ACTIO DES RÖMISCHEN ZIVILRECHTS (1856) ločil materialni in procesnopravni zahtevek. Sistem tožb je nadomestil sistem pravic. Coing, EUROPÄISCHES (1989), str. 274.

⁴⁷ Inst. 2, 2, 2 (= Gai. 2, 12). Med netelesne stvari jurist Gaj primeroma (»*sicut*«) prišteva dediščino, užitek, obligacije in zemljiške služnosti (Gai. 2, 14).

⁴⁸ Kvaziposest pravice omenja že Gai. 4, 139. Značilna mesta v Digestah, ki omenjajo kvaziposest pravice navaja Kranjc, RIMSKO PRAVO (2019), str. 441, op. 1025 in nasl.

sessio) prevzeli že srednjeveški kanonisti.⁴⁹ Konkretizirali in precej razširili pa so ga zlasti juristi obdobja *usus modernus*:

»Sicer pa se danes analogna konfesorna tožba uporablja za potrditev in vindikacijo tudi drugih netelesnih pravic (»upravičenj«),^[50] podobno kot se analogna negatorna tožba uporablja za njihovo odvrčanje. Tovrstne pravice so pravica do desetine, donosov, do višjega in nižjega sodstva (*mixti et meri imperii*), patronatna pravica,^[51] pravica do pobiranja pristojbin, rent^[52] in pravica do varjenja piva.«⁵³

Našteta fevdalna razmerja so imela zaradi prvotno zamišljenega povratnega pripada ob smrti njihovega upravičenca zgolj obligacijsko naravo. Ker so sčasoma postala podegljiva in ob hkratnem prenosu zemljišča tudi odsvojljiva, so pridobila tudi stvarnopravno razsežnost.⁵⁴ Po mnenju občepavnih piscev je bilo mogoče (poleg njihovega posestnega varstvu) v sporu glede pravice same uporabiti analogno konfesorno tožbo (*actio confessoria utilis*).⁵⁵ Ker je bila konfesorna tožba priznana sredstvo za petitorno varstvo služnosti, so pričeli zgoraj omenjena fevdalna izenačevati z zemljiškimi služnostmi.⁵⁶

⁴⁹ Kanonistični prispevek k posestemu varstvu z navedbo virov obravnava Bruns, *DAS RECHT DES BESITZES* (1848), § 24.

⁵⁰ Celovit prikaz občepavnih netelesnih pravic navaja Coing, *EUROPÄISCHES I* (1989), str. 342.

⁵¹ O premoženjskih upravičenjih, ki so izhajala iz lastniških cerkva oziroma poznejšega patronata, glej Kušej, *CERKVENO* (1923), str. 141 in Link, *KIRCHLICHE* (2017), str. 30. O teh upravičenjih, ki so imela v cerkvenem stvarnem pravu velik praktičen pomen, v spodnjem pregledu ne razpravljam več.

⁵² O pravici do rente, ki je temeljila na tako imenovanem rentnem kupu (*contractus censualis*), glej Coing, *EUROPÄISCHES* (1989), str. 378. Obveznost plačevanja periodične rente je dovoljevala tudi Cerkev, saj jih ni štela za obliko nedovoljenjega obrestovanja. O njeni pravni naravi se je v 17. stoletju izrekla tudi rimska Rota: »[Q]uia cum census sint impositi super rebus corporalibus, illisque inhaereant quasi quaedam servitus«. Navedek po Whitman, *THE LEGACY* (1990), str. 170, op. 77.

⁵³ »Caeterum accomodatur hodie actio confessoria utilis ad asserenda & vindicanda alia jura incorporalia (Gerechtigkeiten) nec non negatoria utilis ad illa neganda. Eiusmodi iura sunt jus decimarum, reddituum, Jurisdictionis mixti et meri imperii, patronatus, collectarum, censuum, braxandi.« Struve, *Syntagma* (1678), str. 497; podobno že Manzius, *TRACTATUS* (1657), str. 406.

⁵⁴ Seebo, *SERVITUS* (2005), str. 94, op. 147.

⁵⁵ Konfesorna tožba (prvotno imenovana *vindicatio servitutis*) je bila po rimskem pravu namenjena petitornemu varstvu civilnopravnih služnosti. Za varstvo služnosti na provincialnih zemljiščih je pretorsko pravo dovoljevalo analogno konfesorno tožbo. Pozneje so to dopustili tudi superficijaru, emfitevti in zastavnemu upniku. Kaser, *DAS RÖMISCHE* (1955), str. 375; Korošec, *ZGODOVINA* (1936), str. 244.

⁵⁶ Prim. kritično ugotovitev Maurenbrecherja, *LEHRBUCH* (1840), 565: »Das man für die dingliche Klage, welche aus allen diesen Verhältnisse entspringt, den Namen actio confessoria ferner beibehält, kann nicht getadelt werden, in so weit man blos Namen haben will. Nur muß man den Namen von der Sache zu unterscheiden wissen und diese nicht auf Verhältnisse anwenden, die auch nicht die geringste Gleichheit mit den römischen Servituten haben ...«

4. Pojavne oblike občepavnih služnosti

4.1. Upravičenja na skupnih zemljiščih

4.1.1. Zasius: skupnost zemljišč kot gospodujoče zemljišče

Pravna razmerja na podeželskih skupnih zemljiščih (gmajni, planinah in nekaterih gozdovih) so bila urejena z običajnim pravom. Po drugi strani pa tudi učeni pravniki teh razmerij že zaradi nenehnih trkov gosposkih in podložniških interesov niso prezrli. Porajali sta se zlasti vprašanja, kdo je na teh zemljiščih upravičenec in kakšna je pravna narava njegovega upravičenja.⁵⁷

Prva jasna teoretična opredelitev kmečkih upravičenj na skupnih zemljiščih kot zemljiških služnosti je delo jurista Ulricha Zasiusa (1461–1535).⁵⁸ Njegov prispevek lahko vrednotimo kot zgoden primer kvalitativno novega pristopa k obravnavi rimskih virov, ki že nakazuje poudarjeno praktično usmeritev poznejših nemških »novih praktikov«. Vse do 19. stoletja upravičenec na gmajni ni bilo individualno kmečko gospodarstvo, temveč skupnost vseh članov soseske.⁵⁹ Gospodujočega »zemljišča« po Zasiusovem mnenju pa ni treba razumeti le kot posamičnega zemljišča, temveč tudi kot več prostorsko povezanih zemljišč, ki skupaj tvorijo neko skupnost – vas, sosesko ali mesto.⁶⁰ Z izrazom »gospodujoče zemljišče« (*praedium dominans*) je torej lahko zajeta tudi skupnost stvari oziroma zemljišč (*res* oziroma *locus universalis*).⁶¹ Kot ključna argumenta navaja dejstvo, da so bila upravičenja kmetov do paše na gmajni podedljiva in da jih je bilo mogoče uveljavljati pro-

⁵⁷ O tem obširno Vilfan, ZGODOVINSKA PRAVOTVORNOST (1996), str. 237–266 in PRAVNA ZGODOVINA (1961), str. 227–229. Predstavitev konstrukcije kmečkih upravičenj kot služnosti, ki je imela velik vpliv na razvoj zemljiški odvezi pridruženemu postopku servitutne regulacije (1853), presega namen te razprave.

⁵⁸ Zasius, INTELLECTVS SINGVLARES (1526), str. 83. O Zasiusu glej Stintzing, GESCHICHTE (1880), str. 155 in nasl.

⁵⁹ Vilfan, ZGODOVINSKA PRAVOTVORNOST (1996), str. 242.

⁶⁰ »Potest enim servitus realis, rei singulari, id est praedio, in specie deberi: quo casu omnia fere iura de huiusmodi servitutibus loquentia intelligi conveniet. Potest & secundo servitus realis itelligi quae rei universali, id est alicui loco & personis eo loci de gentibus debetur: ut cum communitati alicuius civitatis, villae, monasterii, habitatoribus castris, ius pascendi, venandi, piscandi, &c debitum est. Nihil vetat quin nomine praedii, non solum unum, sed & plura uno loco simul collecta intelligas.« Zasius, INTELLECTVS SINGVLARES (1526), str. 83. Celoten izsek s prevodom glej pri Žepič, THEATRUM (2020), str. 39–40.

⁶¹ Zanimivo je, da se s podobnim problemom kot Zasius pravni teoretiki še danes ukvarjajo pri tako imenovanih služnostih v javno korist. Ker pri teh konkretnega gospodujočega zemljišča ni ali pa je to le zelo abstrahirano, so se pojavile dileme glede njihove stvarnopravne kvalifikacije. Tratnik, SLUŽNOST (2009), str. 92, služnosti v javno korist umešča med nepravne stvarne služnosti (te ureja 226. člen Stvarnopravnega zakonika). Enako Juhart, SPZ s KOMENTARJEM (2018), str. 1089.

ti vsakomur.⁶² Zasius je po poročanju kameralne literature prepričan tudi Državno komorno sodišče.⁶³ To je partikularnopravna upravičenja različnih teritorialnih skupnosti poslej obravnavalo kot »občepravne zemljiške služnosti« (*gemeinrechtliche Grunddienstbarkeiten*) in ne več, kot je učila *Glossa Ordinaria*, kot zgolj obligacijskopravne pakte.⁶⁴ Zasiusov nauk o služnosti, ki jo je imela krajevna skupnost na skupnem zemljišču, naj bi tudi sicer igral pomembno vlogo pri priznanju pravne sposobnosti soseske.⁶⁵

4.1.3. O pravni naravi upravičenj: razpetost med (so)lastnino in stvarno pravico na tuji stvari

Glede pravne narave upravičenj na skupnih zemljiščih lahko z gotovostjo rečemo le, da niso bila v individualnem in izključnem imetništvu njihovih neposrednih uporabnikov. Težava pa je nastopila, ker mnenja juristov, po katerem bi bila lastnica gmajne abstrahirana »soseska«, kmetje prav tako niso mogli sprejeti brez utemeljenih pomislekov.⁶⁶ To bi namreč pomenilo, da imajo posamezni kmetje na gmajni le pravico na tuji (namreč soseskini) stvari, ki pa je bila vrh tega še vedno v neposredni gosposki lastnini (*dominium directum*). Schweser je zapletena pravna razmerja na skupnih zemljiščih v 18. stoletju opisal takole:

»Konjenje živine in paša sta nekaj posebnega na skupnih zemljiščih (*Gemeins-Gründen*). Ta zemljišča ne pripadajo posamezniku, temveč celotni soseski (*Gemeinde*); zato ne gre za služnost (*Dienstbarkeit*), temveč za staro upravičenje po naselbinskem pravu (*eine alte Gerechtigkeit ex jure incolatus*) ali za iz sosedske izravnave izvirajoče prepustitve posameznih delov zemljišč v skupno uporabo, kjer ima vsak član soseske, meščan ali kmet svoj lastninski delež (*partem domini*). Lastna ali solastna stvar pa ne more nikomur služiti (*Res propria autem vel cum alio communis nemini servit*).«⁶⁷

⁶² »Nos indubitate tenemus eas esse servitutes, ea maxime ratione, quod contra quemcunque possessorem competunt [...] Unde quia praedicta iura consuetudine Germaniae servitutes nominantur, praevalent ea consuetudo, & non erunt pacta personalia.« Zasius, *INTELLECTVS SINGVLARES* (1526), str. 83.

