

**Fermus-Bobowiec, Anna / Szpringer,
Iwona**

**Przegląd sposobów powstania
służebności - od prawa rzymskiego do
współczesnego prawa polskiego**

Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego 13, 11-46

2010

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez **Muzeum Historii Polski** w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

ANNA FERMUS-BOBOWIEC
IWONA SZPRINGER
(Lublin)

Przegląd sposobów powstania służebności – od prawa rzymskiego do współczesnego prawa polskiego

Übersicht der Formen von Dienstbarkeitsentstehung – vom römischen bis zum modernen polnischen Recht

1. Słowo wstępne; 2. Powstanie służebności według prawa rzymskiego: 2.1. Powstanie służebności w drodze czynności prawnej, 2.2. Ustanowienie służebności w orzeczeniu, 2.3. Upływ czasu, 2.4. Powstanie służebności z mocy prawa; 3. Powstanie służebności w wielkich kodyfikacjach cywilnych: 3.1. Kodeks Napoleona, 3.2. ABGB, 3.3. BGB; 4. Polskie regulacje w kwestii powstania służebności: 4.1. Dawne prawo prywatne, 4.2. Przepisy szczególne obowiązujące w Królestwie Polskim, 4.3. Dekret – Prawo rzeczowe, 4.4. Regulacje obowiązujące; 5. Zakończenie.

1. Vorwort; 2. Dienstbarkeitsentstehung nach römischem Recht: 2.1. Dienstbarkeitsentstehung durch ein Rechtsgeschäft, 2.2. Dienstbarkeitsbestellung in dem Spruch, 2.3. Zeitablauf, 2.4. Dienstbarkeitsentstehung kraft Gesetzes; 3. Dienstbarkeitsentstehung in großen Kodifikationen des bürgerlichen Rechts: 3.1. Code Napoléon, 3.2. ABGB, 3.3. BGB; 4. Polnische Bestimmungen über die Dienstbarkeitsentstehung: 4.1. Altes Privatrecht, 4.2. Sondervorschriften im Regenschaftskönigreich Polen, 4.3. Dekret – dingliches Recht, 4.4. Geltende Vorschriften; 5. Schlusswort.

1

Rozważania podjęte w opracowaniu dotyczą sposobów powstania służebności począwszy od prawa rzymskiego z uwzględnieniem specyfiki *ius civile*, prawa pretorskiego oraz prawa justyniańskiego. Następnie analizie zostaną poddane regulacje zawarte w wielkich kodyfikacjach cywilnych (Kodeksie Napoleona, ABGB, BGB), wyznaczających kierunki rozwoju europejskiego prawa cywilnego XIX i XX w., a z racji swojego obowiązywania na ziemiach polskich – wpisujących się także w historię prawa polskiego. W rozważaniach uwzględniono również rozwiązania przyjęte w prawie polskim, a mianowicie w dawnym prawie prywatnym, prawie Królestwa Polskiego i dekrete – Prawo rzeczowe z 1946 r. Opracowanie zamyka przedstawienie sposobów powstania służebności w aktualnie obowiązującym polskim prawie cywilnym.

Poruszana problematyka prowadzi do wniosku, że pomimo wielu przeobrażeń odnośnie do formy ustanowienia, w istocie same sposoby powstania służebności

w ustawodawstwach nowożytnych, w tym we współczesnym prawie polskim, fundamentalnie oparte są na regulacjach prawa rzymskiego. Jak stwierdza K. Sójka-Zielińska: [...] *dzisiejsze instytucje i urzędnienia prawne nie powstały w próżni, ex nihilo, ale sięgają korzeniami bliższej, dalszej, a nawet zamierchłej przeszłości. Pozwala to zrozumieć ów fenomen kontynuacji, że systemy polityczno-prawne naszego kręgu cywilizacyjnego opierają się na zasadach i pojęciach prawnych sprzed tysiącleci*¹.

2

Przypomnijmy, że prawu rzymskiemu znane były służebności osobiste (używanie – *usus*, użytkowanie – *ususfructus*, służebność mieszkania – *habitatio*, prawo korzystania z cudzych niewolników lub zwierząt – *operae servorum vel animalium*), oraz służebności gruntowe (służebności gruntów wiejskich – *iura praediorum rusticorum* i służebności gruntów miejskich – *iura praediorum urbanorum*).

Zaznaczyć także trzeba, że według prawa rzymskiego nie istniał jednolity katalog sposobów powstania służebności. W okresie przedjustyniańskim sposób powstania służebności zależny był od tego, czy dany podmiot podlegał *ius civile* (porządkowi prawnemu dostępnemu wyłącznie dla obywateli rzymskich, względnie Latynów), czy też z uwagi na brak obywatelstwa – *ius gentium*. Poza tym w prowincjach rzymskich jedynie zastosowanie mieć mogło *ius honorarium*². W końcu reforma Justyniana związana z pracami kodyfikacyjnymi nad *Corpus Iuris Civilis* położyła kres zróżnicowanemu podejściu do sposobów powstania służebności i wykształciła jednolity katalog zdarzeń prawnych kreujących powstanie tych ograniczonych praw rzeczowych.

Przegląd sposobów powstania służebności w ich rozwoju historycznym, przyjęty jest w romanistyce prawniczej jako przejrzysty i pozwalający na ukazanie specyfiki omawianych instytucji³.

¹ K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009, s. 13.

² K. Czychlarz, *Instytucje prawa rzymskiego*, Warszawa 1922, s. 167.

³ A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 1981, s. 621 i n., R. Leonhard, *Servitus*, [w:] *Paulys Realencyklopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, T. II A,2: *Selinuntia bis Sila*, Stuttgart 1923, s. 1825; Por. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, T. I: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, s. 443 i n., [dalej: M. Kaser, *RPR I*]; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, T. II: *Die Nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, s. 300 i n., [dalej: M. Kaser, *RPR II*]; E. Volterra, *Instuzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, s. 412 i n.; S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego. Prawo rzeczowe*, Kraków 1919, s. 133 i n.

Jednakże na potrzeby niniejszej pracy posłużono się kryterium zdarzenia prawnego, na skutek którego powstawała służebność⁴.

2.1. A. *In iure cessio* – był to sposób ustanowienia służebności według *ius civile*, a czynność miała charakter pozornego procesu windykacyjnego⁵. Ustanawiający służebność występował w charakterze pozwanego i albo milczał, narażając się tym samym na zasądzenie, albo uznawał powództwo (*confessio in iure*), przez co następowało ustanowienie służebności na rzecz powoda.

Na rodzaj służebności, których ustanowienie było możliwe w drodze *in iure cessio*, wskazuje Gaius⁶, stwierdzając, że służebności gruntów miejskim przekazać można tylko za pomocą *in iure cessio*, podczas gdy służebności gruntów wiejskich także w drodze mancytacji⁷:

Gai. 2,29: *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt.*

a następnie kontynuuje wypowiedź:

Gai. 2,30: *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit. Nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat...*

Użytkowanie można było więc ustanowić za pomocą *in iure cessio*. Właściciel mógł przez *in iure cessio* przekazać drugiemu w użytkowanie tak, aby tamten stał się użytkownikiem, a właściciel zatrzymał gołą własność (*nuda proprietas*)⁸.

W konsekwencji, w drodze tej formalnej i abstrakcyjnej czynności prawnej ustanawiano służebności gruntowe wiejskie i miejskie, także służebność osobistą w postaci użytkowania⁹.

⁴ Por. J. Zielonacki, *Pandekta czyli wykład prawa prywatnego rzymskiego, o ile jest podstawą prawodawstw nowszych*, Kraków 1962, s. 303 i n., który dokonuje podziału sposobów powstania służebności według następujących kryteriów: 1) skutek aktu prawnego między właścicielem i nabywcą, 2) skutek rozporządzenia ostatniej woli, 3) skutek wyroku sędziego, 4) skutek zasiedzenia; oraz F. Zoll, *Rzymskie prawo prywatne (Pandekta)*, t. III: A. *Prawo rzeczowe*, Warszawa–Kraków 1920, s. 65, który źródła powstania służebności systematyzuje następująco: 1) czynność prawna, 2) dłuższe wykonywanie, 2) wyrok sądowy, 4) ustawy.

⁵ *In iure cessio* była czynnością prawną służąca do przeniesienia własności na *res Mancipi* oraz *res nec Mancipi* (vide: uw. 10). A. Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia 1953, *In iure cessio*, s. 496; M. Kaser, *RPR I*, s. 131 i n.

⁶ Jurysta z II w. n.e. – szerzej zob. W. Litewski, *Jurysprudencja rzymska*, Kraków 2000, s. 141–142.

⁷ A. Guarino, *op. cit.*, uw. 65.1.2., s. 622.

⁸ Por. M. Kaser, *RPR I*, uw. 40, s. 451.

⁹ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 403, 408; G. Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino 1958, s. 342; H. F. Jolowicz, *Historical introduction to the study of roman law*, Cambridge 1952, s. 160;

B. Ustanowienie służebności za pomocą formalnej i abstrakcyjnej czynności *ius civile* w postaci *mancipatio*¹⁰ odnosiło się do służebności gruntowych wiejskich należących do *res Mancipi*, czego dowodem jest fragment wypowiedzi Gaiusa przytoczony powyżej, a zawarty w księdze drugiej, fragmencie 29 Instytucji¹¹.

C. *Pactionibus et stipulationibus*. Oprócz wskazanych wyżej sposobów ustanowienia służebności, prawo rzymskie dopuszczało sposoby wykształcone przez *ius gentium*, a mające zastosowanie w stosunkach z cudzoziemcami oraz na gruntach prowincjonalnych, czyli w tych sytuacjach prawnych, gdzie zastosowanie *mancipatio* i *in iure cessio* było niedopuszczalne¹².

Istotę ustanowienia służebności w drodze tej czynności prawnej przedstawia Gaius:

Gai. 2,31: *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt*¹³.

Praktyka polegała na zawarciu nieformalnej umowy o skutku rzeczowym (*pactum*) i zabezpieczeniu jej wykonania przez stypulację. W stypulacji ustanawiający służebność zobowiązywał się nie zakłócać wykonywania służebności przez upraw-

M. Kaser, *RPR I*, s. 443–444, 451; R. Leonhard, *op. cit.*, s. 1825; S. Solazzi, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli 1947, s. 85–86, S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 133–134; J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 305.

¹⁰ *Mancipatio* – to czynność prawna pierwotnie służąca do przeniesienia własności na *res Mancipi* – tj. rzeczy o szczególnej wartości. Do rzeczy takich należały: grunty italskie, budynki na takim gruncie, niewolnicy, zwierzęta pociągowe i juczne, a także służebności gruntów wiejskich. Pomimo bowiem, że wszystkie rzeczy niematerialne zaliczano do *res nec Mancipi*, to służebności gruntów wiejskich zaliczane były do *res Mancipi*: Gai. 2,17: *Item fere omnia, quae incorporalia sunt nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum: nam eas Mancipi esse constant, quamvis sint ex numero rerum incorporalium*. Por. M. Kaser, *RPR I*, s. 130 i n. 443–444 oraz uw. 46, s. 444, oraz szerzej na ten temat F. Gallo, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino, s. 1958, s. 34 i n.; W. Kunkel, *Mancipatio*, [w:] *Paulys Realencyklopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, T. XIV, 1: *Licimachos bis Mantike*, Stuttgart 1928, s. 1002.

¹¹ A. Berger, *op. cit.*, *Servitus (servitutes)*, s. 702; W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériet, *op. cit.*, s. 404; A. Guarino, *op. cit.*, s. 621–622; H. F. Jolowicz, *op. cit.*, s. 160; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 85; S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 133; J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 305.

¹² S. Condanari-Michler, *Pactum*, [w:] *Paulys Realencyklopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, T. XVIII, 2: *Orphische Dichtung bis Palatini*, Stuttgart 1923, s. 2150; W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériet, *op. cit.*, s. 404; M. Kaser, *RPR I*, s. 445, 452; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 92, 109 i n.

¹³ G. Grosso, *op. cit.*, s. 355 i n.; A. Mashi, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, BIDR 1939, no 46, s. 277 i n.

nionego, z gwarancją rozciągającą się na dziedziców ustanawiającego, przez czas istnienia służebności¹⁴:

Sposób ustanowienia służebności wykształcony na prowincjach znajduje z czasem ochronę pretorską poza nimi¹⁵:

Julianus libro septimo digestorum D. 8,5,16: Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. Respondi utroque auxilio me usurum.

Według Juliana¹⁶, jeżeli na podstawie umowy ktoś uzyskał zezwolenie na spływ wody z dachu na grunt sąsiada i za wiedzą obciążonego oraz zgodnie z umową korzystał z udzielonego w ten sposób zezwolenia, to przyznać mu należy powództwo, jak i prawo do wnoszenia ekscypcji¹⁷.