⁶³ »Spominjam se, da se na komornem sodišču zaradi znanega nemškega običaja in ker take pravice preidejo na dediče, kot razsojeno upošteva Zasiusovo mnenje.« (*In camera propter notissimam Germaniae consuetudinem et quia huiusmodi iura ad heredes transeunt, secundum Zasii opinionem iudicatum memini.*) Gail, *PRACTICARUM OBSERVATIONUM*, obs. 66, str. 418. Na trdoživost Zasiusovega nauka kaže tudi podatek, da ga nemška sodna praksa skoraj dobesedno navaja še danes. Glej OLG Frankfurt a. M., 4. 10. 2012 – 4 U 132/10, zlasti tč. 109.

⁶⁴ Möller, *SERVITUTEN* (2010), str. 371.

⁶⁵ Königove, *KOMMUNALE*, 2012, str. 91. Kmečka soseska je imela kot neke vrste korporacija priznano sposobnost biti stranka v podložniških sporih pred patrimonialnimi sodišči. Glej tovrstne primere s slovenskega ozemlja, ki jih navaja Škrubej, *Courtroom Oaths* (2012), str. 214.

⁶⁶ »[G]majna (*die Mark*) se članu soseske ni zdela njemu tuja stvar. Gmajna (*die Allmende*) je pripadala vsem in posledično vsakomur, ki je bil član te celote.« Gierke, *GENNOSENSCHAFTSTHEORIE* (1887), str. 329.

⁶⁷ Schweser, *THEATRUM* (1709), str. 325.

Že v naslednjem odstavku se konsistentnost Schweserjevega »lastninskega« nauka vnovič poruši, saj se začne spraševati, ali so ta pašna upravičenja (*Gerechtigkeit*), ki jih je že opredelil za solastninske deleže (*pars domini*), zemljiške (*servitutes reales*) ali osebne služnosti (*servitutes personales*).⁶⁸ Podobna protislovja zasledimo tudi v Bavarskem civilnem zakoniku (CMBC) iz leta 1756:

»Skupna paša, ki pripada celotnemu mestu, trgu ali vasi ali drugi skupnosti na skupnem zemljišču, se ne izvršuje po služnostnem pravu, temveč po pravu skupnosti in solastnine (*Communitatis & Condominii exercit*). Ne glede na to se pri sporih glede izvrševanja in dokazovanja uporabljajo pravila o služnostih.«⁶⁹

Bavarski zakonodajalec je skušal s kompromisom »nominalne« solastnine naivno rešiti stoletja trajajoč pravni spor. Štirideset let mlajše Obče deželno pravo za pruske dežele (ALR, 1794) je previdno določilo, da imajo člani vaške skupnosti sicer pravico »uporabe gmajne« (*Nutzung der Gemeingründe*), toda brez določeneje civilnopravne kvalifikacije.⁷⁰ Redaktorji Občega državlanskega zakonika (ODZ) so 7. poglavje »o služnostih« povzeli skoraj izključno po rimskem izročilu. § 503 ODZ sicer kaže, da je zakonodajalec sicer predvidel, da bodo spori med tistimi, ki bi zatrjevali solastninsko upravičenje in ne služnostni, pogosti.⁷¹ Vendar kljub temu ni določil domneve po vzoru bavarskega zakonika, da so upravičenja na gmajnskih zemljiščih v dvomu solastninske narave. Z zadržanim molkom je sledil pruski kodifikaciji. Menim, da je tako pripomogel k še večji zamotanosti pravnega položaja, ki je predstavljala veliko breme tudi za slovenskega kmeta v postopku odprave in ureditve služnostnih pravic (servitutne regulacije) in poznejših agrarnih operacij.⁷²

⁶⁸ Prav tam, str. 326. Schweser pri opredelitvi, kdaj je bila pašna služnost zemljiška (in s tem podedljiva), sledi Pap. D. 8, 3, 4. Če je paša gospodujočemu zemljišču predstavljala poglobiten vir dohodka, je v dvomu veljala za zemljiško in ne osebno služnost.

⁶⁹ CMBC 8, 2 § 14. Enako rešitev bavarski zakonik izrecno določi tudi za podložnikovo pravico drvarjenja (*jus lignandi*) in pobiranja plodov v gozdovih (*glandis legendae*) (glej CMBC 8, 2 § 15).

⁷⁰ ALR II, 7, 2 § 28: »Alle Glieder der Dorfgemeinen sind zur Nutzung der Gemeingründe durch Hütung, Holzung u.s.w. berechtigt«.

⁷¹ Glej ODZ § 503.

⁷² O dilemi, s katero se je že v revolucijskem letu 1848 seznanila dunajska konstituenta, poročajo Kmetijske in rokodelske novice (z dne 20. septembra 1848), str. 162: »Po nobeni ceni se ne sme kmetam njih pravica vzeti v nekaterih gojzdh les sekati in pasti, ako nočemo veliko tavžent kmetov v nič pripraviti. [...] veliko tavžent družin od tega živi, de imajo dervarsko in pašno pravico v gojzdh. Kmetje terdijo, de je ta pravica njih lastninska pravica (*Eigentumsrecht*), grajšine pa pravijo, de je le sužna pravica (*Servitutsrecht*).«

4.2. Medsosedska upravičenja kot zakonite služnosti

Pojma »zakonitih« služnosti (*servitutes legales*) rimsko pravo ni izoblikovalo.⁷³ Gre za občeppravno kategorijo, ki združuje različne sosedskopravne omejitve lastninske pravice. Kategorija je nastala ob naslonitvi na rimske in najverjetneje tudi na bizantinske vire.

V 8. knjigo Digest, ki velja za *sedes materiae servitutium*, so Justinijanovi kompilatorji vnesli tudi odlomka o nujni poti⁷⁴ in poti do groba.⁷⁵ V isto knjigo so vključili tudi odlomek iz Digest, ki je urejal imisije, in sicer, da sme lastnik, ki mu je ob mejo naložen sosedov gnoj povzročal vlažnost zidovja, tožiti iz »služnostnega« razmerja.⁷⁶ Tem odlomkom so sestavljavci bizantinskih Bazilik v skupno poglavje konec 9. stoletja dodali še odlomke o prepovedi nadaljnje gradnje (*de novi operis nuntiatione*, Bas. 58, 10)⁷⁷ in o odvrčanju deževne vode (*de aquae pluviae arcendae*, Bas. 58, 13).⁷⁸ Ta odlomka se v Digestah nahajata še zunaj 8. knjige. Menim, da je bizantinske kompilatorje pri razvrščanju odlomkov o nujni poti, imisijah, prepovedi nadaljnje gradnje ter o odvrčanju deževne vode v skupno (58.) knjigo z naslovom *Περί δουλειῶν* (»O služnostih«), vodila predvsem misel o obstoju negativnih zakonitih služnostih. Pogodbena služnost namreč lahko obstaja tudi v tem, da služnostni zavezanec nečesa, kar bi sicer na svojem zemljišču smel izvrševati, ne izvršuje. Podobno pa lahko že zakonska določba lastniku na njegovem zemljišču prepove nekatera ravnanja oziroma mu zapove opustitve. S tem zakonska določba lastnika napravi za zakonitega služnostnega zavezanca sosednjega zemljišča. Bizantinske sistematike glosatorji niso upoštevali.⁷⁹ Osvetljevanje zakonskih omejitev lastnine kot oblike (negativnih) služnosti najdemo šele v delih humanističnih juristov, ki pa bi navdih za to konstrukcijo utegnili najti v bizantinskih delih.⁸⁰ Za zdaj ostaja znano, da so bile v 18. stoletju, zlasti v francoski literaturi, omejitve lastninske pravice v sosedskem interesu

⁷³ To niti ni presenetljivo, saj, kot ugotavlja Biondi (LA CATEGORIA (1938), str. 326), »sinteze, ki ne bi imele odseva v pravni praksi, ostajajo rimskim pravnikom tuje: sistematika zaradi sistematike, sinteza zaradi sinteze – vse to je rimskim pravnikom povsem tuje.«

⁷⁴ Iav. D. 8, 6, 14, 1.

⁷⁵ Ulp. D. 8, 5, 1.

⁷⁶ Alf. D. 8, 5, 17, 2: »[...] si [...] id fecisset [...] in privato, de servitute agere oportere.« Pri tem je mišljena negatorna tožba za odvrčanje čezmernih imisij, ki je veljala za zrcalo konfesorne tožbe.

⁷⁷ D. 39, 1.

⁷⁸ D. 39, 3.

⁷⁹ Kljub izjemnim metodičnim podobnostim med bizantinskimi sholiji in bolonjskimi glosami, obstoja neposrednih znanstvenih vplivov med bizantinskimi in (pred)bolonjskimi juristi doslej ni bilo mogoče dokazati. K temu je gotovo pripomogla tudi jezikovna ovira, saj bolonjski juristi niso brali grških spisov (*graeca non leguntur*). Prim. Lange, RÖMISCHES RECHT I (1997), str. 5, op. 17 in Wieacker, PRIVATRECHTSGESCHICHTE (1952), str. 53, op. 32.

⁸⁰ Tako domneva Perello, ORIGINS (2013), str. 612.