Ustanowienie służebności *pactiones et stipulationes* funkcjonowało w prawie justyniańskim jako jeden ze sposobów ustanowienia służebności, obok *traditio*¹⁸:

I. 2,3,4,1: *Usus fructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. ut ecce si quis alicui usum fructum legaverit; nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usum fructum: et contra si fundum legaverit deducto usu fructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usum fructum: item alii usum fructum, alii deducto eo fundum legare potest. sine testamento vero si quis velit alii usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit, certis modis extingui usum fructum et ad proprietatem reverti.*

W odniesieniu do użytkowania zostaje stwierdzone, że może je ustanowić poprzez zapis. Dopuszczalne jest także zapisanie jedynie własności gruntu z odjęciem użytkowania, które to będzie podlegało dziedziczeniu¹⁹. W drodze czynności *inter vivos* służebność ustanawia się poprzez *pactionibus et stipulationibus*.

¹⁴ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *op. cit.*, s. 403; G. Grosso, *op. cit.*, s. 363 i n. Na temat formuły i treści stypulacji w przypadku ustanowienia służebności – zob. szerzej S. Solazzi, *Stipulazioni di servitù prediali*, IURA 1954, no V, s. 126 i n.

¹⁵ A. Mashi, *op. cit.*, s. 273 i n.; S. Solazzi, *Stipulazioni...*, s. 131 i n.

¹⁶ Jurysta z II w. n. e. Por. szerzej W. Litewski, *Jurysprudencja*, s. 143.

¹⁷ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *op. cit.*, s. 403.

¹⁸ Z zastrzeżeniem, że Instytucje traktują jedynie o *pactiones et stipulationes*, podczas gdy w Digestach (jako zbiorze prawa dawnego podniesionego do rangi ustawy) wymienia się *traditio* – por. S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 134. Zob. także M. Kaser, *RPR II*, s. 300.

¹⁹ Zob. szerzej analiza w ppkt 2.1.E.

Ten sposób ustanowienia służebności odnosił się do służebności gruntowych i osobistych²⁰.

D. *Traditio vel patientia* i *quasi-traditio*. Tradycja była nieformalnym sposobem nabycia własności na podstawie *ius gentium*, polegającym na zwykłym wręczeniu rzeczy. Zastosowanie tradycji jako sposobu ustanowienia służebności, biorąc pod uwagę, że ten rodzaj czynności prawnej dotyczył *res Mancipi* i rzeczy niematerialnych²¹, było w prawie przedklasycznym konstrukcyjnie nie do pogodzenia, zważywszy na przesłankę wydania rzeczy w posiadanie²². Jednakże według *ius gentium*, na gruntach prowincjonalnych wykonywanie służebności bez sprzeciwu obciążonego było rozumiane jako tytuł do wykonywania służebności i chronione przez pretorów w prawie klasycznym (tzw. *traditio vel patientia*)²³, co odnotował Ulpian²⁴:

Ulpianus libro secundo institutionum D. 8,3,1,2: *Traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris*.

Prawo poklasyczne wykształciło jednak rozumienie tradycji jako początku używania rzeczy, względem której istniała służebność, a *traditio (quasi-traditio)*²⁵, poprzez interpolacje tekstów jurystów klasycznych, pojawiła się w prawie justyniańskim, zastępując mancypację i *in iure cessio*²⁶. W prawie justyniańskim ten sposób ustanowienia służebności był rozumiany jako dobrowolne i nieformalne przyzwolenie na jej wykonywanie²⁷.

E. Legat windykacyjny²⁸. Tą drogą służebność była ustanawiana poprzez legat windykacyjny²⁹. Istota *legatum per vindicationem* polegała na wykreowaniu w-

²⁰ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *op. cit.*, s. 404, 408; G. Grosso, *op. cit.*, s. 335 i n.; M. Kaser, *RPR I*, s. 445, 452; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 131 i n.

²¹ Por. uw. 8.

²² Por. A. Berger, *op. cit.*, *Traditio servitutis*, s. 740; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 149.

²³ A. Berger, *op. cit.*, *Patientia servitutis*, s. 620; M. Kaser, *RPR II*, s. 300.

²⁴ Prawnik z przełomu I i II w.n.e. Zob. szerzej W. Litewski, *Jurisprudencja*, s. 154.

²⁵ S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 135.

²⁶ A. Ehrhardt, *Traditio*, [w:] *Paulys Realencyklopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, T. VI A,2: *Timon bis Tribus*, Stuttgart 1937, s. 1878 i n.; G. Grosso, *op. cit.*, s. 366 i n.; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 149 i n.

²⁷ A. Berger, *op. cit.*, *Patientia servitutis*, s. 620; Por. M. Kaser, *RPR II*, s. 300–301; S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 136.

²⁸ Legat jako zapis *ius civile* był dostępny dla obywateli rzymskich i Latynów. W prawie poklasycznym różnica pomiędzy legatami a fideikomisami zanika, a rozrządzenie ostatniej woli nadal stanowi jeden ze sposobów ustanowienia służebności. Zob. M. Kaser, *RPR I*, s. 742 i n., M. Kaser, *RPR II*, s. 549 i n.

²⁹ Por. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *op. cit.*, s. 404; G. Grosso, *op. cit.*, s. 344; A. Guarino, *op. cit.*, s. 622; M. Kaser, *RPR I*, s. 444; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 91; S. Wróblewski, *op. cit.*,

zła prawnorzeczowego pomiędzy obciążonym a uprawnionym z legatu, z chwilą objęcia spadku przez legatariusza, a więc z konsekwencją udzielenia mu *actio in rem* przeciwko spadkobiercy³⁰. W przypadku innego rodzaju zapisów³¹, z chwilą śmierci spadkodawcy, pomiędzy zapisobiorcą a obciążonym zapisem powstawał stosunek obligacyjny³². Obciążony z zapisu, jako dłużnik, miał obowiązek ustanowienia prawa, w omawianym przypadku służebności, na rzecz uprawnionego.

Od ustanowienia służebności na rzeczy własnej należy odróżnić przeniesienie (w przypadku *legatum per vindicationem*) czy zobowiązanie do przelania (przy zapisach innego rodzaju) *iura in re aliena* przysługującego spadkodawcy. W sytuacji, gdy chodziło o rozrządzenie służebnością przysługującą spadkodawcy – było ono możliwe na ogólnych zasadach dotyczących zbywania służebności. Tak więc w przypadku służebności gruntowych możliwe było ich przeniesienie, ale wraz z własnością gruntu; w przypadku służebności osobistych, biorąc pod uwagę ich alimentacyjny charakter, były one niedziedziczne i niezbywalne.

Możliwe przy tym były trzy rozwiązania odnośnie do ustanowienia służebności w rozrządzeniu ostatniej woli. Po pierwsze, spadkodawca mógł ustanowić służebność w legacie, na skutek czego spadkobierca stawał się właścicielem rzeczy, legatariusz – uprawnionym ze służebności. Po drugie, spadkodawca mógł ustanowić przedmiotem legatu własność rzeczy, a na rzeczy spadkobiercy zastrzec służebność. W tej sytuacji legatariusz stawał się właścicielem rzeczy, a spadkobierca – jedynie uprawnionym ze służebności. Na dopuszczalność takich rozwiązań wskazuje wypowiedź Gaiusa:

Gaius libro septimo ad edictum provinciale D. 7,1,6 pr.: *Usus fructus pluribus modis constituitur: ut ecce, si legatus fuerit. Sed et proprietas deducto usu fructu legari potest, ut apud heredem maneat usus fructus.*

W końcu spadkodawca mógł ustanowić przedmiotem jednego legatu własność określonej rzeczy, z zastrzeżeniem wykonywania wobec niej służebności przez

s. 134. Na temat istoty legatu windykacyjnego: A. Watson, *Law of succession in the later roman republic*, Oxford 1971, s. 122 i n.

³⁰ Legatariusz nabywał zapis w dniu ustanowienia (*dies quo legatum cedit*), ale z żądaniem o wydanie przedmiotu zapisu (skargą) względem spadkobiercy mógł wystąpić z chwilą śmierci spadkodawcy (*dies quo legatum venit*). W przypadku ustanowienia legatem służebności użytkowania *dies quo legatum cedit* i *dies quo legatum venit* – były tożsame z chwilą otwarcia spadku; por. G. Grosso, *op. cit.*, s. 345 i n.; J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 794–795.

³¹ Legat damnacyjny, *sinendi modo* bądź *legatum per praeceptionem* także mogły zawierać zobowiązanie do ustanowienia służebności; por. G. Grosso, *op. cit.*, s. 344 i n.

³² *Legatum per praeceptionem* pierwotnie umożliwiał legatariuszowi wystąpienie z powództwem działowym *actio familiae erciscundae*, jednakże z czasem ten rodzaj legatu zbliżył się do legatu windykacyjnego, ze skutkiem przyznania legitymacji czynnej uprawnionemu z legatu przy *rei vindicatio* por. A. Watson, *op. cit.*, s. 128 i n.

osobę trzecią, a przedmiotem drugiego zapisu – służebność o treści korespondującej z zastrzeżeniem w poprzedzającym legacie. Taki sposób ustanowienia służebności, jak i dwa poprzednie, potwierdza konstytucja, już powoływana, a zawarta w Instytucjach Justyniana (*vide*: I.2,4,1 – ppkt 2.1.C).

W omawianych tekstach źródłowych analiza dotyczyła służebności osobistej *ususfructus*. Poprzez rozrządzenie *mortis causa* powstać tymczasem mogły także służebności gruntowe:

Iavolenus libro decimo ex Cassio D. 8,3,13,1: Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glaebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.

Prawnik wskazuje, że tam, gdzie cała nieruchomości była obciążona służebnością przechodu i przepędu bydła, obciążony nie może podejmować żadnych działań przeciwko wykonywaniu służebności. Służebność obciąża bowiem całą nieruchomości niepodzielnie. W przypadku, gdy służebność przechodu i przepędu bydła była przedmiotem zapisu – jakiegokolwiek ograniczenia w zakresie jej wykonywania winny zostać od razu wskazane, wówczas pozostała nieruchomości będzie wolna od obciążeń. W każdym natomiast przypadku – wyznaczony arbiter ustali zakres służebności.

W konsekwencji, trzeba stwierdzić, że na podstawie rozrządzenia ostatniej woli można było ustanowić każdy rodzaj służebności, najczęściej jednak chodziło o służebności osobiste oraz gruntowe wiejskie³³.

F. *Per deductionem vel expectionem (deducere, excipere, detrahere, recipere servitutum)*³⁴. W przypadku przenoszenia własności rzeczy w drodze mancytacji lub *in iure cessio*, zbywca mógł zastrzec na swoją rzecz każdego rodzaju służebność – zarówno osobistą, jak i gruntową (w szczególności służebność gruntów wiejskich)³⁵.

³³ M. Kaser, *RPR I*, s. 444, 451.

³⁴ Terminy występujące w źródłach na oznaczenie omawianego sposobu ustanowienia służebności; por. E. Volterra, *op. cit.*, s. 412; M. Kaser, *RPR I*, s. 451; S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 133; F. Zoll, *op. cit.*, s. 65. Odnosnie do znaczenia terminów: *deductio servitutis* – zob. A. Berger, *op. cit.*, *Deductio ususfructus*, s. 428; M. Kuryłowicz, *Słownik terminów, zwrotów i sentencji prawnych łacińskich oraz pochodzenia łacińskiego*, Zakamycze 2002, s. 30; W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 69; J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2006, s. 256; *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, red. W. Wołodkiewicz, Warszawa 1986, s. 47; *excepta servitus* – zob. J. Sondel, *op. cit.*, s. 347; *detraho ususfructum* – zob. J. Sondel, *op. cit.*, s. 278.

³⁵ A. Berger, *op. cit.*, *Deductio servitutis*, s. 427; K. Czychlarz, *op. cit.*, s. 168; W. Dajczak, T. Giaro,

Poza tym *deductio servitutis* mogła mieć miejsce przy legacie windykacyjnym – wówczas spadkodawca zastrzegał na rzeczy, która stawała się własnością legata-riusza, służebność na rzecz osoby trzeciej³⁶.

Iulianus libro primo ex Minicio D. 33,3,1: Qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quaesitum est, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferior oneri ferundo in superioris tabernae loco contineretur. Respondit servitutum impositam videri. Iulianus notat: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim haec servitus imposita est aut ita legatum datum est: „Tabernam meam uti nunc est do lego”.

Jurysta wskazuje, że testator będący właścicielem dwóch domów zajezdnych rozrządził nimi na rzecz dwóch różnych osób w drodze legatu. Jeżeli jeden z budynków wznosi się ponad drugi, to rozważa, czy w takiej sytuacji właściciel budynku niższego będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia z tytułu służebności podparcia. Wskazuje, że służebność została w takiej sytuacji zastrzeżona przy okazji rozrządzenia testatora (*impositio*) oraz dodatkowo, że należy każdorazowo zbadać, czy służebność została wyraźnie nałożona w legacie poprzez użycie odpowiednich słów: *zapisuję dom zajezdny w takim stanie jak obecnie*.