že splošno priznane kot zakonite služnosti.⁸¹ Francoski civilni zakonik je edina civilna kodifikacija, ki je medsosedska upravičenja na zakonski ravni izenačila z zakonitimi služnostmi (*»les servitudes établies par la loi«*).⁸²

Zlasti v 19. stoletju so germanisti institut zakonitih služnosti izrabili za ponazoritev svoje romantične ideologije, v kateri je odmevala misel »germanskega kolektivizma«. Duh germanskega prava naj bi bil v ostrem nasprotju z določili Justinijanove kodifikacije, ki jo je nemški pesnik Heine ekspresivno označil za »biblijo egoizma«. ⁸³ Če je moral še rimski *pater familias* služnosti ustanavljati pravnoposlovno, tako tudi Bluntschli, naj bi bila v nemških deželah povezanost posameznih družin v kolektivno (vaško) skupnost s poudarjenim občutkom za medsosedsko blaginjo razvita do te mere, da je bil obstoj služnosti v interesu sosedov samoumeven in pravnemu redu inherenten pojav.⁸⁴

4.3. Podložništvo

»Osebna služnost je tista, ki jo je ena oseba dolžna drugi. Na ta način postane nekdo proti naravni prostosti podložen tujemu gospodu [...] V našem času se te služnosti (*dienstbarkeit*) imenujejo nevoljništvo (*leibaigenschaft*)«. ⁸⁵

S to razlago je Martin Pegij v svojo Razpravo o služnostih (1558) vnesel že dolgo uveljavljeno glosatorsko trodelbo osebnih, mešanih in zemljiških služnosti.⁸⁶ Glosatorji so med »osebne služnosti« (*servitutes mere personales*) prištevali tudi suženjstvo, saj naj bi suženj gospodarju »služil« na podoben način, kot je služče zemljišče služilo gospo-

⁸¹ Denisart, Collection (1766), str. 88, tako gledanje kritizira in predlaga, da naj se »naravne oziroma zakonite služnosti« raje imenujejo »medsosedska pravila« (*»servitudes naturelles ou légales [...] sont plutôt des réglemens entre voisins que des servitudes«*).

⁸² Glej 649. člen francoskega Civilnega zakonika. Slovenski Stvarnopravni zakonik ureja »zakonite služnosti« v poglavju o sosedskem pravu – glej 76. člen, drugi odstavek 80. člena, prvi odstavek 83. člena, 84., 85. in 91. člen SPZ. Izraza »zakonita služnost« v Stvarnopravnem zakoniku ne srečamo, uporablja pa ga pravna teorija, glej Tratnik, SPZ s KOMENTARJEM (2018), str. 490; Vrenčur, SPZ s komentarjem (2018), str. 522. Ker se nujna pot po slovenskem pravu ustanavlja s konstitutivno sodno odločbo, ne gre za obliko zakonite služnosti. Vrenčur, SPZ s KOMENTARJEM (2018), str. 527.

⁸³ Bürge, RÖMISCHES (1999), str. 151.

⁸⁴ Bluntschli, DEUTSCHES (1853), str. 420.

⁸⁵ Pegius, Dienstbarkhaiten (1567), str. I. Prevod po: Kranjc, Martin Pegius (2007), str. 172.

⁸⁶ Martin Pegij je, kot sam pravi, »ponemčil« eno najpogostejše tiskanih pravnih monografij med 15. in 19. stoletjem, *Tractatus des Servitutibus* veronskega jurista Caepolle (prva izdaja 1473). Zanimivo je, da Pegijevega dostavka o osebni služnosti, ki da jo v njegovem času imenujejo nevoljništvo, v Caepollovi razpravi ni. Že ta ugotovitev potrjuje tezo Janeza Kranjca (MARTIN PEGIUS (2007), str. 197), da Pegijevo delo ni zgolj prevod, pač pa »priročnik, ki skuša biti koristen za prakтика in dati čim več jasnih in strnjjenih odgovorov.« O liku in delu Martina Pegija glej Kranjc, MARTIN PEGIUS (2007). O pomenu Caepollovega dela glej Liver, Die vom 15. bis 19. Jahrhundert meistgedruckte (1982).

dujočemu.⁸⁷ Nauk o tem, da je bil suženj po rimskem pravu le premikajoča stvar (*res se movens*),⁸⁸ na kateri je imel gospodar lastnini podobno pravico (*dominica potestas*),⁸⁹ vsekakor pa ne pravice na tuji stvari (*in re aliena*), jih ni kaj prida vznemirjalo.⁹⁰ Šele Zasius (16. stoletje) in Mevius (17. stoletje) sta zavzela stališče, da srednjeveškega podložništva (nevoljništva) v osebnopravni razsežnosti ni bilo mogoče meriti s pravnimi vatli rimskega suženjskega prava, temveč kvečjemu z določbami, ki so urejale osvobojenca (*libertini*).⁹¹ Nasprotno pa je obveljalo za stvarnopravno plat podložništva, torej za tlako in različne dajatve, ki jih je bil podložnik dolžan gosposki. Ta vidik je bil romanizirana z izrazjem in miselnimi kategorijami rimskih zemljiških služnosti:

»Podložniki (*homines proprii*) ali svojepravni [...] ne služijo niti v korist lastne niti gospodujoče osebe (*ratione personae neque suae neque dominantis*), temveč v korist zemljišča (*ratione praediorum*). Zato je treba njihovo služenje po naravi umeščati k zemljiškim služnostim, ki obstajajo v storitvi (*ad genus servitutis praedialis in faciendo consistentis*).«⁹²

Gerhardova navezava podložnikovih obvez na gospodovo in kmetovo zemljišče in ne na gospodovo oziroma kmetovo osebo, pojasni stvarnopravno naravo podložnikovih obveznosti. Tudi Stryk navaja, da je treba kmečke delovne obveznosti (*opera rusticorum*) umeščati med služnosti že zato, ker jih je dolžan izvrševati vsakokratni posestnik služnega zemljišča (hube).⁹³ Gospodovih upravičenj do tlačne obveznosti niso opredeljevali kot vrsto kmetove obligacije, temveč kot stvarno pravico zemljiškega gospoda, ki je bila prenosljiva le skupaj z gospodujočim zemljiščem.⁹⁴ Ko so se tlačne obveznosti pretvorile v naturalne in pozneje denarne dajatve, se je polagoma skoraj vseh podložniških dajatev oprijel značaj služnosti. In čeprav so te dajatve imele več skupnega z že v rimskih virih omenjenimi zemljiškimi davki, take opredelitve v občepравни literaturi ne zasledimo.⁹⁵

⁸⁷ »[D]efinitur ad similitudinem [...] qua homo fit servus hominis [...] qua domus domui.« AZO, AZONIS (1557), str. 275.

⁸⁸ Ulp. D. 21, 1, 1 pr.; C. 1, 2, 23, 3.

⁸⁹ Ulp. D. 21, 1, 17, 10.

⁹⁰ Humanist Donellus, bržčas najvplivnejši pravni sistematik 16. stoletja, pojasnjuje, da je beseda *servitus* le enakozvočnica (homonim), glosatorski pristop pri razvrščanju pa je posmehljivo primerjal z metodo tistega, ki bi trdil, da ima bik (*taurus*) tri vrste: prva naj bi bila žival (bik, lat. *taurus*), druga ozvezdje (Bika), tretja pa istoimenska gora v Tesaliji (imenovana Taurus). »*Non magis servitus dividi potest in eam, quae est servorum hominum, et eam, quae debetur a rebus alienis, quam taurus ita dividi, ut dicatur alius esse animal, alius sydus, alius mons in Thessalia hoc nomine.*« Donellus, COMENTARIJ (1822), str. 441.

⁹¹ Blickle, VON DER LEIBEIGENSCHAFT (2006), str. 264.

⁹² Gerhard, DE SERVITVTIBVS (1710), str. 25.

⁹³ Stryk, SPECIMEN USUS (1746), str. 77.

⁹⁴ To načelo, kot bo pojasnjeno spodaj, ni veljalo za desetine in patronatne pravice.

⁹⁵ Maurenbrecher, LEHRBUCH (1840), str. 566, op. 2.

Podložniki naj bi se v primeru gospodovih zahtev po odvajanju neobičajno visokih dajatev lahko sklicevali na načelo, da je treba služnosti izvrševati obzirno (*servitutibus civiliter utendum est*).⁹⁶ Tudi načelo, da mora služnost koristiti neposredno sosednjemu gospodujočemu zemljišču bi lahko pomagalo kmetu v primeru, če bi bil prisiljeni opravljati tlačne obveznosti na oddaljenem dvoru.⁹⁷ Sklicevanje podložnikov na rimskopravna služnostna načela, kolikor so bila ta v pravni doktrini sploh še priznana, ponazarjajo ambivalentnost procesov recepcije rimskega prava. Ta naj bi po ustaljenih spoznanjih v marsičem pripomogla k poslabšanju podložnikovega položaja, po drugi strani pa mu je nudila tudi oporo, da naj se v dvomu odloči v prid podložnikove svobode (*praesumptio pro libertate*).⁹⁸ Husanus je rimskopravno domnevo svobodnega statusa osebe prenesel na stvarnopravna razmerja: »Po naravnem pravu niso svobodni le ljudje, temveč tudi zemljišča, zato se domneva, da je katerakoli stvar in vsaka oseba od vsega začetka svobodna, če ni dokazan obstoj služnosti.«⁹⁹

4.4. Prisilne pravice

Prisilne pravice¹⁰⁰ so v fevdalnem pravu pomenile monopolna gosposka upravičenja, ki so podložnika silile k uporabi privilegiranega storitvenega obrata, denimo vaškega mli-
na, peči, pivskih varilnic, gostišč ali ceste.¹⁰¹ Stryk jih razvršča med zemljiške služnosti, ki so obstajale v storitvi (*in faciendo*). Gospodujoče zemljišče je bilo v tem smislu zemljišče, na katerem je stal gosposki mlin, služeeče pa je bilo podložnikovo zemljišče.¹⁰² Temeljna značilnost zemljiške služnosti naj bi bila v utesnitvi lastninske svobode na služeečem zemljišču. Prisilne pravice pa so po Gebhardtovem mnenju omejevale kvečjemu podložnikovo osebno gospodarsko pobudo (*actus merae facultatis*) in ne njegovih lastninskih upravičenj.¹⁰³ Prisilne pravice vrh tega niso zavezovale zgolj lastnikov oziroma posestnikov neke krajevne skupnosti, temveč kateregakoli prebivalca območja, ki je spadalo pod

⁹⁶ Ulp. D. 7, 1, 15, 4.

⁹⁷ Ulp. D. 8, 3, 7, 1. Coing, EUROPÄISCHES I (1989), str. 372.

⁹⁸ O rimski *libertas* glej Schulz, PRINCIPLES (1936), str. 140.

⁹⁹ Husanus, TRACTATUS (1590), str. 3.

¹⁰⁰ V virih najdemo izraze, kot so lat. *iura bannaria*, nem. *Zwangrechte*, fr. *bannalités*. Babnik (NEMŠKO-SLOVENSKA (1894), str. 830) prevaja *Zwangrecht* s »posilna pravica«, kar je zastarela ustreznica izraza »prisilna pravica«. Latinska beseda *bannum* je sicer pomenila vladarjevo zapoved ali prepoved (*ius cogendi et iubendi*); sankcijo, ki je sledila kršitvi zapovedi ter sámo opolnomočenje izdajati prepovedne predpise. Maigne d'Arnis, LEXICON (1977), 280.