Wskutek powyższej czynności prawnej dochodziło do nabycia prawa w sposób konstytutywny – nabywca nabywał prawo własności w zakresie mniejszym, ograniczonym względem prawa zbywcy. Wśród romanistów sporny jest charakter *per deductionem vel expectionem* – jako aktu jednolitego³⁷. Podkreśla się bowiem z jednej strony, że był to akt, na który składały się dwa oświadczenia woli: zbywcy – co do przeniesienia własności w drodze mancytacji albo *in iure cessio*, oraz nabywcy – odnośnie do ustanowienia służebności³⁸. Z drugiej strony, wskazuje się, że w przypadku mancytacji – zbywca przenosił własność z zastrzeżeniem na swoją rzecz służebności, natomiast w przypadku *in iure cessio* – podnosił zarzut ograniczenia prawa własności powoda-nabywcy przez wskazanie służebności określonej treści. Z uwagi na to trudno mówić o jakimkolwiek oświadczeniu woli ze strony nabywcy w przedmiocie ustanowienia służebności. Nabywca oświadczał jedynie wolę nabycia własności w ograniczonym treścią służebności zakresie³⁹.

F. Longchamps de Bériet, *op. cit.*, s. 404, 408; A. Guarino, *op. cit.*, s. 622; M. Kaser, *RPR I*, s. 444, 451; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 85 i n.

³⁶ A. Berger, *op. cit.*, *Deductio ususfructus*, s. 428; K. Czychlarz, *op. cit.*, uw. 1, s. 168; A. Guarino, *op. cit.*, s. 622; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 92; S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 134.

³⁷ Por. S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 133.

³⁸ K. Czychlarz, *op. cit.*, uw. 1, s. 168.

³⁹ S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 133.

W prawie justyniańskim zastrzeżenie dopuszczono także przy *traditio*, co było wynikiem dokonania interpolacji tekstów jurystów traktujących o mancytacji i *in iure cessio*, czynnościach, które wyszły z użycia w prawie poklasycznym⁴⁰.

2.2. A. Orzeczenie w postępowaniu działowym. Ustanowienie służebności w wyroku sądowym najczęściej dotyczyło orzeczeń wydanych w postępowaniach działowych (*iudicium divisorium*)⁴¹. Do powodztw działowych należały: *actio communi dividundo* (skarga o zniesienie współwłasności), *actio finium regundorum* (skarga o rozgraniczenie nieruchomości), *actio familiae erciscundae* (skarga o dział spadku)⁴². W przypadku skarg działowych, w formułce procesowej powód zawierał część zwaną *adiudicatio*, upoważniając sędziego do przysądzenia własności rzeczy którejkolwiek z procesujących się stron⁴³. Sędzia, znosząc współwłasność przez przysądzenie rzeczy danemu uczestnikowi postępowania, mógł ustanowić służebność gruntową albo osobistą na rzecz innych⁴⁴. Służebność powstawała z chwilą uprawomocnienia wyroku i była ważna z punktu widzenia *ius civile*, jeżeli orzeczenie zapadło w postępowaniu zwyczajnym (*iudicium legitimum*)⁴⁵.

Ulpianus libro nono decimo ad edictum D. 10,2,22,3: Sed etiam cum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis quos adiudicat: sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adiudicando amplius servitutem imponere non poterit.

Prawnik wskazuje, że na skutek działu spadku może zapaść orzeczenie przysądzające własność gruntu jednej ze stron i ustanawiające służebność na owym gruncie na rzecz drugiej strony. Nie może jednak zapaść orzeczenie, aby na tak ustanowionej służebności, ustanowić służebność na rzecz innych⁴⁶.

⁴⁰ K. Czychlarz, *op. cit.*, uw. 2, s. 169; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 88 i n.

⁴¹ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *op. cit.*, s. 404; A. Guarino, *op. cit.*, s. 622 oraz uw. 65.1.5., s. 622; M. Kaser, *RPR I*, s. 444; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 105; S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 134; F. Zoll, *op. cit.*, s. 67.

⁴² W. Miklaszewski, *Wykład postępowania cywilnego rzymskiego*, Warszawa 1885, s. 110–111.

⁴³ M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, II Auflage, neu bearbeitet von K. Hackl, München 1996, s. 345; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 105.

⁴⁴ M. Kaser, *RPR I*, s. 444, 451.

⁴⁵ Por. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *op. cit.*, s. 404, 408; A. Guarino, *op. cit.*, uw. 65.1.5., s. 622; F. Zoll, *op. cit.*, s. 67.

⁴⁶ S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 105.

Ulpian wskazuje też na możliwość powstania służebności na skutek wytoczenia powództwa o podział (choćby na gruncie było ustanowione użytkowanie wieczyste)⁴⁷, i stosownego orzeczenia arbitra⁴⁸:

Ulpianus libro vicensimo ad edictum D. 10,3,7,1: Neratius scribit arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem divisum duobus adiudicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutem imponere.

B. Ustanowienie służebności w orzeczeniu administracyjnym. Poza orzeczeniami wydanymi w procesach działowych, prawu rzymskiemu znane było ustanowienie służebności w orzeczeniu administracyjnym⁴⁹.

Ulpianus libro 25 ad edictum D. 11,7,12 pr.: Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat. Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur praeses et iam compellere debet iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.

Ulpian wskazuje, że Septoniusz Sewer i jego syn Karakalla⁵⁰ wydali reskrypt dotyczący następującej sytuacji: właściciel grobowca (miejsca pochówku), nie posiadał przejścia do niego, a sąsiad uniemożliwia mu dojście. W tej kwestii, w odpowiedzi na zapytanie cesarza, stwierdzają, że na zasadzie prekarium jest w zwyczaju, by się ubiegać o udzielenie drogi⁵¹. Pomimo że sąsiad przylegającej nieruchomości nie jest zobowiązany do udostępnienia przejścia, można je uzyskać. Nie daje to możliwości wytoczenia powództwa cywilnego o ustanowienie tego prawa, ale wyjątkowo namiestnik prowincji, w ramach nadzwyczajnego postępowania, powinien interweniować, aby takie prawo było udzielone za rozsądną cenę. W tym celu sędzia miał dokonać oględzin miejsca, aby sąsiad nie poniósł znacznej szkody⁵².

Iavolenus libro decimo ex Cassio D. 8,6,14,1: Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.

⁴⁷ Okoliczność, że przedmiotem rozważań jurysty jest grunt stanowiący przedmiot użytkowania wieczystego, wynika z poprzedzającego fragmentu zawartego w D.10,3,7 pr. oraz wspomnianego w analizowanym tekście czynszu dzierżawnego (*vectigal*).

⁴⁸ S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 105.

⁴⁹ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *op. cit.*, s. 403; J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 306.

⁵⁰ J. Pudliszewski, *De religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere licet. De mortuo inferendo et sepulchro aedificando. De sepulchro violato*, Poznań 2009, s. 21 oraz uw. 27, s. 55.

⁵¹ Por. J. Pudliszewski (*op. cit.*, s. 21) który wskazuje na umowę użyczenia, podczas gdy dalej (uw. 28, s. 55) już prawidłowo kwalifikuje prawo dostępu do grobowca na zasadzie prekarium.

⁵² W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *op. cit.*, s. 403; Por. J. Pudliszewski, *op. cit.*, s. 21.

Iavolenus⁵³ opisuje sytuację, gdy droga publiczna została zniszczona przez wyłanie rzeki. Zaistniała sytuacja zobowiązuje właścicieli gruntów sąsiadujących do udzielenia przejazdu.

W orzeczeniu administracyjnym – jak się wydaje – możliwe było ustanowienie służebności gruntowej o treści drogi koniecznej⁵⁴.

2.3. Jeśli chodzi o kwestię upływu czasu, to przedstawia się ona następująco.

A. Nabycie służebności przez wykonywanie czynności faktycznych, polegających na korzystaniu z cudzej własności przez czas określony prawem znane było najdawniejszemu prawu rzymskiemu (*usucapio servitutis*). Brak jest jednak źródeł, na podstawie których możliwe byłoby skonstruowanie dokładnych przesłanek nabycia służebności w taki sposób⁵⁵. Zasiedzenie przez *usucapio* odnosiło się do służebności gruntowych wiejskich, i to zarówno do kwestii ich nabycia, jak i wygaśnięcia⁵⁶. Ten sposób nabycia służebności zniósł *Lex Scribonia*⁵⁷:

Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum D. 41,3,4,28 (29): Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutum constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Itaque si, cum tibi servitutum deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

Paulus, rozważając przypadek wygaśnięcia służebności przez zasiedzenie wolności od jej wykonywania⁵⁸, wskazuje, że *Lex Scribonia* zakazywała nabycia służebności w drodze zasiedzenia.

Pomimo formalnego zniesienia przez *Lex Scribonia* sposobu nabycia służebności przez *usucapio*, w praktyce prowincjonalnej pod koniec pryncypatu pojawił się taki sposób nabycia służebności – *longi temporis consuetudo* (*diuturnus usus, longi quasi possessio*)⁵⁹:

⁵³ Jurysta żyjący na przełomie I i II w. n.e. Szerzej zob. W. Litewski, *Jurysprudencja*, s. 143.

⁵⁴ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *op. cit.*, s. 403.

⁵⁵ Por. G. Grosso, *op. cit.*, s. 343 i n.; J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 306-307; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 108; S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 135; F. Zoll, *op. cit.*, s. 67.

⁵⁶ S. Tomulescu, *Sur la loi Scribonia se usucapione servitutium*, RIDA1970, nr XVI, s. 330 i n.

⁵⁷ Data wydania ustawy nie jest znana; przyjmuje się, że została ona wydana w okresie późnej republiki, nie później jednak niż 69 r. p.n.e. – por. A. Guarino, *op. cit.*, s. 623–624 oraz uw. 65.1.8., s. 623; R. Leonhard, *op. cit.*, s. 1826; W. Litewski *Jurysprudencja*, s. 158, 240; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 107; S. Tomulescu, *op. cit.*, s. 339 i n.; E. Volterra, *op. cit.*, s. 412; S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 135;

⁵⁸ Kwestia dotyczy utrzymywania budynku ponad wysokość dozwoloną, a wynikającą z treści służebności.

⁵⁹ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *op. cit.*, s. 404; M. Kaser, *RPR I*, s. 445; F. Zoll, *op. cit.*, s. 67. Odnośnie do terminów źródłowych na oznaczenie instytucji zob. J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 307;

Imperator Antoninus A. Martiali C. 3,34,2: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, quum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio. PP. Kal. Iul. Laeto II. et Cereale Conss. [215.]

Cesarz Karakalla w rozporządzeniu z 215 r. stwierdza, że jeżeli został przeprowadzony akwedukt przez cudzy grunt za wiedzą właściciela tej nieruchomości, to służebność zostanie nabyta na skutek upływu czasu. Jeśli natomiast przed upływem tego czasu zabronione zostało korzystanie z cudzej własności, to wszelkie nakłady dokonane na nieruchomości przypadną jej właścicielowi.

Ulpian w komentarzu do edyktu pretorskiego wskazuje, że osoba, która uzyskała służebność na skutek długotrwałego i nieprzerwanego posiadania (*quasi possessione* – jak gdyby posiadania), nie musi udowadniać prawa, na podstawie którego uzyskała służebność (czy to na mocy zapisu, czy w inny sposób), gdyż i tak służy jej *actio utilis*, pod warunkiem wykazania, że przez określony czas wykonuje służebność, a uzyskała jej posiadanie bez przemocy (*vi*), nie potajemnie (*clam*), czy też z zastrzeżeniem zwrotu (*precario*)⁶⁰:

Ulpianus libro quinquagensimo tertio ad edictum D. 8,5,10 pr.: Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse.

W prawie justyniańskim rozszerzono możliwość nabycia służebności przez zasiedzenie na wszystkie grunty cesarstwa, a czas wymagany określono na 10 lat – jeżeli zasiadający zamieszkiwał w tej samej prowincji co osoba, przeciwko której biegł termin zasiedzenia, oraz na 20 lat – w przypadku, gdy osoby zamieszkiwały w różnych prowincjach⁶¹.

F. Zoll, *op. cit.*, s. 67. Termin *longi temporis praescriptio* jest wynikiem kompilacji tekstów przez komisję justyniańską, i jako taki winien być raczej odnoszony do instytucji zasiedzenia wykształconej w prawie justyniańskim; zob. S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 136. Por. jednak M. Kaser, *RPR I*, s. 445, który używa tego określenia dla pretorskiej instytucji zasiedzenia.

⁶⁰ Na temat interpolacji oryginału wypowiedzi Ulpiana przez komisję justyniańską celem dostosowania do prawa poklasycznego – zob. S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 161 i n.