¹⁰¹ Glej njihovo zakonsko opredelitev v ALR I 23 § 1–2, osnutku Terezijanskega kodeksa (CT 2, 29 § 23, 141). Več o prisilnih pravicah Floßmann, ÖSTERREICHISCHE (2005), str. 265, in Gmür, Roth, GRUNDRISS (2014), 91, r. št. 211–213.

¹⁰² Stryk, SPECIMEN USUS (1746), str. 76. Prim. tudi Krziwanek, ABHANDLUNG (1799), str. 8.

¹⁰³ Gebhardt, ÜBER DEN UNTERSCHIED (1807), str. 51.

režim prisilne pravice.¹⁰⁴ Uvrščanje prisilnih pravic med služnosti je bilo zato v teoriji predmet številnih sporov¹⁰⁵ in ni čudno, da se redaktorjem ODZ prisilnih pravic ni več zdelo smiselno umeščati v zasebnopravno kodifikacijo.¹⁰⁶ Zakonska opredelitev prisilnih pravic, ki jo najdemo v pruski kodifikaciji kaže, da imamo opravka z eno zadnjih ostalin starega režima (*ancien régime*), ki je, kot je ugotavljal Tocqueville, pod »moderno glavo skrivala povsem gotsko telo«.¹⁰⁷

4.5. Stvarno breme

Obravnava podložništva in prisilnih pravic nas privede do enega ključnih torišč občeppravne služnostne dogmatike, in sicer do vprašanja, kako so juristi utemeljili obstoj služnosti v storitvi (*servitus in faciendo*). Izhodišče za uvrstitev v fevdalnem pravu pogostih stvarnih bremen je juristom gotovo predstavljala že v rimskih virih omenjena služnost nošenja bremena (*servitus oneris ferendi*).¹⁰⁸ Njena vsebina je bila v tem, da je moral služnostni zavezanec skrbeti za trdnost zidu, na katerem je slonelo poslopje gospodujočega zemljišča. Zaradi vsebine te služnosti, ki je bila v aktivnem ravnanju služnostnega zavezanca, so jo že glosatorji opisovali kot »nepravilno« (*servitus anomala*).¹⁰⁹ Nasprotovala je namreč jasnemu Pomponijevemu pravilu:

»[B]istvo služnosti ni v tem, da nekdo nekaj stori, recimo, da odstrani grmovje ali da omogoči prijetnejši razgled [...] temveč v tem, da nekaj trpi ali nečesa ne stori.«¹¹⁰

¹⁰⁴ Krainz, Pfaff, SYSTEM (1885), str. 216.

¹⁰⁵ »Še rimska drhal bi se smejala tistemu, ki bi prisilne mline (*Zwangmühlen*) prišteval k služnostim. [...] tisti pa, ki so poprej trdili, da gre po nemških pravih učiti nasprotno, z vsem svojim prizadevanjem niso dokazali nič drugega kot to, da obstajajo bremena (*onera*), ki obstajajo v storitvu (*in faciendo*), ta pa germanisti imenujejo služnosti, čeprav z zadnjimi nimajo prav nič skupnega.« Weber, VERSUCHE (1801), str. 33.

¹⁰⁶ Osnutek Terezijanskega kodeksa se služnostim v storitvi še ni odrekel (CT 2, 27 § 1, 7). V dvomu jih sicer obravnava kot obligacije. Če je bila taka periodična dajatev vknjižena v deželni deski in je prehajala tudi na pravne naslednike, je CT določil, da gre za služnosti. Glej tudi CT 2, 27 § 2, 14. ODZ § 482 služnosti v storitvi ne priznava. Podložniške obveznosti, tlako in prisilne pravice prišteva med obligacijska razmerja ali javnopravne institute. Zeiller, COMMENTAR (1812), str. 303.

¹⁰⁷ Tocqueville, L'ANCIEN RÉGIME (1856), str. 352. Prim. Luig, DAS PRIVATRECHT (1994), str. 528.

¹⁰⁸ Ulp. D. 8, 5, 6, 2. Stvarna bremena so bila znana kategorija že v rimskem javnem pravu, vendar pa o njih rimski juristi zaradi »heretične« misli, da bi služnost obstajala v storitvi, v zasebnopravnih spisih niso želeli razpravljati. Schulz, PRINCIPLES (1936), str. 30.

¹⁰⁹ Stryk, ANNOTATIONES (1679), str. 150.

¹¹⁰ Pomp. D. 8, 1, 15, 1. Prevod po: Kranjc, PRIMERI, pr. 222.

Institut stvarnega bremena naj bi bil opisan že v zakoniku *Codex Theodosianus* (438)¹¹¹ ter v Justinijanovem času nastali turinški glosi k Institucijam.¹¹² Stvarno breme potemtakem ni bila samostojna iznajdba germanske pravne tradicije.

Novi praktiki so učili, da je z uvrstitvijo služnosti nošenja bremena za zgoraj omenjenim Pomponijevim fragmentom že Justinijan odpravil omejitve, da služnosti v storitvi ni bilo mogoče ustanoviti. Poleg tega naj bi dosledno spoštovanje načela *servitus in faciendo consistere nequit* nasprotovalo pojmovanju »nemške pravičnosti«. ¹¹³ Na tej podlagi so kmetove obveznosti oddaje zemljiških dajatev in njegove delovne obveznosti v korist gospodovega zemljišča razumeli kot služnosti v storitvi. Mogoče jih je bilo ustanoviti tudi v razmerjih med podložniki:

»V praksi so posestniki hiš in zemljišč po služnostnem pravu pogosto zavezani k storitvi (*ad faciendum jure servitutis*) [...] in ne le v razmerju do zemljiškega gospoda, temveč tudi do soseda, na primer da popravijo most ali spravijo les. [...] [Č]e bi kdo na sodišču trdil, da takih služnosti ni mogoče ustanoviti, bi ga zasmehovali (*si quis in foro negaret, tales servitutes imponi posse, cum risu exploderetur*).«¹¹⁴

Pojavljala pa so se tudi nasprotna stališča. Po manjšinskem mnenju je moralo služke zemljišče pri služnosti *oneris ferendi* zgolj trpeti naslanjanje sosedovega zidu oziroma tramu. Obveznost vzdrževanja zidu v stanju, ki bi omogočalo dejansko izvrševanje služnosti pa je lahko temeljila kvečjemu na obligacijskopravnem paktu. Ta ob odsotnosti stvarnopravnega učinka ni mogel bremeniti singularnega pravnega naslednika služkega zemljišča.¹¹⁵

Sklenemo lahko, da vse do zakonodajalčevega posega občeppravna znanost ni bila enotna pri odgovoru na vprašanje, ali ima stvarno breme zgolj obligacijskopravne ali tudi stvarnopravne učinke.¹¹⁶ Dilemo je rešil nemški zakonodajalec, ki je stvarna bremena – kljub nameravani defevdalizaciji stvarnega prava – kot vrsto stvarne pravice vključil v Nemški državljanski zakonik (1896).¹¹⁷ Tudi po slovenski zakonodaji je stvarno breme stvarna pravica, za katero se podrejeno uporabljajo določbe, ki veljajo za služnosti.¹¹⁸

¹¹¹ Lange, RÖMISCHES RECHT I (1997), str. 109, op. 29, navaja C. Th. 11, 1, 4.

¹¹² Glosa k Inst. 2, 3, 1.: »Služnosti se razumejo na dva načina, tj. v storitvi in v opustitvi (*faciendo et non faciendo*)«. Navedek po Lange, RÖMISCHES RECHT I (1997), str. 109.

¹¹³ Gebhardt, ÜBER DEN UNTERSCHIED (1807), str. 22: »[D]er Satz [...] widerstreite der deutschen Billigkeit.«

¹¹⁴ Manzius, TRACTATUS (1657), str. 154.

¹¹⁵ Thibaut, VERSUCHE (1817), str. 29.

¹¹⁶ Prim. Titius, DE SERVITUTE (1710), str. 21.

¹¹⁷ BGB § 1105. Več o tem Heß, DIENSTBARKEIT (1998). ODZ jih izrecno in na enem mestu sploh ni urejal, ker naj bi jih uredila politična (tj. upravna) zakonodaja. Kljub temu je ostal institut stvarnega bremena v ODZ prisoten na več mestih (§§ 530, 687 in 1122). Prim. Floßman, ÖSTERREICHISCHE (2005), str. 184 in nasl.

¹¹⁸ Člen 255 Stvarnopravnega zakonika (SPZ – Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20).

4.6. Služnosti po javnem pravu: regalije in meddržavne služnosti

Proti koncu 16. stoletja so na nemških fakultetah začne povečevati zanimanje za preučevanje javnega prava (*ius publicum*).¹¹⁹ Zaradi nenavadnega razmerja med vrhovno, toda le nominalno cesarjevo oblastjo na eni strani ter dejansko oblastjo teritorialnih deželnih knezov na drugi strani, so bili v javnopравниh razpravah posebne znanstvene pozornosti deležne regalije,¹²⁰ med njimi zlasti sodna oblast (*iurisdictio*). Zlasti v patrimonialnem sodstvu so juristi videli neke vrste stvarno pravico, ki je gospostvu prinašala periodične premoženjske donose. Zaradi še neizpiljene teorije državne suverenosti so pravno naravo patrimonialne sodne oblasti opojmili v duhu rimskih zasebnopravnih kategorij. Patrimonialno jurisdikcijo so juristi obravnavali kot zemljiško služnost po javnem pravu (*servitus iuris publici*).¹²¹ Imetniki patrimonialnega sodstva so se tako v vlogi služnostnega upravičenca ob posegu v njihovo upravičenje s strani podelitelja te pravice (npr. deželnega kneza ali cesarja) ali koga tretjega, posluževali stvarnopravne kvazikonfesorne tožbe.¹²²

»Veliko je tistih (pravic), ki nastopajo pod imenom 'regalije' in ki so se po nemških navadah (*usu Germaniae*) izrodile v služnosti (*in servitute degenerarunt*), vsaj dokler nam njihovo izvrševanje pritiče na tujem zemljišču. Primeri tovrstnih pravic so: pravica loviti na tujem, izvrševanje sodne oblasti (*iurisdictio*), izterjava davkov (*vectigalis exactio*), pravica voditi vojake čez tuje ozemlje, tam taboriti in izvajati izvidništvo. Ne dvomimo, da bi bile služnosti omejene zgolj na zemljišča zasebnikov, saj se lahko raztezajo tudi na teritorije ali kneževine, od koder lahko eden drugemu omogoča izvrševanje služnostne pravice.«¹²³

Kot razberemo iz Strykovega odlomka, so služnost kot dogmatični model, ki je opisoval tudi regalije, prenašali celo na nekatera meddržavna razmerja. Služeče zemljišče je bil lahko v tej zvezi tudi suvereni teritorij, kar utegne presenetiti, če upoštevamo na eno temeljnih načel meddržavnega prava, po katerem nobena suverena država ne sme imeti oblasti nad drugo (*par in parem non habet imperium*). Tipična oblika meddržavne služnosti, ki je bila v geografskem ustroju Svetega rimskega cesarstva s številnimi eksklavami nepogrešljiv pravni institut, je bila pravica prehoda vojaških čet čez tuje ozemlje. V teoriji

¹¹⁹ Stolleis, GESCHICHTE (1988), str. 141.