⁶¹ *Imp. Justinianus A. Ioanni PP C.7,33,12 pr.-2: Quum in longi temporis praescriptione tres emergebant veteribus ambiguitates, prima propter res, ubi positae sunt, secunda propter personas, sive utriusque sive alterutrius praesentiam exigimus, et tertia, si in eadem provincia vel si in eadem civitate debent esse personae tam petentis quam possidentis et res, pro quibus certatur; omnes praesentis legis amplectimur definitione, ut nihil citra eam relinquatur. I. Sancimus itaque debere in huiusmodi specie utriusque personae tam petentis quam possidentis spectari*

Poza tym dopuszczona została możliwość zasiedzenia użytkownika, pomimo jej przynależności do *res incorporales*, z uwagi na przyjęcie konstrukcji *quasi-possessio iuris*⁶².

B. Od zasiedzenia służebności, którego przesłanką było wykazanie się odpowiednim czasem posiadania (*quasi*-posiadania), odróżnić należy nabycie służebności na skutek *vetustas* – wykonywania prawa o określonej treści od niepamiętnych czasów⁶³. Tą drogą dopuszczano nabycie: 1) służebności wodociągu (*aqueductus*) – jeżeli znajdował się on na gruncie od takiego czasu⁶⁴, i 2) służebności drogowych przez gminę – gdy droga istniała od niepamiętnych czasów⁶⁵.

2.4. Sposób powstania służebności z mocy prawa właściwy jest dla prawa poklasycznego. Z mocy prawa mogła powstać jedynie służebność użytkownika.

Tą drogą służebność nabywał *pater familias* na tzw. *peculium adventitium regulare*. *Peculium adventitium regulare* był to majątek stanowiący własność syna podlegającego władzy *pater familias*⁶⁶, w skład którego wchodził ogół praw

domicilium, ut tam is qui dominii vel hypothecae quaestionem inducit quam is qui res possidet domicilium habeant in uno loco, id est in una provincia. Hoc etenim magis nobis eligendum videtur, ut non civitate concludatur domicilium, sed magis provincia, et si uterque domicilium in eadem habeat provincia, causam inter praesentes esse videri, et decennii praescriptione agentem excludi 2. *De rebus autem, de quibus dubitatio est, nulla erit differentia, sive in eadem provincia sint sive in vicina vel trans mare positae et longo spatio separatae. Iust. A. Iohanni PP. A 531 Dat. Kal. Dec. Constantinopoli post consultum Lampadii et Orestis VV. CC.* Por. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *op. cit.*, s. 404; M. Kaser, *RPR* II, s. 300–301; S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 161.

⁶² *Imp. Justinianus A. Ioanni P.P: C.7,33,12,4: Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes. Iust. A. Iohanni PP. A 531 Dat. Kal. Dec. Constantinopoli post consultum Lampadii et Orestis VV. CC.* Por. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *op. cit.*, s. 408; G. Grosso, *op. cit.*, s. 375 i n.; M. Kaser, *RPR* II, s. 301 i uw. 35, s. 301.

⁶³ Co do pojęcia *vetustas* – zob. A. Berger, *op. cit.*, *Vetustas*, s. 763; J. Sondel, *op. cit.*, s. 988. Na temat wzajemnego stosunku pojęć *usus* i *vetustas* – zob. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *op. cit.*, s. 404; A. Guarino, *op. cit.*, uw. 65.1.9, s. 634 i literatura tam powołana, jak również S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 169 i J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 161 i n. Odnosnie innego znaczenia tego terminu por. także S. Weinstock, *Vetustas*, [w:] *Paulys Realencyklopädie der Classischen Altertumswissenschaft (RE)*, T. VIII 2, A: *P. Vergilius Maro bis Vindeleia*, Stuttgart 1958, s. 1906.

⁶⁴ *Pomponius libro trigensimo quatro ad Sabinum 43,20,3,4: Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur.* Zob. A. Guarino, *op. cit.*, uw. 65.1.8., s. 623–624; J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 161–163.

⁶⁵ *Ulpianus libro 33 ad Sabinum: D. 43,7,3 pr.: Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt.* Zob. J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 161–163.

⁶⁶ Syn należący do rodziny agnaticznej *pater familias* był osobą *sui iuris*. Powyższe wpływało na zakres jego zdolności majątkowej – wszystko, co nabywał, nabywał ze skutkiem własnościowym dla *pater familias*. Jedność majątku zwierzchnika familijnego w rozwoju historycznym prawa familijne-

odziedziczonych po matce (*bona materna*). Z biegiem czasu do majątku tego zaliczono dobra nabyte od krewnych wstępnych w linii macierzystej (*bona materna generalis*) oraz nabyte przez syna w związku z zawarciem przez niego małżeństwa (*lucra nuptialia*)⁶⁷. Ostatecznie skład *peculium adventitium* określił Justynian, zaliczając do niego majątek nabyty przez syna, a nie pochodzący od *pater familias*, ze służby żołnierskiej, świeckiej czy duchownej. *Pater familias* posiadał ustawowe prawo użytkowania *peculium adventitium*, które przysługiwało mu dożywotnio, bez względu na ewentualną wcześniejszą śmierć *filius familias*⁶⁸.

Służebność użytkowania powstawała z mocy prawa także na rzecz małżonka w przypadku zawarcia przez niego ponownego małżeństwa i posiadała charakter sankcji⁶⁹. Mianowicie, małżonek wступujący w kolejny związek małżeński tracił własność wszelkich składników majątkowych, które nabył w związku z zawarciem pierwszego małżeństwa (*lucra nuptialia*), na rzecz dzieci z tego związku, zachowując jedynie *ususfructus* względem traconych dóbr⁷⁰.

Cesarze Teodozjusz i Walentynian wprowadzili karę w postaci przepadku *ex lege* własności rzeczy na korzyść pozostałego rodzeństwa, gdy powołaną do dziedziczenia, *ab intestato* lub na mocy rozrządzenia ostatniej woli po dziecku z pierwszego małżeństwa, była matka, która powtórnie wступiła w związek małżeński. Analogicznie jak w przypadku *lucra nuptialia*, kobieta uzyskiwała użytkowanie na składnikach majątkowych, względem których utraciła prawo własności⁷¹.

Poza wskazanymi przypadkami, prawu poklasycznemu znane były również inne sytuacje, które np. przez wzgląd na *favor testamentii* dopuszczały powstanie służeb-

go ulega złagodzeniu poprzez wprowadzenie *peculium castranse* – wszystko to, co syn nabył będąc żołnierzem, stawało się jego własnością, a następnie *peculium quasi-castranse* – dotyczące majątku nabytego przez niego w służbie świeckiej lub duchownej. Kolejnym krokiem ograniczającym zasadę jedności majątkowej było *peculium adventicia*. Szerzej na temat *peculium* i jego rodzajów zob. W. von Uxkull, *Peculium*, [w:] *Paulys Realencyklopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, T. XIX,1: *Pech bis Petronius*, Stuttgart 1937, s. 13 i n.

⁶⁷ J. Zielonacki, s. 576 i n.

⁶⁸ G. Grosso, *op. cit.*, s. 377-378. Por. C. 6, 61,6 *pr.*: *Ususfructus* na *peculium adventitium* nie przysługiwało *pater familias* jedynie w przypadkach ściśle oznaczonych przez prawo – zob. J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 576-577.

⁶⁹ Na temat prawnego postrzegania powtórnego małżeństwa zob. szerzej H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 310 i n.

⁷⁰ G. Grosso, *op. cit.*, s. 377; H. Insadowski, *op. cit.*, s. 317; J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 307-308, 571. Zob. obszerne konstytucje zawarte w C. 5,9,3 oraz C. 5,9, 5.

⁷¹ H. Insadowski, *op. cit.*, s. 319; J. Zielonacki, *op. cit.*, s. 572. Por. obszerną konstytucję zwartą w C. 6,56,5.

ności z mocy samego prawa⁷². Sytuacje te jednak nie przez wszystkich romanistów uważane są za oczywiście wskazujące na powstanie służebności z mocy prawa⁷³.

Scaevola libro primo responsorum D. 8,2,41 *pr.: Olympico habitationem et horreum, quod in ea domo erat, quoad viveret, legavit: iuxta eandem domum hortus et cenaculum, quod Olympico legatum non est, fuerunt: ad hortum autem et cenaculum semper per domum, cuius habitatio relicta erat, aditus fuit: quaesitum est, an Olympicus aditum praestare deberet. Respondi servitutem quidem non esse, sed heredem transire per domum ad ea quae commemorata sunt posse, dum non noceat legatario.*

Scaevola⁷⁴ opisuje przypadek, gdy Olympico został zapisobiorcą legatu, którego przedmiotem była służebność mieszkania i spichlerza. Służebność została ustanowiona na jego rzecz dożywotnio. Przedmiotem zapisu nie były ogród sąsiadujący z domem oraz jadalnia, do których dostęp był możliwy jedynie przez dom obciążony służebnością na rzecz Olympico. Prawnik rozważa, czy Olympico będzie zobowiązany do udzielenia „drogi” przez dom na rzecz spadkobiercy. Ostatecznie udziela odpowiedzi, że dziedzic może przejść przez dom, pod warunkiem, że nie będzie przeszkadzał legatariuszowi⁷⁵.

Analogiczne rozstrzygnięcie dotyczy przeciwnej sytuacji – kiedy służebność na rzecz legatariusza nie została ustanowiona:

Scaevola libro quarto digestorum D. 8,5,20 *pr.: Testatrix fundo, quem legaverat, casas iunctas habuit: quaesitum est, si hae fundo legato non cederent eumque legatarius vindicasset, an iste fundus aliquam servitutem casis deberet aut. si ex fideicommissi causa cum sibi dari legatarius desideraret, heredes servitutem aliquam casis excipere deberent. Respondit debere.*

Rozpatrywana przez prawnika sytuacja dotyczy dokonania zapisu służebności mieszkania bez określenia przez testatorkę sposobu korzystania przez zapisobiorcę z gruntu, na którym był usytuowany budynek. Jurysta stwierdza, że w przypadku braku ustanowienia służebności na nieruchomości, na którym znajduje się budynek obciążony służebnością, spadkobiercy są zobowiązani do służebności względem legatariusza.

Wola testatora także zostaje uwzględniona w przypadku opisywanym przez Marcelussa:

Marcellus libro tertio decimo digestorum D. 33,2,15: „*Damnas esto heres Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet*”: *unum videtur esse legatum. I. Qui duos fundos habebat, unum legavit et alterius fundi usum fructum alii legavit:*

⁷² Sytuacje te opisuje dokładnie S. Sollazi, *Requisiti...*, s. 181 i n.

⁷³ A. Guarino, *op. cit.*, uw. 65.1.9, s. 624.

⁷⁴ Prawnik z II w. n.e. Szerzej zob. W. Litewski, *Jurisprudencja*, s. 145.

⁷⁵ S. Solazzi, *Requisiti...*, s. 183.

quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat quam per illum fundum qui legatus est, an fructuario servitus debeatur. Respondit, quemadmodum, si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede, ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore optinuerit, sive donec usus fructus permanet sive dum ad suam proprietatem redierit.

Jurysta wskazuje na ustanowienie legatu na rzecz Tytusa w postaci dożywotniej służebności mieszkania i rozważa sytuację, gdy testator, przekazując jedną nieruchomości na rzecz jednej osoby, na rzecz drugiej ustanowił służebność użytkownika. Jeżeli użytkownik nie będzie posiadał możliwości dostępu do obciążonej służebnością nieruchomości, inaczej niż tylko przez nieruchomość stanowiącą przedmiot pierwszego rozrządzenia, powstaje pytanie o ewentualną służebność na rzecz użytkownika. Dalej Marcellus stwierdza, że zasada jest taka sama jak w przypadku, gdyby ziemia ta należała do majątku, przez który można by użytkownikowi przyznać prawo przejścia i, zgodnie z wolą zmarłego, to właśnie jest wymagane od dziedziców. Legatariusz bowiem nie może objąć nieruchomości w użytkowanie tak długo, jak nie ma prawa przechodu do nieruchomości będącej w użytkowaniu. W konsekwencji wskazuje się, aby stan istniejący za życia testatora został utrzymany na tak długo, jak użytkowanie jest ustanowione, albo do czasu, dopóki nie wygaśnie na skutek zejścia się służebności z prawem własności⁷⁶.

3

3.1. Kodeks Napoleona, znający wyłącznie służebności gruntowe⁷⁷, wskazywał w art. 639 na trzy źródła ich ustanowienia: naturalne położenie miejsc, prawo oraz umowę między właścicielami⁷⁸.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 186.