¹²⁰ Regalije (kraljeve pravice) je določala konstitucija svetega rimskega cesarja Friderika I., ki je bila sprejeta na zboru v Roncaglii (1158). Med regalije so šteli sodstvo, javne ceste, plovne reke, davke, pravico do kovanja denarja, dohodke iz kazni in spravnin in pravico oblasti do deleža na zakladu. Besedilo konstitucije glej v Kroeschell, DEUTSCHE RECHTSGESCHICHTE I (2008), str. 191; o regalijah in njihovih delitvah tudi Vilfan, PRAVNA ZGODOVINA, str. 130.

¹²¹ Claus (DIE LEHRE, 1894, str. 47) navaja, da naj bi izraz prvi uporabil Philipp Reinhard Vitriarius v delu INSTITUTIONES IURIS PUBLICI ROMANO-GERMANICI (1686).

¹²² »[W]enn jemand solche prorogierte Jurisdiction über eines andern Unterthanen exerciert, so kann derselbe *actione utili confessoria* [...] conveniret werden.« Jargow, EINLEITUNG (1757), str. 241.

¹²³ Stryk, ANNOTATIONES (1679), str. 73; prim. Engelbrecht, DE SERVITVIBVS (1715), str. 37.

in praksi mednarodnega prava meddržavna (mednarodna) služnosti kot institut, ki je bil teoretično utemeljen v obdobju *usus modernus*, obstaja še danes.¹²⁴

5. Sklep

K širokemu pojmovanju rimskopravnega instituta zemljiških služnosti, ki so jih juristi v obdobju *usus modernus pandectarum* označevali kot služnosti (*servitutes*) ali vsaj kot njim sorodna »upravičenja« (*Gerechtigkeiten*), je pripomoglo več dejavnikov. Teorija o prostem oblikovanju novih zemljiških služnosti v obdobju glosatorjev in komentatorjev, kljub kategoriji brezimnih služnosti, še ni bila splošno sprejeta. K njeni dosledni uveljavitvi je prispevala šele ovržba lotarinške legende (1643), ki je omogočila, da se pravna znanost odreče strogim rimskim načelom, ki so jih označevali kot »pravna dlakocepstva« (*subtilitates iuris*). Podlago za razvrščanje številnih fevdalnih razmerij med služnosti je učenim pravnikom nudila tudi Gajeva kategorija netelesnih stvari. Za varstvo pravic na netelesnih stvareh (*iura incorporalia*) je teorija – seveda z namenom, da zadosti zahtevam tožbenopravno zasnovanega rimsko-kanonskega postopka – predlagala široko uporabo analogne konfesorne tožbe. Tako je obveljalo, da je »vsaka raba, ne glede na njeno vsebino, sedaj lahko služnost.«¹²⁵ Zaradi množice najrazličnejših pojavnih oblik, se splošna in preizkušena zlasti pa nesporna opredelitev občepiranih služnosti ni izoblikovala.¹²⁶ Kljub temu poskusimo združiti zgornja spoznanja, da ugotovimo, kaj je družilo vsa zgoraj navedena upravičenja.

Navedena upravičenja so predstavljala trajno in premoženjsko korist lastnika gospodujočega zemljišča. Priznavali so jih za pravice, ki so jih štitali s stvarnopravnimi sredstvi. Večino opisanih upravičenj je družila lastnost »vkoreninjenosti« v gospodujoče zemljišče, kar pomeni, da jih ni bilo mogoče prenesti ali podedovati ločeno od lastninske pravice na gospodujočem oziroma služečem zemljišču.¹²⁷ Ne glede na to, ali so bile te pravice samostojno odsvojljive ali ne, so postale sčasoma aktivno in tudi pasivno podedljive. Opisana razmerja so bila vsaj praviloma »zemljiškoposredujoča« razmerja.¹²⁸ Le izjemoma tako na

¹²⁴ Glej Clauss, *DIE LEHRE* (1894) in Scott, *INTERNATIONAL SERVITUDES* (1920). Cesta na Sabotinu pri Novi Gorici je primer slovenske meddržavne služnosti. Türk, *TEMELJI* (2015), str. 319.

¹²⁵ Tako Wesenberg, Wesener, *NEUE DEUTSCHE* (1985), str. 126. Zato tudi ne preseneča Strykova opazka, ki poudari veliko pogostost služnostnih pravnih v 18. stoletju: »[S]i ulla in foro frequens controversia est, certe de servitutibus est.« Stryk, *ANNOTATIONES* (1679), str. 73.

¹²⁶ Neandrup, *ZUR GESCHICHTE* (1900), str. 80.

¹²⁷ To je načeloma veljalo za upravičenja članov soseske na skupnih zemljiščih, medsosedska upravičenja, pretežno tudi za podložniške dajatve. Izjema so bila nekatera fevdalna upravičenja, kot so desetine, patronatne pravice in regalije, saj so bile samostojno prenosljive na aktivni (»upniški«) strani, s čimer pa niso izgubile narave stvarnih pravic na obremenjeni stvari.

¹²⁸ Möller, *SERVITUTEN* (2010), ki je besedno zvezo tudi vpeljala (»grundstücksvermittelte Rechte«), s tem poudari, da pri služnostih ne gre za golo osebno razmerje med lastnikoma, temveč za razmerje

strani zavezanca kot upravičenca ni nastopalo individualno zemljišče, temveč skupnost zemljišč na nekem geografskem prostoru. Služnostni upravičenec na gmajni oziroma služnostni zavezanec pri prisilni pravici je bila skupnost vseh članov soseske. Pri regalijah in meddržavnih služnostnih pa sta kot »služeči zemljišči« obveljali kar celo gospostvo ali dežela.

Ostale skupne značilnosti je mogoče navesti *per negationem*. Navedenih upravičenj ni mogoče posplošeno opredeliti kot pravice na *tuji* stvari. Stvarnopravno teorijo je namreč vse do 19. stoletja zaznamovala teorija deljene lastnine. Kmetje so kot člani soseske po tej teoriji sicer res veljali za uživalne lastnike skupnih zemljišč (denimo gmajn). Obenem pa so bili tudi njihovi služnostni upravičenci. Bili so torej služnostni upravičenci na stvari, ki je bila v njihovi užitni lastnini. V obrnjenem smislu je mogoče reči tudi za gosposka upravičenja na rustikalnih zemljiščih. Gosposka je namreč veljala za neposredno lastnico (*dominium directum*) kmetovega rustikalnega zemljišča, vendar je hkrati nastopala v vlogi služnostnega upravičenca do kmetovih dajatev, tlake in tistih kmetovih zavez, ki so bile predmet prisilnih pravic in regalov. Rimskih načel, da služnost ni mogoča na lastni stvari in tudi ne v storitvi, juristi obdobja *usus modernus* niso spoštovali, temveč so ju označili za presežena »rimskopravna dlakocepstva«, »novim« služnostim pa v nekoliko resignirajočem tonu dodali pristavek, da gre za upravičenja (*Gerechtigkeiten*) ali celo za služnosti po germanskem pravu (*servitutes iuris germanici*).

Viri in literatura

- Accursius: CORPUS JURIS CIVILIS IUSTINIANEI CUM COMMENTARIIS, tom. I, Sumptibus Iacobi Cardon & Petri Canellat, Lugduni 1627 (= Glossa Ordinaria).
- Anonymus: Iz Dunajskega zbora, v: Kmetijske in rokodelske novice, 6 (1848) 38, str. 162.
- Azo Portius: AZONIS SUMMA: AUREA RECENS PRISTINAE SVAE FIDEI RESTITUTA, AC ARCHETYPICO COLLATA, (ponatis, prva izdaja 1667), Minerva, Frankfurt na Majni 1968.
- Babnik, Janko (ur.): NEMŠKO-SLOVENSKA PRAVNA TERMINOLOGIJA, C. kr. dvorna in državna tiskarnica, Dunaj 1894.
- BASILICORUM LIBRI LX, TOM. V, Lib. XLIX– LX, recog. Heimbach, Karl Wilhelm Ernest, J.A. Barth, Lipsiae 1850..
- Biondi, Biondo: LA CATEGORIA ROMANA DELLE »SERVITUTES«, Societa editrice Vita e pensiero, Milano 1938.
- Blickle, Peter: VON DER LEIBEIGENSCHAFT ZU DEN MENSCHENRECHTEN: eine Geschichte der Freiheit in Deutschland, C. H. Beck, München 2003.

med lastniki glede na služeče oziroma gosposdujoče zemljišče (*intuitu praediorum et non personarum*).

- Bluntschli, Johann Caspar: DEUTSCHES PRIVATRECHT, 1. Band, Literarisch – artistische Anstalt., München 1853.
- Böhmer, Justus Henning: INTRODUCTIO IN IUS DIGESTORUM, Orphanotropheus, Halae Magdeburgicae 1704.
- Bruns, Carl Georg: DAS RECHT DES BESITZES IM MITTELALTER UND IN DER GEGENWART, H. Laupp, Tübingen 1848.
- Buder, Christian Gottlieb: REPERTORIUM REALE PRAGMATICUM IURIS PUBLICI ET FEUDALIS IMPERII ROMANO-GERMANICI ODER DES HEIL. RÖM. REICHS STAATS- UND LEHN-RECHT, Cuno, Jena 1751.
- Bürge, Alfons: RÖMISCHES PRIVATRECHT, RECHTSDENKEN UND GESELLSCHAFTLICHE VERANKERUNG, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1900.
- Caepolla, Bartholomaeus: TRACTATUS DE SERVITUTIBUS TAM URBANORUM, QUAM RUSTICORUM PRAEDIORUM, Apud Ioannem Gymnicum, sub Monocerote 1579.
- Claus, Immanuel: DIE LEHRE VON DER STAATSDIENSTBARKEITEN HISTORISCH-DOGMATISCH ENTWICKELT, H. Laupp, Tübingen 1894.
- Coing, Helmut: EUROPÄISCHES PRIVATRECHT, Bd. I, ÄLTERES GEMEINES RECHT (1500 bis 1800), C. H. Beck, München 1985.
- Coing, Helmut: EUROPÄISCHES PRIVATRECHT, *Bd. II*, ÜBERBLICK ÜBER DIE ENTWICKLUNG DES PRIVATRECHTS IN DEN EHEMALS GEMEINRECHTLICHEN LÄNDERN, C. H. Beck, München 1989.
- Conring, Hermann: DE ORIGINE IURIS GERMANICI, Editio tertia plurimis locis aucta, Mvllerus, Helmestadii 1665.
- Denisart, Jean-Baptiste: COLLECTION DE DÉCISIONS NOUVELLES ET DE NOTIONS RELATIVES A LA JURISPRUDENCE ACTUELLE, TOME TROISIÈME, Desaint, Pariz 1766.
- DIGESTA IUSTINIANI AUGUSTI, recog. Mommsen, Theodor, Vol. Primum, Apud Weidmannos, Berolini 1870.
- DIGESTVM VETVS PANDECTARVM IURIS CIVILIS TOMVS PRIMVS, Apud Hugonem a Porta, Lugduni 1560.
- Donellus, Hugo: COMMENTARII DE IURE CIVILI, vol. V, (ponatis, prva izdaja 1595), Bauer et Raspe, Norimbergae 1822.
- Engelbrecht, Christoph Johann: DE SERVITVTIBVS IURIS PVBLICI SIVE IURIS PRAEIPVE IN IMPERIO ROMANO GERMANICO IMPERANTI IN ALTERIVS TERRITORIO COMPETITIBVS, Literis Hammianis, Helmstadii 1715.
- Feenstra, Robert: Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction, v: LEGAL SCHOLARSHIP AND DOCTRINES OF PRIVATE LAW, 13th–18th Centuries, Routledge, Oxford 1996.

- Floßmann, Ursula: ÖSTERREICHISCHE PRIVATRECHTSGESCHICHTE, Fünfte, aktualisierte Aufl., Springer, Dunaj in New York 2005.
- GAI INSTITUTIONES, ed. E. Seckel in B. Kvebler, Editio stereotypa editionis septimae, in aedibus B.G. Teubneri, Stutgardiae 1969.
- Gebhardt, Carl: ÜBER DEN UNTERSCHIED ZWISCHEN SERVITUTEN UND ZWANGS- UND BANN-GERECHTIGKEITEN, Heinrich Richter, Leipzig 1807.
- Gerhard, Wilhelm Heinrich: DISSERTATIO JURIS GERMANICI, DE SERVITVTIBVS IN FACIENDO CONSISTENTIBVS, Litteris Mvllerianis, Jenae 1710.
- Gierke, Otto: DIE GENOSSENSCHAFTSTHEORIE UND DIE DEUTSCHE RECHTSSPRECHUNG, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887.
- Gmür, Rudolf; Roth, Andreas: GRUNDRISS DER DEUTSCHEN RECHTSGESCHICHTE (14. dopolnjena izdaja), Verlag Franz Vahlen, München 2014.
- Goodrich, Peter; Hayaert, Valérie (ur.): GENEALOGIES OF LEGAL VISION, Routledge, London, New York 2015.
- Heger, Martin: DER NIEßBRAUCH IN USUS MODERNUS UND NATURRECHT, Duncker & Humblot, Berlin 2004.
- Heineccius, Johann Gottlieb: ACADEMISCHE REDEN ÜBER DESSELBEN ELEMENTA IVRIS CIVILIS SECVNDVM ORDINEM INSTITVTIONVM, Garbe, Frankfurt na Majni 1766.
- Heß, Burkhard: Dienstbarkeit und Reallast im System dinglicher Nutzungs- und Verwertungsrechte, v: Archiv für die civilistische Praxis, 198 (1998), str. 489–515.
- Husanus, Johannes: TRACTATVS DE HOMINIBVS PROPRIIS IN QVO TVM UETERIS, TVM HO-DIERNAE SERVITVTIS JURA BREVITER AC DILUCIDE EXPLICANTUR, Jacobus Wolf, Hamburgi 1590.
- INSTITUTIONES, recog. Krueger, Paulus, Mommsen, Theodorus, Vol. Primum, Editio Stereotypa Quinta, Apud Weidmannos, Berolini 1889.
- Jargow, Christoph Georg: EINLEITUNG ZU DER LEHRE VON DEN REGALIEN ODER MAJESTÄTISCHEN RECHTEN EINES REGENTEN UND SONDERLICH DER CHUR- UND FÜRSTEN DES HEIL. RÖMISCHEN REICHS TEUTSCHER NATION, Bei Johann Andreas Berger und Jacob Bödner, Rostock in Wismar 1755.
- Juhart, Miha; Tratnik, Matjaž; Vrenčur, Renato: STVARNOPRAVNI ZAKONIK S KOMENTARJEM, GV Založba, Ljubljana 2018.
- Kambič, Marko: Ljubljanske Malefčne svoboščine v evropskem kontekstu – Ob 500-letnici njihove podelitve, v: Acta Histriae, 25 (2017) 3, str. 629–652.

- Kambič, Marko: Prevajanje zgodovinskih in sodobnih pravnih besedil, v: *MED JASNOSTJO IN NEDOLOČENOSTJO*, Pravna terminologija v zgodovini, teoriji in praksi, GV Založba, Ljubljana 2019, str. 345–367.
- Kambič, Marko: *RECEPCIJA RIMSKEGA DEDNEGA PRAVA NA SLOVENSKEM S POSEBNIM OZIROM NA DEDNI RED KARLA VI.*, Založba ZRC, Ljubljana 2007.
- Kaser, Max: *DAS RÖMISCHE PRIVATRECHT*, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, Beck, München 1955.
- König, Annika: *Kommunale Autonomie im Fürstenstaat?*, v: *RECHTSGESCHICHTE DES LÄNDLICHEN RAUMS IN BAYERN* (ur. Hermann, Hecker), Rechtskultur Wissenschaft, Regensburg 2012, str. 89–103.
- Korošec, Viktor: *RIMSKO PRAVO*, I. del, Splošni del, osebno, stvarno in obligacijsko pravo 2. izpopolnjena izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2005.
- Korošec, Viktor: *ZGODOVINA IN SISTEM RIMSKEGA ZASEBNEGA PRAVA*, prvi zvezek, 1. snopič, Splošni nauki, viri, osebno in stvarno pravo, Družba sv. Mohorja v Celju, Celje 1936.
- Krainz, Josef; Pfaff, Leopold: *SYSTEM DES ÖSTERREICHISCHEN ALLGEMEINEN PRIVATRECHTS*, Grundriss und Ausführungen, Erster Band: Der allgemeine Theil, Manzsche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Dunaj 1885.
- Kranjc, Janez: *Martin Pegius in njegova razprava o služnostih*, v: *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru*, 3 (2007) 2, str. 159–197.
- Kranjc, Janez: *PRIMERI IZ RIMSKEGA PRAVA*, tretja, nova izdaja, Uradni list, Ljubljana 2013.
- Kranjc, Janez: *RIMSKO PRAVO*, 3. pregledana in dopolnjena izdaja, Pravna obzorja, GV Založba, Ljubljana 2019.
- Kroeschell, Karl: *DEUTSCHE RECHTSGESCHICHTE*, Bd. 1: Bis 1250, 13. Aufl., Böhlau Verlag, Köln, Weimar in Dunaj 2008.
- Kroeschell, Karl: *DEUTSCHE RECHTSGESCHICHTE*, Bd. 3: seit 1650, 5. Aufl., Böhlau Verlag, Köln, Weimar in Dunaj 2008.
- Kušej, Rado: *CERKVENO PRAVO KATOLIŠKE IN PRAVOSLAVNE CERKVE S POSEBNIM OZIROM NA RAZMERE V KRALJEVINI SRBOV, HRVATOV IN SLOVENCEV*, Založba juridične fakultete, Ljubljana 1923.
- Landsberg, Ernst: *GESCHICHTE DER DEUTSCHEN RECHTSWISSENSCHAFT*, NEUERE ZEIT, 3. Abtheilung, Oldenbourg, München in Leipzig 1898.
- Lange, Hermann: *RÖMISCHES RECHT IM MITTELALTER*, Bd. I, DIE GLOSSATOREN, C. H. Beck, München 1997.

- Leyser, Augustin: *MEDITATIONES AD PANDECTAS QVIBVS PRAECIPVA JVRIS CAPITA EX ANTIQVITATE EXPLICATVR, CVM JVRIBVS RECENTIORIBVS CONFERVNTVR ATQVE VARIIS CELEBRIVM COLLEGIORVM RESPONDIS ET REBVS JVDICATIS ILLVSTRANTVR, VOL. II.*, Apud Ioh. Christoph. Meisnerum, Lipsiae et Gvelfpherbyti 1742.
- Link, Christoph: *KIRCHLICHE RECHTSGESCHICHTE* (3. izdaja), C. H. Beck, München 2017.
- Liver, Peter: Die vom 15. bis 19. Jahrhundert meistgedruckte juristische Monographie: Bart. Caepollae Veronensis I. C. clarissimi Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum, v: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: romanistische Abteilung, 99 (1982) 1, str. 326–331.
- Luig, Klaus: Das Privatrecht im »Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten« von 1794, v: Archiv für die civilistische Praxis, 194 (1994) 6, str. 521–542.
- Luig, Klaus: *Deutsches Privatrecht*, v: *HANDWÖRTERBUCH ZUR DEUTSCHEN RECHTSGESCHICHTE*, Bd. I, Berlin 2008, Sp. 993–1003.
- Maigne d'Arnis, W. H.: *LEXICON MANUALE AD SCRIPTORES MEDIAE ET INFIMIAE LATINITATIS*, Georg Olms Verlag, Hildesheim, New York 1977.
- Manzius, Caspar: *TRACTATUS DE SERVITUTIBUS PRAEDIORUM URBANORUM & RUSTICORUM: IUXTA ORDINEM LIB. 8. DIGESTORUM*, Weh, Augustae Vindelicorum 1657
- Maurenbrecher, Romeo: *LEHRBUCH DES GESAMMTEN HEUTIGEN GEMEINEN DEUTSCHEN PRIVATRECHTES*, Bei Eduard Weber, Bonn 1840.
- Möller, Cosima: *DIE SERVITUTEN, Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstücksvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht, mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Wallstein Verlag, Göttingen 2010.
- Neandrup, Hubert: *ZUR GESCHICHTE DEUTSCHER GRUNDDIENSTBARKEITEN*, Schlesische Volkszeitungs-Buchdruckerei, Paderborn 1900.
- Nörr, Knut Wolfgang: *RÖMISCH-KANONISCH PROZESSRECHT, ERKENNTNISVERFAHREN ERSTER INSTANZ IN CIVILIBUS*, Springer, Tübingen 2012.
- Oestmann, Peter: *WEGE ZUR RECHTSGESCHICHTE – GERICHTSBARKEIT UND VERFAHREN*, Böhlau Verlag, Köln, Weimar in Dunaj 2015.
- Pegius, Martin: *DIENSTBARKHAITEN STÄTTLICHER VND BÄWRISCHER ERBAIGENGÜTTER VNND GRÜNDTLICHER BERICHT*, Weyssenhorn, Ingolstatt 1567.
- Perello, Carlos Felipe Amunategui: Origins of the Division of Servitudes into Natural, Legal and Contractual, v: *Journal of Civil Law Studies*, 6 (2013) 2, str. 603–616.