⁷⁷ Tytuł czwarty księgi drugiej Kodeksu Napoleona (dalej KN) „O służebnościach czyli usługach gruntowych” rozpoczynał się art. 637, który stanowił, że służebność jest to ciężar włożony na pewną dziedzinę dla użytku i korzyści dziedziny należącej do innego właściciela – J. J. Delsol, *Zasady Kodeksu Napoleona w związku z nauką i jurejurisprudencją*, t. I, Warszawa 1873, s. 447 [dalej: J. J. Delsol, *Zasady I*]. Kodeksy cywilne austriacki (ABGB) i niemiecki (BGB), obok służebności gruntowych, znały także służebności osobiste (np. służebność mieszkania, używanie), zwane w BGB ograniczonymi służebnościami osobistymi. W obu tych kodeksach w grupie służebności znalazło się także użytkowanie: w ABGB był to rodzaj służebności osobistej, a w BGB – inny niż służebności gruntowe i ograniczone służebności osobiste rodzaj służebności – por. uw. 108, a także § 1018–1093 BGB – *Kodeks Cywilny obowiązujący na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa, Poznań 1923, s. 202–215 [dalej: *Kodeks Cywilny ziem zachodnich RP*]. Kodeks Napoleona natomiast użytkowanie, używanie i mieszkanie traktował jako odrębne prawa rzeczowe, uregulowane w księdze drugiej tytule trzecim „O użytkowaniu, używaniu i mieszkaniu” – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 403.

⁷⁸ J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 447.

Pierwsze z wymienionych źródeł kreowało tzw. **służebności naturalne** wynikające z położenia nieruchomości, do których zaliczono: prawo zalewu (przyjmowania wód przez grunt położony niżej), inne uprawnienia i obowiązki związane z wodami i dostępem do nich, prawo do rozgraniczenia przylegających nieruchomości oraz prawo do ogrodzenia nieruchomości⁷⁹. Kodeksowe wyodrębnienie tych służebności wydaje się jednak sztuczne i nie do końca precyzyjne, gdyż ustanawiał je – podobnie jak w przypadku służebności powstałych z mocy prawa – także przepis prawny będący ich rzeczywistym źródłem⁸⁰. Jedyne uzasadnienia dla ich treści można by doszukać się w naturalnym położeniu nieruchomości, choć ono tkwi również u podstaw służebności ustanowionych *ex lege*, co widać najdobitniej przy służebności przechodu⁸¹.

Przepis prawny, drugie ze źródeł, ustanawiał służebności, których uzasadnieniem był interes publiczny (lub gminny) lub interes prywatny⁸². Interes publiczny (gminny) przesądził o ustanowieniu służebności regulowanych pozakodeksowymi przepisami szczególnymi, a mających za przedmiot ścieżki holownicze wzdłuż rzek żeglownych lub spławnych, a także budowę lub naprawę dróg i inne roboty publiczne lub gminne⁸³. W interesie prywatnym (dla korzyści osób prywatnych) KN ustanawiał natomiast następujące służebności: muru i rowu środkowego, płotu środkowego oraz drzew środkowych, poddając szczegółowej regulacji prawa i obowiązki wynikające ze „środkowości”⁸⁴, służebność widoku⁸⁵, służebność ścieku z dachu⁸⁶ oraz służebność przechodu⁸⁷. W tej grupie znalazła się także regulacja dotycząca zachowania odległości i nakładająca obowiązek wykonania stosownych robót, *ażeby sąsiadowi szkody nie zrządzić* w związku z wzniesieniem niektórych budowli, do których zaliczano m. in. studnię, kloakę, komin, kuźnię, piec czy też składy materiałów szkodliwych⁸⁸.

⁷⁹ Art. 640–648 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 451–460.

⁸⁰ J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 450–451; H. Konic, *Prawo rzeczowe. Wykład ustaw obowiązujących w b. Królestwie Kongresowym z uwzględnieniem przepisów innych dzielnic oraz kodeksu szwajcarskiego*, Warszawa 1927, s. 428–429.

⁸¹ J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 450 – 451.

⁸² Art. 649 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 461.

⁸³ Art. 650 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 461. H. Konic, *op. cit.*, s. 458.

⁸⁴ Art. 653–673 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 462–474.

⁸⁵ Art. 675–680 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 475–480.

⁸⁶ Art. 681 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 480.

⁸⁷ Art. 682–685 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 480–481.

⁸⁸ Art. 674 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 474–475.

Jako trzecie źródło ustanowienia służebności KN wymieniał **umowę**, która kreowała służebności nazywane przez kodeks służebnościami ustanowionymi przez czyn człowieka o treści w zasadzie nieograniczonej⁸⁹. Umowa przy tym nie była jedynym sposobem powstania tych służebności, co wynika z poczynionej poniżej analizy przepisów kodeksowych⁹⁰. Ponadto, to dopiero te służebności doktryna zaliczyła do służebności właściwych (rzeczywistych), gdyż większość służebności naturalnych, a także ustanowionych przez prawo mieściło się – jak podkreślali komentatorzy – w treści i wykonywaniu prawa własności⁹¹.

Punktem wyjścia dla analizy sposobów ustanowienia służebności, szczególnie tych powstających z woli człowieka (gdyż źródłem pozostałych będzie zawsze przepis prawny), jest ich kodeksowe rozróżnienie na ciągłe i przerywane (nieciągłe) oraz widoczne i niewidoczne. Służebności ciągłe zostały zdefiniowane jako takie, do korzystania z których nie był potrzebny za każdym razem czyn człowieka, jak np. służebność przepływu wody, ścieku czy widoku. W przeciwieństwie do nich, do wykonywania służebności nieciągłych była potrzebna za każdym razem aktywność człowieka, jak np. przy wykonywaniu służebności przechodu, czerpania wody, czy pastwiska. Służebności widoczne to natomiast takie, których istnienie zostało ujawnione przez urządzenia zewnętrzne, takie jak: drzwi, okno lub wodociąg. Służebności niewidoczne nie miały zaś żadnej zewnętrznej oznaki swojego istnienia. Do nich można było zaliczyć zakaz budowania na pewnym gruncie lub budowania do pewnej tylko wysokości⁹². Wymienione rodzaje służebności nie wykluczały się przy tym wzajemnie. Ta sama służebność mogła być bowiem jednocześnie ciągła i widoczna (służebność widoku ujawniona przez okna lub inne otwory zewnętrzne) albo ciągła i niewidoczna (zakaz budowania na pewnym gruncie lub budowania do pewnej wysokości), a także nieciągła i widoczna (służebność przechodu) albo nieciągła i niewidoczna (służebność pastwiska)⁹³.

Zgodnie z KN, tytuł był jedynym sposobem ustanowienia służebności ciągłych i niewidocznych, nieciągłych i widocznych oraz nieciągłych i niewidocznych, natomiast w przypadku służebności ciągłych i widocznych – jednym ze sposobów ich ustanowienia⁹⁴. Pod pojęciem tytułu należało rozumieć wszystkie czynności prawne

⁸⁹ Art. 639 KN w zw. z art. 686 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 447, 483.

⁹⁰ Wskazanie w art. 639 KN umowy jako źródła służebności, obok naturalnego położenia nieruchomości i prawa, było zatem nieprecyzyjne – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 447.

⁹¹ J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 450–451; H. Konic, *op. cit.*, s. 517–518, 612.

⁹² Art. 688 i art. 689 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 483.

⁹³ G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, t. VI, Paris 1905, s. 820; H. Konic, *op. cit.*, s. 523–524.

⁹⁴ Art. 690 i 691 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 487.

ustanawiające służebność, np. testament, sprzedaż, zamianę, darowiznę⁹⁵. Za tytuł uznawano także przepis prawny ustanawiający *ex lege* służebność danego rodzaju⁹⁶.

Sposobem ustanowienia służebności ciągłych i widocznych, obok tytułu, było trzydziestoletnie posiadanie oraz przeznaczenie ojca rodziny⁹⁷. Przedawnienie prowadziło wyłącznie do nabycia służebności ciągłych i widocznych, co uzasadniano tym, iż służebność nieciągła nie ograniczała na tyle właściciela nieruchomości, by brak sprzeciwu z jego strony doprowadził do jej nabycia, natomiast przy służebności niewidocznej przedawnienie nie mogło biec, gdyż o służebności tej właściciel nieruchomości sąsiedniej mógł nie wiedzieć⁹⁸.

Przeznaczenie ojca rodziny, zrównane w przypadku służebności ciągłych i widocznych z tytułem, oznaczało natomiast stan, z którego wynikała służebność, ustanowiony przez właściciela dwóch nieruchomości, następnie rozdzielonych⁹⁹. Między dwoma nieruchomościami będącymi własnością jednej osoby musiała zatem zostać ustanowiona przez nią zależność, odpowiadająca treści służebności ciągłej i widocznej, która po rozdzieleniu tych nieruchomości, np. przez sprzedaż, zamianę lub darowiznę jednej z nich lub obu na rzecz dwóch różnych właścicieli, prowadziła do powstania służebności. Dopóki bowiem dwie nieruchomości były własnością jednej osoby, służebność powstać nie mogła. Dopiero zmiany własnościowe i przypisanie dwóm nieruchomościom różnych właścicieli mogło z dotychczasowego stanu zależności doprowadzić do powstania służebności¹⁰⁰.

Podsumowując zatem – na gruncie KN, który ujął służebności szeroko, obejmując nimi także prawa i obowiązki mieszczące się w treści i sposobie wykonywania własności nieruchomości, a uwzględniające jej relacje (zależności) z nieruchomościami sąsiednimi – można wskazać następujące źródła służebności:

a) przepis prawny – zarówno w przypadku służebności wynikających z miejsca położenia, jak i służebności ustanowionych przez prawo;

b) tytuł będący sposobem powstania wszystkich służebności ustanawianych przez czyn człowieka – ciągłych i widocznych, ciągłych i niewidocznych, nieciągłych i widocznych oraz nieciągłych i niewidocznych¹⁰¹;

⁹⁵ *Ibidem*, s. 488–489; H. Konic, *op. cit.*, s. 525.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 532. *Prawo cywilne obowiązujące na obszarze b. Kongresowego Królestwa Polskiego*, red. J. J. Litauer, Warszawa 1929, s. 314.

⁹⁷ Art. 690 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 487.

⁹⁸ J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 489–490.

⁹⁹ Art. 692 i 693 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 488.

¹⁰⁰ G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *op. cit.*, s. 847 I J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 490–491.

¹⁰¹ W przypadku służebności ciągłych i niewidocznych, nieciągłych i widocznych oraz nieciągłych i niewidocznych tytuł (np. w razie jego zaginięcia) mógł być zastąpiony aktem uznającym służebność, pochodzącym od właściciela nieruchomości obciążonej – art. 695 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*,

- c) przedawnienie – wyłącznie w odniesieniu do służebności ciągłych i widocznych;
- d) przeznaczenie ojca rodziny – także wyłącznie w przypadku służebności ciągłych i widocznych¹⁰².

3.2. Kodeks cywilny austriacki (ABGB) nie dzielił służebności na wynikające z położenia miejsca, ustanowione z mocy prawa oraz umowne. W znacznej części instytucje, które KN zaliczał do służebności wynikających z położenia miejsca i powstających z mocy prawa, kodeks austriacki nie nazywał służebnościami i regulował je odrębnie jako prawa i obowiązki związane z własnością, a ograniczające jej wykonywanie ze względu na sąsiedztwo innych nieruchomości. Były to przepisy dotyczące: utrzymywania znaków granicznych, prawa do rozgraniczenia, wspólności płotów, murów, ogrodzeń itp., zasad korzystania ze wspólnego muru oraz utrzymywania ścian działowych¹⁰³. O ile KN uzależniał sposób ustanowienia służebności (gruntowych) od ich rodzaju, wyznaczonego podziałem na służebności ciągłe i nieciągłe oraz widoczne i niewidoczne¹⁰⁴, to kodeks cywilny austriacki nie tylko takiego rozróżnienia nie przewidywał, dzieląc służebności na gruntowe i osobiste¹⁰⁵, ale także wprowadzał jednolitą regulację w zakresie źródeł powstania służebności, wskazując w § 480 na: umowę, rozporządzenie ostatniej woli, orzeczenie wydane przy podziale wspólnych

s. 488. Nie dotyczyło to służebności ciągłych i widocznych, gdyż w ich przypadku, w razie zaginięcia tytułu, można było powołać się na przedawnienie – H. Konic, *op. cit.*, s. 580.

¹⁰² Szczególny przypadek powstania służebności widocznej i nieciągłej na zasadzie przeznaczenia ojca rodziny przewidywał art. 694 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 488. Jego jednak zakres zastosowania i relacja do art. 692 i art. 693, dotyczących nabycia na drodze przeznaczenia ojca rodziny wyłącznie służebności ciągłych i widocznych, wywoływały duże problemy interpretacyjne – por. *ibidem*, s. 491–492; oraz G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *op. cit.*, s. 851–856; H. Konic, *op. cit.*, s. 574–580.

¹⁰³ Por. § 850–858 ABGB, zamieszczone w części drugiej „O prawie rzeczowym” rozdziale szesnastym zatytułowanym „O współwłasności i wspólności innych praw rzeczowych” – W. L. Jaworski, *Kodeks cywilny austriacki*, t. II, Kraków 1905, s. 386–392, [dalej: W. L. Jaworski, *K.c.a. II*].