- Polec, Janko, Slovenski pravni znanstveniki, v: Sajovic, Rudolf (ur.): POL STOLETJA DRUŠTVA »PRAVNIK« V LJUBLJANI, Društvo Pravniki v Ljubljani, Ljubljana 1939, str. 151–205.
- Savigny, Friedrich Carl von: GESCHICHTE DES RÖMISCHEN RECHTS IM MITTELALTER, Sechster Band, Heidelberg 1831.
- Savigny, Friedrich Carl von: SYSTEM DES HEUTIGEN RÖMISCHEN RECHTS, Erster Band, Veit, Berlin 1840.
- Savigny, Friedrich Carl von: VOM BERUF UNSRER ZEIT FÜR GESETZGEBUNG UND RECHTSWISSENSCHAFT, Bey Mohr und Zimmer, Heidelberg 1814.
- Schröder, Jan: RECHT ALS WISSENSCHAFT, GESCHICHTE DER JURISTISCHEN METHODENLEHRE IN DER NEUZEIT (1500–1933), 2., predelana in bistveno dopolnjena izdaja, C. H. Beck Verlag, München 2012.
- Schulz, Fritz: CLASSICAL ROMAN LAW, Clarendon Press, Oxford 1951.
- Schulz, Fritz: PRINCIPLES OF ROMAN LAW, Clarendon Press, Oxford 1936.
- Schweser, Christoph Heinrich: THEATRUM SERVITUTUM ODER SCHAUPLATZ DER DIENSTBARKEITEN WORAUF ALLERLEY ARTEN DER SERVITUTEN, DIENSTBARKEITEN UND DIENSTLEISTUNGEN, WIE SOLCHE IN SÄCHLICHE UND PERSÖNLICHE, UND JENE WIEDER IN LAND- UND STADT- DIENSTBARKEITEN ... ABGETHEILT, VORGESTELLT, Michahelles, Nürnberg 1709.
- Scott, James Brown (ur.): INTERNATIONAL SERVITUDES: English Translations of Extracts from Works by Argentinian, Austrian, Belgian, French, German, Italian, Russian, Spanish, and Swiss Publicists, Together with Extracts from the Works of British and American Publicists, Government Printing Office, Washington 1910.
- Seebo, Christoph: SERVITUS UND EASEMENT, DIE REZEPTION DES RÖMISCHEN SERVITUTENRECHTS IN ENGLAND, Wallstein Verlag, Goettingen 2005.
- Stintzing, Roderich: GESCHICHTE DER DEUTSCHEN RECHTSWISSENSCHAFT, NEUERE ZEIT, 2. Abtheilung, Oldenbourg, München, Leipzig 1884.
- Stolleis, Michael: GESCHICHTE DES ÖFENTLICHEN RECHTS IN DEUTSCHLAND, ERSTER BAND, REICHSPUBLIZISTIK UND POLICEYWISSENSCHAFT 1600–1800, Verlag C. H. Beck, München 1988.
- Struve, Georg Adam: JURISPRUDENTIA ROMANO-GERMANICA FORENSIS, Sumptibus Societatis, Jenae 1670.
- Struve, Georg Adam; Müller, Philipp: SYNTAGMA JURISPRUDENTIAE SECUNDUM ORDINEM PANDECTARUM CONCINNATUM, Sumptibus Matthaei Birckneri, Jenae 1678.

- Stryk, Samuel: ANNOTATIONES SUCCINCTAE AD INSTITUTIONES JUSTINIANEAS. EX DISCURSIBUS PRIVATIS, AD SENSUM PARITER AC USUM MODERNUM APPLICATIS, AUDITORUM INDUSTRIA EXCEPTAE, EORUNQ; COMMODO TYPIS EXSCRIPTAE, (brez navedbe založnika in kraja) 1679.
- Stryk, Samuel: SPECIMEN USUS MODERNI PANDECTARUM, A libro VI. usque ad XII., Halae, Magdeburgicae 1729.
- Stryk, Samuel: SPECIMEN USUS MODERNI PANDECTARUM, Libro XXXIX usque ad finem, Halae, Magdeburgicae 1746.
- Škrubej, Katja: Courtroom Oaths and Patrimonial Court in 18th century Carniola: Vestiges of ‚ius proprium‘ and local autonomy (The Case of the Estate of Veldes/Bled), v: Lex localis – Journal of Local Self-Government, 10 (2012) 3, str. 203–228.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus: VERSUCHE ÜBER EINZELNE THEILE DER THEORIE DES RECHT, Bd. I., Mause und Sohn, Jena 1817.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus: VERSUCHE ÜBER EINZELNE THEILE DER THEORIE DES RECHT, Bd. II., Mause und Sohn, Jena 1817.
- Titius, Gottlieb Gerhard: DE SERVITUTE FACIENDI, typis Immanuelis Titii, Lipsiae 1710.
- Tratnik, Matjaž: Služnost v javno korist, v: PRAVNI LETOPIS, (2009) 1, str. 89–98.
- Türk, Danilo: TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA, GV Založba, Ljubljana 2015.
- Vilfan, Sergij: PRAVNA ZGODOVINA SLOVENCEV, Od naselitve do zloma Stare Jugoslavije, Slovenska matica, Ljubljana 1961.
- Voet, Johannes: COMMENTARIUS AD PANDECTAS, tom. I, P. de Hondt, Hagae 1726.
- Weber, Adolph Dieterich: VERSUCHE ÜBER DAS CIVILRECHT UND DESSEN ANWENDUNG, Bödner, Schwerin in Wismar 1801.
- Wesel, Uwe: GESCHICHTE DES RECHTS, VON FRÜHFORMEN BIS ZUR GEGENWART (4. posodobljena izdaja), C. H. Beck, München 2014.
- Wesenberg, Gerhard; Wesener, Gunter: NEUERE DEUTSCHE PRIVATRECHTSGESCHICHTE IM RAHMEN DER EUROPÄISCHEN RECHTSENTWICKLUNG (4. posodobljena izdaja), Böhlau Nachf., Dunaj, Köln in Gradec 1985.
- Whitman, James Q.: THE LEGACY OF ROMAN LAW IN THE GERMAN ROMANTIC ERA, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1990.
- Wieacker, Franz: PRIVATRECHTSGESCHICHTE DER NEUZEIT, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung (3. pregledana izdaja), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1952.

- Willoweit, Dietmar: DEUTSCHE VERFASSUNGSGESCHICHTE, VOM FRANKENREICH BIS ZUR WIEDERVEREINIGUNG DEUTSCHLANDS (7. izdaja), C. H. Beck, München 2013.
- Windscheid, Berhard: DIE ACTIO DES RÖMISCHEN ZIVILRECHTS VOM STANDPUNKTE DES HEUTIGEN RECHTS, Buddeus, Düsseldorf 1856.
- Windscheid, Bernhard: LEHRBUCH DES PANDEKTENRECHTS, Erster Band, Buddeus, Düsseldorf 1875.
- Zasius, Ulrich: INTELLECTVS SINGVLARES ET NOVI IN NONNVLLA LOCA IURIS CIUILIS PER DOMINU VDALRICUM ZASIUM LL; DOCTOREM, ORDINARIUM FRIBURGEN, DILIGENTER & EX UERITATE COLLECTI, (brez navedbe založnika), Basilea 1526.
- Zeiller, Franz: COMMENTAR ÜBER DAS ALLGEMEINE BÜRGERLICHE GESETZBUCH FÜR DIE GESAMMTEN DEUTSCHEN ERBLÄNDER DER OESTERREICHISCHEN MONARCHIE, Zweyter Band, Geistinger, Dunaj in Trst 1812.
- Žepič, Vid: THEATRUM SERVITUTUM: POJAVNE OBLIKE OBČEPRAVNIH SLUŽNOSTI, Magistrsko diplomsko delo, Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 2020.

Praedial Servitude as a Legal-Dogmatic Model in the Period of the *Usus Modernus Pandectarum*

(Summary)

The period of European legal history commonly known as *usus modernus pandectarum* was marked by a scientific amalgamation of Roman legal institutions with the institutions, deriving from the particular legal tradition (*iura propria*), thus forming a mixed law system (“*ius romano-germanicum*”). The first part of the article examines the core features of the period with special regard to the development in the area of private law in the Holy Roman Empire. The efforts of the learned jurists seeking to adapt Justinian’s Roman law for a wide usage in the professionalised courts (“*ius digestorum ad fora Germaniae applicatum*”) induced a discovery of the “historicity of law”. The “practical turn” of the period, in the contemporaneous literature usually labelled as “*practica nova*”, originated in the foundation of the Imperial Chamber Court (*Reichskammergericht*), a wide circulation of the cameral literature (e.g. Gail’s *Practicarum observationum*) and the process of *transmissio actorum* (*Aktenversendung*). The gradual decline of *practica nova* emerged only after Savigny’s critical reflection exhibited many deficiencies of the scientific methods employed by his forerunners. The lack of historical distance with respect to Roman law as well as a failure to develop a sound methodological theory and a comprehensive legal system were his main reproaches to *usus modernus*.

Dogmatic evolution embodying all pivotal traits of the epoch might be observed in the theory of praedial servitudes (*servitutes*, *Dienstbarkeiten*). For learned jurists, they represented a legal-dogmatic model for conceptualisation and incorporation of heterogeneous feudal phenomena into the categories of the *ius commune*. The flexible idea of the servitude, employed by legal science, contributed, as Coing correctly suggested, to the development of an “*ordinamento giuridico*” from the texts of the *Corpus iuris civilis* and to the validity of the *ius commune* as a universal legal system.