¹⁰⁴ Por. art. 690–692 KN – J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 487–488.

¹⁰⁵ Por. § 473–478 ABGB – W. L. Jaworski, *Kodeks cywilny austriacki*, t. I, Kraków 1903, s. 1005–1007, [dalej: W. L. Jaworski, *K.c.a. I*]. Zasadniczy podział służebności w ABGB to podział na służebności gruntowe („połączone z posiadaniem gruntu dla jego korzystniejszego i dogodniejszego używania”) i osobiste (pozostałe). Z kolei służebności gruntowe zostały podzielone na miejskie (np. prawo oparcia swojego budynku o budynek cudzy, prawo wpuszczania belki lub krokwi w cudzą ścianę, prawo wylewania płynów na grunt sąsiada lub przeprowadzania ich przez ten grunt) i wiejskie (np. prawo utrzymania na cudzym gruncie ścieżki, wygonu bydła lub drogi do jeżdżenia, prawo czerpania wody, pojenia bydła, sprządzania i odprowadzania wody). Do służebności osobistych ABGB zaliczał natomiast używanie rzeczy, użytkowanie i mieszkanie – *ibidem*.

gruntów i przedawnienie (zasiedzenie)¹⁰⁶, dla którego wymagano trzyletniego posiadania w przypadku posiadaczy wpisanych do ksiąg publicznych (hipotecznych) oraz posiadania trzydziestoletniego w dobrej wierze, w odniesieniu do posiadaczy nieujawnionych w księgach lub w sytuacji, gdy dana nieruchomości nie miała uregulowanej księgi¹⁰⁷. Katalog ten należałoby uzupełnić o ustawę jako źródło ustanowienia służebności, co wynikało z kolei przede wszystkim z pozakodeksowych regulacji szczególnych¹⁰⁸, do których zaliczyć można chociażby ustawy: leśną z 1852 r., górniczą z 1854 r., wodną z 1869 r., o drogach koniecznych z 1896 r., czy też ustawy wywłaszczeniowe. W tych przypadkach jednak do powstania służebności dochodziło wprawdzie w okolicznościach wskazanych w przepisach prawnych, ale nie w oparciu o sam przepis, lecz na podstawie orzeczenia administracyjnego, które stawało się ich bezpośrednim źródłem¹⁰⁹, choć komentatorzy, zdając się tego nie dostrzegać, służebności te uznawali za powstające z mocy ustawy¹¹⁰.

Podkreślmy, iż źródła powstania służebności nazwane zostały w ABGB tytułem do nabycia (tytułem do służebności)¹¹¹, przy czym sam tytuł tu nie wystarczał. Konieczne było bowiem ich wpisanie do ksiąg publicznych, a wpis ten miał co do zasady charakter konstytutywny¹¹². Na deklaratoryjny charakter wpisu wskazywali komentatorzy przy służebnościach powstających z mocy ustawy i przy zasiedzeniu¹¹³. W przypadku nieruchomości o nieuregulowanych księgach hipotecznych

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 1007–1008.

¹⁰⁷ § 1469–1470 ABGB – W. L. Jaworski, *K.c.a.* II, s. 920.

¹⁰⁸ H. Konic, *op. cit.*, s. 627. Sam kodeks był źródłem służebności w dwóch przypadkach: prawa dożywotniego używania części spadku przez małżonka na podstawie art. 757 ABGB oraz prawa użytkowania posagu przez męża na podstawie art. 1228 ABGB – I. S. Czemyryński, *Powszechne prawo prywatne austriackie*, t. I, Kraków 1861, s. 364; 471–472; tenże, *Powszechne prawo prywatne austriackie*, t. II, Lwów 1867–1868, s. 187, 188. Zarówno używanie, jak i użytkowanie były na gruncie ABGB rodzajem służebności osobistych, por. uw. nr 108.

¹⁰⁹ Szerzej na ten temat por.: W. L. Jaworski, *K.c.a.* I, s. 1008–1009, 509, 776; H. Konic, *op. cit.*, 627–628. Przykładem może być tu § 24 ustawy leśnej przewidujący służebność, na mocy której właściciel gruntu był zobowiązany zezwolić na przewożenie płodów leśnych przez swoje grunty, § 15 ustawy wodnej, mówiący o zezwoleniu właściciela gruntu na przeprowadzenie wody przez jego grunt, czy też § 2 ustawy z 1878 r. regulującej wywłaszczenie na potrzeby kolei żelaznych, który stanowił, iż prawo wywłaszczenia mogło być wykonane m. in. przez ustanowienie służebności – W. L. Jaworski, *K.c.a.* I, s. 1008, 776.

¹¹⁰ H. Konic, *op. cit.*, s. 627; S. Wróblewski, *Powszechny austriacki kodeks cywilny*, cz. I, Kraków 1914, s. 445.

¹¹¹ § 480 ABGB – W. L. Jaworski, *K.c.a.* I, s. 1007.

¹¹² § 481 ABGB – W. L. Jaworski, *K.c.a.* I, s. 1009–1010.

¹¹³ S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 446.

służebność nabywało się przez złożenie w sądzie uwierzytelnionego dokumentu, obejmującego ustanowienie służebności¹¹⁴.

3.3. Podobnie jak ABGB, także kodeks cywilny niemiecki (BGB) regulację odpowiadającą co do swej istoty francuskim służebnościom wynikającym z miejsca położenia oraz powstającym z mocy prawa zawarł w treści i wykonywaniu prawa własności¹¹⁵. I tak w tytule pierwszym: „Treść własności” rozdziału trzeciego: „Własność” księgi trzeciej: „Prawo rzeczowe” znalazły się przepisy tzw. prawa sąsiedzkiego dotyczące w szczególności: ograniczeń „niedopuszczalnego” lub grożącego szkodą oddziaływania na nieruchomości sąsiednie (imisje, problematyka działań zapobiegawczych w związku z niebezpieczeństwem uszkodzenia nieruchomości wskutek zawalenia się budynku wzniesionego na nieruchomości sąsiedniej, zakaz pogłębiania gruntu grożący nieruchomości sąsiedniej utratą oparcia)¹¹⁶, zasad korzystania z przygranicznych pasów ziemi (problem przerastających drzew i korzeni oraz owoców spadających na grunt sąsiedni)¹¹⁷, stosunków granicznych (regulacja dotycząca murów, rowów, parkanów i innych urządzeń oraz drzew i krzewów na granicy)¹¹⁸ i prawa do rozgraniczenia¹¹⁹. Tutaj także odnajdziemy regulację służebności przechodu (drogi koniecznej), której kierunek określał, w razie potrzeby, wyrok sądowy¹²⁰.

W przeciwieństwie natomiast do KN i ABGB, BGB nie poddał służebności odrębnym przepisom dotyczącym sposobów ich powstania, lecz przepisom ogólnym regulującym przeniesienie własności nieruchomości i powstawanie obciążeń (ograniczonych praw rzeczowych)¹²¹. BGB stanowił bowiem w § 873 rozdziału drugiego księgi trzeciej: „Prawo rzeczowe”, zatytułowanym „Ogólne przepisy o prawach na gruntach”, iż *do przeniesienia własności gruntu, do obciążenia gruntu jakim prawem, jako też do przeniesienia lub obciążenia takiego prawa, potrzebna jest, o ile ustawa inaczej nie postanawia, zgoda uprawnionego oraz drugiej strony na to, aby zmiana w prawie nastąpiła, tudzież, aby wpisano tę zmianę*

¹¹⁴ H. Konic, *op. cit.*, s. 629.

¹¹⁵ Por. § 903–924 BGB – *Kodeks Cywilny ziem zachodnich RP*, s. 171–175; H. Konic, *op. cit.*, s. 612.

¹¹⁶ § 907–909 BGB – *Kodeks Cywilny ziem zachodnich RP*, s. 172; H. Konic, *op. cit.*, s. 612, 619.

¹¹⁷ § 910–911 BGB – *Kodeks Cywilny ziem zachodnich RP*, s. 172; H. Konic, *op. cit.*, s. 617.

¹¹⁸ § 921–923 BGB – *Kodeks Cywilny ziem zachodnich RP*, s. 174–175; H. Konic, *op. cit.*, s. 614–615.

¹¹⁹ § 919–920 BGB – *Kodeks Cywilny ziem zachodnich RP*, s. 174; H. Konic, *op. cit.*, s. 612–614.

¹²⁰ § 917–918 BGB – *Kodeks Cywilny ziem zachodnich RP*, s. 173–174; H. Konic, *op. cit.*, s. 615–616.

¹²¹ H. Konic, *op. cit.*, s. 622.

w księgę wieczystą¹²². Jako podstawowe źródło powstania służebności BGB statuuje zatem **umowę**, przy czym warunkiem koniecznym (konstytutywnym) było ujawnienie służebności w księdze wieczystej. Ten sposób nabycia dotyczył służebności gruntowych, użytkownika gruntu, które BGB zaliczało do służebności oraz ograniczonych służebności osobistych¹²³. Te same rodzaje służebności można było, na mocy § 900 BGB, nabyć przez zasiedzenie, jeżeli służebność została wpisana do księgi wieczystej i wpis ten widniał przez trzydzieści lat, i o ile przez ten okres była ona wykonywana¹²⁴.

Podsumowując zatem, BGB wskazywał na trzy źródła powstawania służebności: umowę, zasiedzenie oraz orzeczenie sądowe (w przypadku służebności drogi koniecznej).

4

W ramach analizy źródeł służebności w prawie polskim przedstawione zostaną przede wszystkim rozwiązania przyjęte w dawnym prywatnym prawie polskim, a następnie w dekrete *Prawo rzeczowe* z 1946 r. i w obecnie obowiązującym prawie cywilnym. Tylko te regulacje należy bowiem uznać za rodzime, gdyż w czasach zaborów na ziemiach polskich w zakresie omawianych instytucji obowiązywało prawo obce, w tym przede wszystkim przedstawione wyżej przepisy KN (ziemie Królestwa Polskiego), ABGB (Galicja) i BGB (zabór pruski)¹²⁵, które pozostały prawem obowiązującym także po odzyskaniu niepodległości, a w odniesieniu do analizowanej problematyki – aż do wejścia w życie w dniu 1 I 1947 r. dekretu *Prawo*

¹²² *Kodeks Cywilny ziem zachodnich RP*, s. 165.

¹²³ Z. Lisowski, *Kodeks Cywilny obowiązujący na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, Poznań 1933, s. 387. W przedmiocie rodzajów służebności w BGB por. uw. 80. Do służebności zaliczane były także użytkowanie rzeczy ruchomej, użytkowanie praw i majątku, których nabycie zostało poddane przepisom regulującym dany rodzaj użytkowania – por. § 1032 BGB (ustanowienie użytkowania rzeczy ruchomej), § 1033 BGB (nabycie użytkowania rzeczy ruchomej), § 1069 BGB (ustanowienie użytkowania prawa), § 1085 BGB (ustanowienie użytkowania majątku). Ustanowienie użytkowania prawa i ustanowienia użytkowania majątku następowało w sposób właściwy dla przeniesienia danego prawa i dla poszczególnych składników majątku – *ibidem*, s. 478, 489, 493.

¹²⁴ *Ibidem*, s. 400. § 900 BGB regulujący nabycie własności nieruchomości przez zasiedzenie wskazywał bowiem w ust. 2, iż ma odpowiednie zastosowanie dla innych ujawnionych w księdze wieczystej praw, które uprawniają do posiadania gruntu (z grona służebności dotyczyłoby to użytkowania i prawa mieszkania jako ograniczonej służebności osobistej) albo których wykonywanie doznaje ochrony podług przepisów dotyczących posiadania (służebność gruntowa i ograniczona służebność osobista) – *ibidem*.

¹²⁵ A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, Warszawa 2009, s. 237.

rzeczowe. Zostaną uwzględnione także, dotyczące analizowanych zagadnień, regulacje szczególne obowiązujące w Królestwie Polskim, tj. przede wszystkim polskie przepisy hipoteczne oraz prawo o służebnościach pastwiska i wrębu.

4.1. Społeczna i gospodarcza rola nieruchomości w dawnej Polsce sprzyjała rozwojowi systemu praw związanych z ich własnością. Dotyczyło to zwłaszcza służebności, zwanych w dawnym prawie polskim wolnościami, które mogły być albo osobiste, albo wieczyste i dziedziczne zarazem, jako przywiązane nie do osoby, lecz do gruntu¹²⁶. Ich pojawienie się już w początkach XIII w. było następstwem rozwoju stosunków gospodarczych i wzrostu liczby ludności, które wymusiły *potrzebę dopuszczenia i innych osób do udziału w korzyściach z rzeczy, będącej własnością innych*, a tym samym konieczność uregulowania wzajemnych zależności między nieruchomościami¹²⁷. J. W. Bandtkie-Stężyński w pierwszej połowie XIX w., a następnie P. Burzyński w drugiej połowie tegoż stulecia wskazywali zgodnie na dwa źródła służebności w dawnym prawie polskim, a mianowicie na umowę oraz nadanie (przywilej)¹²⁸, np.: przywileje zasadnicze miast, przywileje królewskie¹²⁹. Pierwszy z autorów wymieniał także przedawnienie (dawność), które drugi autor odrzucał, stwierdzając, iż służebności nie mogły powstawać przez przedawnienie, gdyż *do udowodnienia potrzebują pisma*¹³⁰. Ostatecznie pogląd ten uznał za błędny P. Dąbkowski, który w efekcie poczynionych badań źródłowych sformułował tezę, że wolność mogła powstać także skutkiem dawności¹³¹. Katalog sposobów ustanowienia służebności uzupełnił on także o testament, wyrok sądowy oraz ustawę¹³², wskazując szereg wolności powstających *ex lege*, np.: prawo wejścia na grunt sąsiada celem zebrania chmielu przerastającego przez graniczny płot, wolność pastwisk, wolność drogi prowadzącej do kościoła, targu, itp., przysługujące szlachcie okolicznej prawo wstępów (wchodów) w lasach i wodach królewskich, czy też prawo wrębu w tychże lasach¹³³.

¹²⁶ P. Dąbkowski, *Prawo prywatne polskie*, t. II, Lwów 1911, s. 264–265.

¹²⁷ *Ibidem*, s. 255–256.

¹²⁸ J. W. Bandtkie-Stężyński, *Prawo prywatne polskie*, Warszawa 1851, s. 293; P. Burzyński, *Prawo polskie prywatne*, Kraków 1871, s. 444.

¹²⁹ P. Dąbkowski, *op. cit.*, s. 257.

¹³⁰ J. W. Bandtkie-Stężyński, *op. cit.*, s. 293; P. Burzyński, *op. cit.*, s. 444.

¹³¹ P. Dąbkowski, *op. cit.*, s. 257.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Patrz bliżej: *ibidem*, s. 257–264.

4.2. Wśród przepisów szczególnych (pozakodeksowych) obowiązujących w Królestwie Polskim, a dotyczących problematyki ustanowienia służebności, należy wskazać na polską ustawę hipoteczną, czyli *Prawo o ustaleniu własności dóbr nieruchomości, o przywilejach i hipotekach w miejsce tytułu XVIII księgi III Kodeksu Cywilnego*¹³⁴, zatwierdzone 26 IV 1818 r., a ogłoszone dnia 20 lipca tego roku¹³⁵. Wraz z upływem obowiązkowego w każdym województwie terminu prekluzyjnego dla regulacji hipotecznej, wchodziło ono w życie w latach 1819–1826¹³⁶.

W interesującej nas kwestii ustawa hipoteczna stanowiła w art. 6, że służebności gruntowe powinny być jawne przez wciągnięcie tytułu do ksiąg hipotecznych¹³⁷. Szczegółowszą regulację w tym zakresie zawierał art. 45 UH. Stanowił on: po pierwsze, że służebności pastwiska i wrębu powinny być wpisane do księgi hipotecznej dóbr, którym przysługują, oraz dóbr, które obciążają. Po drugie, utrzymywał w mocy inne służebności gruntowe, pomimo braku wpisu do księgi. Po trzecie jednak stanowił, w odniesieniu do wszystkich rodzajów służebności¹³⁸, iż na przyszłość każde umorzenie dotąd istniejących służebności, ustanowienie nowych, jak i ich umorzenie wymaga wpisu do księgi hipotecznej¹³⁹. Zwolnione zatem od wpisania do ksiąg hipotecznych były służebności istniejące w chwili ogłoszenia ustawy hipotecznej, tj. 20 VII 1818 r. Wszystkie natomiast powstałe po tym dniu powinny być wpisane do ksiąg hipotecznych¹⁴⁰. Wpis bowiem, zgodnie z art. 11 UH, był warunkiem uzyskania przez prawo statusu prawa rzeczowego (*ius re-*

¹³⁴ Dalej UH.

¹³⁵ Dziennik Praw, t. V, s. 295–387. Prawo hipoteczne przewidywało zakładanie ksiąg hipotecznych dla dóbr ziemskich i nieruchomości w miastach, w których zasiadał Sąd Ziemski (Trybunał Cywilny); była to tzw. hipoteka dużej własności – art. 162 UH – Dziennik Praw, t. V, s. 385. W 1825 r. prawo to zostało uzupełnione „Prawem o przywilejach i hipotekach”, które objęło regulacją hipoteczną także własność mniejszą – Dziennik Praw t. IX, s. 355–373. Dopiero wtedy wszystkie nieruchomości zostały poddane nowemu porządkowi, co spowodowało całkowite już uchylenie tytułu XVIII księgi III KN. Szerzej w przedmiocie regulacji hipotecznej zawartej w Kodeksie Napoleona i jej mankamentach oraz o prawie hipotecznym Królestwa Polskiego por. A. Fermus, *Prawo hipoteczne w Kodeksie Napoleona a prawo hipoteczne Królestwa Polskiego*, Zeszyty Prawnicze TBSP UJ 2005, z. 13, s. 21–31.

¹³⁶ Art. 145 UH – Dziennik Praw, t. V, s. 376–377.

¹³⁷ Dziennik Praw, t. V, s. 298. Rozwiązania te nie były znane Kodeksowi Napoleona, który zrywał z zasadą materialnej jawności ksiąg hipotecznych kontrolujących jedynie hipoteki, i to nie w pełnym zakresie – A. Fermus, *op. cit.*, s. 22.

¹³⁸ Oczywiście chodzi o rodzaje służebności znane Kodeksowi Napoleona. W tym zakresie por. ppkt 3.1.

¹³⁹ Dziennik Praw, t. V, s. 324.

¹⁴⁰ J. K. Wołowski, *Kurs Kodeksu Cywilnego*, Warszawa 1868, s. 252.

ale). Dopóki nie zostało ono wpisane do księgi było tylko prawem osobistym (*ius personale*)¹⁴¹.

Ponadto, w Królestwie Polskim odrębną, pozakodeksową regulacją zostały objęte służebności pastwiska i wrębu, a mianowicie *Prawem z dnia 16/28 czerwca 1818 r. o służebnościach pastwiska i wrębu*¹⁴², co podyktowane było z jednej strony powszechnością tego rodzaju służebności wobec rolniczego charakteru ziem polskich, a z drugiej strony – licznymi sporami z nimi związanymi¹⁴³.

Zgodnie z art. 1 prawa o służebnościach pastwiska i wrębu, źródłem tych służebności mógł być jedynie tytuł¹⁴⁴, co odpowiadało regulacji zawartej w art. 691 KN, który stanowił, że służebności przerywane (nieciągłe) i niewidoczne, którymi były służebności pastwiska i wrębu, mogą być nabyte tylko przez tytuł¹⁴⁵. Służebności te nie mogły być nabyte przez przedawnienie (zasiedzenie), przy czym uznano za niewzruszalne nabycie służebności w ten właśnie sposób, przed wprowadzeniem na ziemiach polskich Kodeksu Napoleona, tj. odpowiednio przed dniem 1 V 1808 r. na włączonych do Księstwa Warszawskiego ziemiach zaboru pruskiego i przed dniem 15 VIII 1810 r. na przyłączonych do Księstwa ziemiach zaboru austriackiego¹⁴⁶. Powołany przepis zastrzegał także konieczność uwzględnienia przy nabyciu służebności pastwiska i wrębu przepisów prawa hipotecznego z 1818 r., gdyż brak wpisu służebności do księgi hipotecznej sprawiał, że nie stawała się ona prawem rzeczowym, co pozbawiało ją skuteczności względem osób trzecich¹⁴⁷.

Szczególne źródło służebności włościańskich w Królestwie Polskim przewidywał ukaz uwłaszczeniowy z dnia 19 II/2 III 1864 r. Zgodnie z zawartą w nim regulacją włościanie, nawet po nabyciu przez nich osad na własność, zachowywali prawo do służebności, z których w dniu wydania ukazu korzystali w oparciu o tabele prestacyjne, kontrakty, umowy słowne czy też zwyczaj. Na tej podstawie z kolei służebności te były wpisywane do tzw. tabel likwidacyjnych, które stawały się tytułem ich ustanowienia¹⁴⁸.

¹⁴¹ *Ibidem*, s. 300.

¹⁴² Dziennik Praw, t. XIII, s. 121–129.

¹⁴³ J. K. Wołowski, *op. cit.*, s. 256.

¹⁴⁴ Dziennik Praw, t. XIII, s. 122.

¹⁴⁵ J. J. Delsol, *Zasady I*, s. 487; J. K. Wołowski, *op. cit.*, s. 256.

¹⁴⁶ Art. 1 prawa o służebnościach pastwiska i wrębu – Dziennik Praw, t. XIII, s. 121; J. K. Wołowski, *op. cit.*, s. 257.

¹⁴⁷ Dziennik Praw, t. XIII, s. 121; H. Konic, *op. cit.*, s. 569.

¹⁴⁸ Szerzej na ten temat por. *ibidem*, s. 533–536.

4.3. W Polsce niepodległej, w ramach prac powołanej przez Sejm Ustawodawczy w dniu 3 VI 1919 r. Komisji Kodyfikacyjnej w celu zunifikowania i skodyfikowania prawa cywilnego i karnego¹⁴⁹, został przygotowany projekt prawa rzeczowego, którego pierwsze czytanie podkomisja prawa rzeczowego ukończyła 5 VI 1937 r.¹⁵⁰ Zaawansowane już prace przerwał wybuch II wojny światowej. Jednak dorobek przedwojenny został wykorzystany w powojennych pracach nad ujednoczeniem i skodyfikowaniem prawa rzeczowego¹⁵¹, które zaowocowały dekretem z dnia 11 X 1946 r. – Prawo rzeczowe, obowiązującym od 1 I 1947 r.¹⁵².

Prawo rzeczowe podzieliło służebności na gruntowe i osobiste¹⁵³, przy czym pojęcie służebności osobistych zostało ograniczone wyłącznie do nieruchomości¹⁵⁴, a użytkowanie było odrębnym od służebności ograniczonym prawem rzeczowym¹⁵⁵. Ostatecznie też, kompleks zagadnień wynikających z sąsiedztwa nieruchomości został wpisany w treść i wykonywanie własności¹⁵⁶.

A. Czynność prawna. Podstawowym źródłem służebności gruntowych i osobistych była umowa. Zgodnie z art. 113 § 1 pr.rz., do ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego na nieruchomości potrzebna była umowa między właścicielem i nabywcą oraz, jeżeli ustawa tak stanowiła, wpis do księgi wieczystej. Oświadczenie właściciela nieruchomości miało być złożone, pod rygorem nieważności, w formie aktu notarialnego (art. 113 § 2 pr.rz.). Wpis służebności do księgi wieczystej był konieczny – miał znaczenie konstytutywne tylko w jednym przypadku: gdy właściciel dwóch nieruchomości obciążał służebnością gruntową jedną z nich na rzecz drugiej (art. 187 § 2 pr.rz.). We wszystkich pozostałych przypadkach ustanowienie służebności – tak gruntowych, jak i osobistych – następowało *solo consensu*¹⁵⁷.

B. Zasiedzenie. Nabycie służebności gruntowych i osobistych było możliwe przez tzw. zasiedzenie księgowe (*usucapio secundum tabulas*)¹⁵⁸. Zgodnie z art. 127 pr. rz., kto bez ważnej podstawy prawnej uzyskał wpis ograniczonego prawa

¹⁴⁹ L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000, s. 5.

¹⁵⁰ *Ibidem*, s. 319.

¹⁵¹ *Ibidem*, s. 395.

¹⁵² Dz. U. z 1946 r., Nr 57, poz. 319, [dalej pr.rz.].

¹⁵³ Art. 167–183 pr.rz.

¹⁵⁴ Art. 176 pr.rz.

¹⁵⁵ Art. 130–166 pr.rz.

¹⁵⁶ Art. 31–42 pr.rz.

¹⁵⁷ J. Wasilkowski, *Prawa rzeczowe ograniczone. Charakterystyka ogólna. Poszczególne prawa*, Przegląd Notarialny 1947, z. IX–X, s. 177–178, 180.