Contrary to Coing’s view, the categorisation by glossators of *servitutes innominatae*, one of the copious subdivisions on the *arbores servitutium*, should not be considered as a starting point for a broad conceptualisation of praedial servitudes. Accursius only stated that *servitutes innominatae* hold their name after the act itself (*ipso actu denominatur*) and exemplified them by an enumeration of five types of servitudes, i.e. *ius pascendi*, *servitus pecoris appulsus*, *aqua haustus*, *ius calcis coquenda*, and *ius arena fodienda*. Besides that, no clear indications exist in the *Glossa Ordinaria* suggesting that the glossators already described contemporaneous feudal institutes (e.g. serfdom) through the lens of Roman praedial servitudes. The same applies to the literature of commentators, e.g. Caepolla’s *Tractatus de servitutibus*. Pegius, who adapted (and not translated as it is commonly suggested by the German literature) Caepolla’s work, mentioned that the “personal servitude” (*servitutes mere personales*) in his times, i.e. in the middle of the 16th century, was named “serfdom” (*leibaigenschafft*).

It was only after the emergence of the discipline of the German private law that massive endeavours to integrate feudal institutions into the *ius commune* had commenced. An important point was definitely the withdrawal of the so-called Lotharian legend by German polymath Hermann Conring (1643). As argued by Conring, Roman law has never been promulgated by the holy Roman emperor. On the contrary, it acquired its validity through gradual reception (“*hujus Romani juris usum sensim introducerent*”) by the increasingly professionalised courts of the Empire. In concordance with the new theory, legal science ignored many established Roman law principles that remained a contentious obstacle for the progress of legal dogmatics. A distinguished German jurist of the mid-18th century, Augustin Leyser, after coming to the conclusion that “[*n*]ullibi forsans subtilius est *ius Romanum*, quam in doctrina de servitutibus”, hence recommended a simple disregard of the general principles of Roman law of servitudes. Soon, fundamental Roman precepts, such as *nemini res sua servit*, *servitus praedio utilis esse debet* and *servitus in faciendo consistere nequit*, became obsolete. The demands of judicial practice were simply too powerful to maintain a full commitment to the spirit of pure Roman legal thought. Hence, the main contribution of the legal science of the 16th–18th century in the field of property law might be discerned in the transformation of the Roman praedial servitudes into an *omnibus* of various kinds of perpetual real rights.

The central part of the article delineates manifestations of the servitudes of the *ius commune* as stated in the contemporaneous legal literature and codifications. These legal relations were the rights of the commoners on the common lands, legal servitudes, the institution of serfdom, the right of patronate, various types of *banalités*, *regalia* rights and international servitudes.

Firstly, it was Ulrich Zasius (1526) who first described the rights of commoners (grazing, gathering of firewood) as praedial servitudes on the common lands. Although there was no specified individual dominant estate but rather a community of the dominant estates (*res universalis*) that encumbered the common land (*Allmend*) this feature did not hinder his theoretical construction. His major argument was that the rights of the commoners were inheritable and alienable by the commoners, however, only together with the dominant property. Therefore, these rights were not, as maintained by the *Glossa ordinaria*, of only contractual nature (*pacta*). Despite the fact that his theory convinced the *Reichskammergericht*, the legal doctrine of the late 18th century regarded rights of the commoners on the common lands as a specific type of co-ownership shares. The main feature of these shares was their accessorial nature in relation to the dominant property—a clear vestige of Zasius’ theory. A vague legal status of these rights oscillating between co-ownership and servitudes caused a great level of uncertainty among the Slovenian rural population in the process of the “regulation of servitudes” (1853).

Secondly, the application of the servitude theory on the various neighbours’ rights limiting their ownership originated—at least terminologically—in French legal literature

of the 18th century. The roots of the notion of legal servitude, however, could be traced back to the times of byzantine compilers of *Basilica* (9th century). Their classification of Justinian's texts concerning the prohibition of exceeding emissions or of a threatening *opus novum* and the rules concerning the alteration of the natural course of rain-water under the common title *Περί δουλειῶν* (book 58 of *Basilica*) indicates that the concept of limited ownership equals to the negative legal servitudes imposed on each one's property.

Thirdly, the serfdom as a typical feudal institution has never been recognised as an equivalent of Roman slavery, although there were some scholastic attempts by the glossators to designate the slavery as *servitutes mere personales*. Zasius and Maevius concluded that the status of serfs was comparable to the status of the Roman freedmen (*libertini*), whereas their obligations towards their lord were romanised in view of the Roman praedial servitudes which could exist in a duty (*servitutes in faciendo*). The same applies to the so-called *banalités* (*Zwangsrechte*, *Bannrechte*), i.e. obligations of peasants to grind grain, bake bread or brew beer in the facilities of their lords. Courts gradually allowed the enforcement of these real rights even in horizontal legal relations and contributed to the development of the legal burdens that were now designated as "*servitutes iuris germanici*".

Last but not least, the figure of servitudes has also infiltrated into the theory of *ius publicum* in the 17th century. *Regalia* rights such as jurisdiction of patrimonial lords brought considerable revenues to their holders. Lacking a sophisticated theory of sovereignty, public-law scholars embraced many private law concepts, including servitudes, to describe sovereign rights, such as *iurisdictio*. The figure of international servitude as a special type of the so-called *public law servitude* generated at the same time and in the same theoretical discourse.

After having outlined the basic features of each category, one might wonder what constitutes their common denominator. Briefly, "the *ius commune* servitudes" were perpetual property rights with *in rem* character bound to a piece of land rather than to a person. Some of them could be alienated separately from the dominant property (e.g. *patronatus*, tithes). The dominant property consisted even in a community of pieces of land (*res universalis*). Contrary to the established Roman principle, the rule in the *ius commune* dictated that servitudes existed in a performance of a positive duty. By virtue of the theory of double domain (*duplex dominium*), these rights cannot be generally branded as *iura in re aliena*. To illustrate, commoners were at the same time the holders of the servitudes on the common land as well as their "beneficial owners" (*domini utiles*). On the other hand, patrimonial lords were the holders of the servitudes, which existed in the peasants' duties (*servitutes in faciendo*), and at the same time the direct owners (*domini directi*) of the peasants' estates.

Considering the fact that the majority of legal relationships described as servitudes did not resemble their ancient Roman and modern counterparts, one may ask what the reasons for such a peculiar and somehow unnatural legal subsumption were. As far as I

see it, two possible interpretations exist. Firstly, the physiognomy of action-law oriented Roman-canon procedure required the claimant to describe his legal position from which an action recognised by legal order could be granted. Secondly, the ancient division of things on *res corporales* and *res incorporales* (among which Gaius counted inheritance, *ususfructus*, servitudes and obligations) was of paramount importance for the medieval and early-modern legal science. To secure the possession of church benefices and other patrimonial rights (tithes, *patronatus*), mediaeval canonists extended a quite narrow Roman possessory protection of the right of servitude. The jurists of *usus modernus* further developed canonistic theory and determined that a proper legal action for various kinds of incorporeal rights (hereditaments) was nothing else but *actio confessoria utilis*. That procedural remedy, originally introduced by Roman praetor to achieve protection of provincial servitudes, decisively dictated the categorisation of aforementioned legal relations in the *usus modernus pandectarum*. Despite the practical and flexible category that could be adapted to many kinds of feudal phenomena, the audacious modifications of established Roman principles ultimately resulted in a continuous dogmatic confusion and legal insecurity. In spite of Savigny's critics, which inflicted a long-lasting *damnatio memoriae* upon his practical-oriented predecessors, German legal literature of the 16th–18th century still offers an instructive historical material for modern scholars in the area of civil and comparative law. It elucidates the effects of a rather frivolous syncretism of different legal traditions lucidly illustrated by the remark of Carniolian compatriot, Franz Xavier Jellenz, professor of Roman and canon law at the Faculty of Innsbruck:

“[B]eautiful, noble and simple was Roman law, but horrific monster is the iuris-prudentia romano-canonico-germanico forensis.”

UDK: 349.41:347.2(091)

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXX. LETNIK, 2020, STRANI 157–189

Vid Žepič

Zemljiška služnost kot pravnodogmatični model v obdobju *usus modernus pandectarum*

Rimskopravna zemljiška služnost (*servitus*) je bila za učene pravnike med 16. in 18. stoletjem pravnodogmatični model za pojmovanje in vključitev različnih institutov fevdalnega izvora v miselne kategorije občega prava (*ius commune*). Avtor pojasni pravnozgodovinske razloge za nenavadno široko razumevanje zemljiških služnosti in oriše izzive, s katerimi so se soočali občepравни juristi pri usklajevanju rimskega prava s partikularno-pravnim izročilom. Pregled pojavnih oblik občepravnih služnosti, v katerem obravnava pravna razmerja na skupnih zemljiščih, zakonite služnosti, podložništvo, prisilne pravice, regalije in meddržavne služnosti, avtor sklene z njihovo pojmovno analizo. Prispevek pokaže, da se je dogmatika zemljiških služnosti v obdobju *usus modernus pandectarum* močno razlikovala tako od antičnega kot sodobnega pojmovanja.

Ključne besede: rimsko pravo, pravna zgodovina, služnosti, recepcija, obče pravo, *usus modernus pandectarum*, stvarno breme, fevdalizem, netelesne pravice, deljena lastnina, rimsko-kanonski postopek, podložništvo, mednarodne služnosti.

UDC: 349.41:347.2(091)

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
VOLUME LXXX, 2020, PP. 157–189

Vid Žepič

Praedial Servitude as a Legal-Dogmatic Model in the Period of the *Usus Modernus Pandectarum*

For learned jurists of the 16th–18th centuries, Roman praedial servitudes represented a legal-dogmatic model for conceptualisation and incorporation of heterogeneous feudal institutions into the categories of the *ius commune*. The author explains the reasons for a peculiarly wide understanding of praedial servitudes and outlines the issues learned jurists had to overcome while dealing with the harmonisation of Roman law and particular law tradition. An overview of manifestations of servitudes including the legal relations on the common land, legal servitudes, serfdom, *banalités*, *regalia* and international servitudes is concluded with their conceptual analysis. The author demonstrates that the content of praedial servitudes in the the *usus modernus* period differed substantially from the notion of the ancient Roman Law as well as of the modern civilistic science.

Keywords: Roman law, legal history, servitudes (easements), reception, *ius commune*, *usus modernus pandectarum*, real burden, feudalism, incorporal rights (hereditaments), theory of double domain, Roman-canon procedure, serfdom, international servitudes.



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