¹⁵⁸ Ten rodzaj zasiedzenia znany był ABGB i BGB – por. ppkt 3.2. i 3.3.

rzeczowego, ten nabywa to prawo, jeżeli je posiadał od lat dziesięciu i był wpisany od lat dziesięciu w księdze wieczystej, chyba że uzyskał posiadanie w złej wierze. Po upływie jednak lat dwudziestu nie można już było wpisanemu posiadaczowi zarzucać złej wiary¹⁵⁹. Ponadto, wyjątkowo, służebność gruntową, ale tylko taką, której wykonywanie było związane z istnieniem trwałego i widocznego urządzenia, można było nabyć w drodze zasiedzenia przeciwko księdze wieczystej (*usucapio contra tabulas*)¹⁶⁰. Zgodnie bowiem z art. 184 pr.rz., niewpisany do księgi wieczystej posiadacz nabywał służebność przez zasiedzenie, jeżeli ją posiadał nieprzerwanie przez dwadzieścia lat i uzyskał jej posiadanie w dobrej wierze. Gdy jednak posiadanie trwało co najmniej trzydzieści lat, nie można było już zarzucać posiadaczowi złej wiary¹⁶¹.

C. Orzeczenie sądu. Źródłem służebności, ale już tylko gruntowych, było również orzeczenie sądu. Na podstawie art. 96 pr.rz. sąd przy podziale nieruchomości mógł obciążyć poszczególne części służebnościami, jeżeli wymagały tego okoliczności sprawy¹⁶².

D. Akt administracyjny. Służebności gruntowe powstawały także na mocy przepisów szczególnych, przez ich ustanowienie w akcie administracyjnym¹⁶³.

Podsumowując zatem, źródłami służebności gruntowych były: umowa, zasiedzenie (księgowe i pozaksięgowe – tylko w przypadku służebności gruntowej, której wykonywanie było związane z istnieniem trwałego i widocznego urządzenia), orzeczenie sądu i akt administracyjny, natomiast źródłami służebności osobistych – wyłącznie umowa i zasiedzenie księgowe.

¹⁵⁹ E. Janeczko, *Zasiedzenie*, Warszawa, Zielona Góra 1999, s. 198; F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie*, t. II, z. 2: *Prawo rzeczowe*, Kraków 1947, s. 37–38. Jak zauważył J. Wasilkowski, zasiedzenie przy służebnościach osobistych było zupełnie marginalnym sposobem nabycia ze względu na to, że służebności te bywają z reguły ustanawiane na rzecz osób w podeszłym wieku, a termin zasiedzenia wynosił 10 lub 20 lat (*Prawo rzeczowe w zarysie*, Warszawa 1957, s. 237). Regulacje powyższe dotyczyły także zasiedzenia służebności na rzecz właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa (art. 174 pr.rz.) – por. M. Godlewski, *Zasiedzenie służebności*, MP 2010, nr 7, s. 387.

¹⁶⁰ E. Janeczko, *op. cit.*, s. 197; J. Wasilkowski, *Prawa rzeczowe ograniczone. Zasady ogólne*, Przegląd Notarialny 1947, z. II–III, s. 182. Tytułem przykładu trwałych i widocznych urządzeń, na których mogły zostać oparte służebności gruntowe, wymieńmy: rurociągi, studnie lub inne instalacje. Dopuszczenie zasiedzenia *contra tabulas* tylko w przypadku tych służebności uzasadniane było względami na stosunki sąsiedzkie – S. Szer, *Nowe prawo rzeczowe*, Demokratyczny Przegląd Prawniczy 1947, nr 5, s. 15. Ten rodzaj zasiedzenia był znany ABGB, obok zasiedzenia księgowego, natomiast BGB przewidywał tylko zasiedzenie księgowe, por. ppkt 3.2. i 3.3.

¹⁶¹ J. Wasilkowski, *Prawo rzeczowe*, s. 232. Odnośnie do służebności na rzecz właściciela przedsiębiorstwa por. M. Godlewski, *op. cit.*, s. 387.

¹⁶² J. Wasilkowski, *Prawo rzeczowe...*, s. 231, 236.

¹⁶³ *Ibidem*.

4.4. W obowiązującym stanie prawnym sposób powstania służebności regulowany jest przepisami ustawy z 23 IV 1964 r. – *Kodeks cywilny*¹⁶⁴ oraz ustawy z 21 VIII 1997 r. o gospodarce nieruchomościami¹⁶⁵. Wskazać także należy, że sposób powstania służebności zależy od rodzaju tego prawa rzeczowego. W tym zakresie wyróżnia się służebności osobiste¹⁶⁶, służebności gruntowe i służebność przesyłu. Zdarzeniami prawnymi będącymi źródłem powstania służebności są: czynność prawna, zasiedzenie, orzeczenie sądowe, decyzja administracyjna, z zastrzeżeniem, że nie każdy z tych sposobów będzie odnosił się do każdego z rodzajów służebności, o czym poniżej.

A. Czynność prawna. Zasadniczym sposobem powstania służebności jest umowne ustanowienie służebności¹⁶⁷. W tym zakresie mają zastosowanie ogólne zasady dotyczące ustanowienia ograniczonych praw rzeczowych (art. 245 k.c.), a sposób ten odnosi do każdego z rodzajów służebności. Umowa o ustanowienie służebności ma charakter konsensualny: służebność powstaje z chwilą jej zawarcia, a wpis do księgi wieczystej jest wyłącznie deklaracyjny¹⁶⁸. Poza tym umowa należy do kategorii zobowiązująco-rozporządzających¹⁶⁹. Zważywszy bowiem, że przedmiotem służebności zawsze jest nieruchomość, a ta z kolei należy do rzeczy oznaczonych co do tożsamości, przepis art. 155 § 2 k.c. nie znajdzie zastosowania do umowy o ustanowienie służebności¹⁷⁰. Wskazuje się także na kauzalność umowy ustanowienia służebności, choć zazwyczaj w przypadku służebności, z uwagi na zobowiązująco-rozporządzający charakter czynności, przyczyna będzie wskazana w treści umowy zasadniczej¹⁷¹.

¹⁶⁴ Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

¹⁶⁵ T. j. Dz. U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603 z późn. zm. – dalej u.g.n. Por. E. Gniewek, *Kodeks cywilny*, ks. II: *Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Zakamycze 2001, s. 106, [dalej: E. Gniewek, *Komentarz 2001*].

¹⁶⁶ Analogicznie, jak prawo rzeczowe, k.c. nie kwalifikuje użytkownika jako służebności, ale jako odrębne ograniczone prawo rzeczowe (art. 224 § 1 k.c.).

¹⁶⁷ Z. K. Nowakowski, *Służebności*, RPEiS 1968, nr 3, s. 145.

¹⁶⁸ B. Burian, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 452; K. A. Dadańska, [w:] K. A. Dodańska, T. A. Filipiak, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II: *Własność i inne prawa rzeczowe*, red. A. Kidyba, Warszawa 2009, s. 248; E. Gniewek, *Komentarz 2001*, s. 631; E. Gniewek, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 4: *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2005, s. 411, [dalej: E. Gniewek, *SPP*]; Z. K. Nowakowski, *op. cit.*, s. 146; A. Wąsiewicz, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. II: *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1977, s. 680.

¹⁶⁹ B. Burian, *op. cit.*, s. 452; E. Gniewek, *Komentarz 2001*, s. 632; E. Gniewek, *SPP*, s. 411; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 680.

¹⁷⁰ B. Burian, *op. cit.*, s. 416; K. A. Dodańska, *op. cit.*, s. 167; E. Gniewek, *SPP*, s. 331–312.

¹⁷¹ K. A. Dodańska, *op. cit.*, s. 167–168; E. Gniewek, *SPP*, s. 312.

W obowiązującym prawie polskim¹⁷² – co wypada zaznaczyć z uwagi na wcześniejsze rozważania – nie istnieje możliwość ustanowienia służebności w drodze rozrządzenia ostatniej woli, gdyż zapis kreuje jedynie stosunek obligacyjny pomiędzy zapisobiercą a obciążonym zapisem¹⁷³. Zapis jako czynność jednostronna jest jedynie źródłem zobowiązania¹⁷⁴ do ustanowienia służebności przez obciążonego zapisem na rzecz zapisobiorcy¹⁷⁵. Celem wykonania zobowiązania, obciążony zapisem powinien zawrzeć umowę z zapisobiercą (*causa solvendi*)¹⁷⁶. W umowie, a przynajmniej w oświadczeniu spadkobiercy, znajdzie się wówczas wskazanie postanowień testamentu, jako przyczyny umowy rozporządzającej (art. 158 k.c.)¹⁷⁷. W przypadku braku woli złożenia przez obciążonego zapisem oświadczenia, stano-

¹⁷² Wprowadzenie instytucji legatu windykacyjnego jest nie tylko postulowane, por. *Prawo spadkowe*, oprac. M. Pazdan, [w:] *Zielona księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006, s. 185; M. Wróbel, *Główne założenia projektu Kodeksu cywilnego*, MP 2007, nr 13, s. 735, ale projektowane – por. uzasadnienie zmian w zakresie prawa spadkowego: http://bip.ms.pl/projekty/proj090901b_uzas.rtf. Niektórzy przedstawiciele doktryny w sposób sceptyczny traktują ewentualne zmiany w tym zakresie z uwagi na skomplikowanie odpowiedzialności za długi spadkowe – por. S. Wójcik, F. Zoll, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. X: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2009, s. 376.

¹⁷³ Zob. szerzej: J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 1557; E. Niezbecka, *Kodeks cywilny*, t. IV: *Spadki. Komentarz*, red. A. Kidyba, s. 146. Por. teza I wyroku SN z dn. 18 II 1999 r. (I CKN 1002/97), niepubl., LEX 521803: zostaje wskazane, że zapis jako stwarzający jedynie stosunek obligacyjny pomiędzy spadkobiercą a zapisobiercą, do wywołania skutku rzeczowego wymaga zawarcia umowy rozporządzającej zgodnie z art. 156 k.c.

¹⁷⁴ Źródłem zobowiązania do zawarcia umowy rzeczowej może być także umowa zobowiązująca czy umowa przedwstępna; zob. E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 728; E. Gniewek, *SPP*, s. 438. Jeżeli przedmiotem takiej umowy jest nieruchomości przyszła, na której strony zamierzają ustanowić służebność mieszkania, celem wywołania skutku rzeczowego będzie konieczne zawarcie umowy rozporządzającej zawierającej dokładne oznaczenie nieruchomości. Co do zaliczenia nieruchomości do kategorii rzeczy przyszłych zob. szerzej B. Burian, *op. cit.*, s. 416 i literatura tam powołana. Umowa zobowiązująca do ustanowienia służebności będzie więc przyczyną ustanowienia służebności; por. K. A. Dodańska, *op. cit.*, s. 166–167; E. Gniewek, *SPP*, s. 312.

¹⁷⁵ Por. E. Gniewek, *SPP*, s. 437; J. Kremis, *op. cit.*, s. 1556, 1558; E. Niezbecka, *op. cit.*, s. 149. Zob. uchwała SN z dn. 14 X 1968 r., (III CZP 91/68), OSN 1969, nr 6, poz. 103, dotycząca możliwości zobowiązania spadkodawcy do ustanowienia zapisu służebności mieszkania w gospodarstwie rolnym. Por. również poglądy wyrażone na tle stanu faktycznego będącego przedmiotem uchwały SN z dn. 20 I 1984 r., (III CZP 69/83), OSN 1984, nr 8, poz. 132. Jak się wydaje, nie ma także przeszkód do obciążenia zapisem zobowiązującym do ustanowienia służebności gruntowej, czy przesyłu.

¹⁷⁶ E. Gniewek, *SPP*, s. 312, 437.

¹⁷⁷ Por. B. Burian, *op. cit.*, s. 417; K. A. Dodańska, *op. cit.*, s. 168; E. Gniewek, *SPP*, s. 312. Por. również poglądy wyrażone na tle stanu faktycznego będącego przedmiotem uchwały SN z dn. 20 I 1984 r., (III CZP 69/83), OSNC 1984, nr 8, poz. 132, z tym zastrzeżeniem, że orzeczenie dotyczy kwestii ustanowienia użytkowania, a nie służebności. Odnośnie do kwestii spełnienia wymogu powołania *causa* w umowie w przypadku zapisu por. A. Oleszko, *Pytania i odpowiedzi*, Rejent 2006, nr 1 (177), s. 155 i n.

wiącego składnik umowy ustanawiającej służebność, zapisobiorca może wytoczyć powództwo w trybie art. 64 k.c. w zw. z art. 1047 § 1 k.p.c.¹⁷⁸ Orzeczenie będzie zastępowało oświadczenie woli obciążonego zapisem w przedmiocie ustanowienia służebności, jednakże nie będzie ono miało charakteru konstytutywnego¹⁷⁹.

Z uwagi, że każdy z rodzajów służebności dotyczy korzystania, w zakresie oznaczonym w treści tego prawa, z nieruchomości, oświadczenie woli ustanawiającego musi zostać złożone w formie aktu notarialnego (art. 245 § 2 zd. 2 k.c.)¹⁸⁰. Brak jest natomiast jakichkolwiek wymagań w odniesieniu do oświadczenia woli nabywcy prawa; przyjmuje się, że może być to także oświadczenie *per facta concludentia*¹⁸¹.

Służebność może być także ustanowiona z zastrzeżeniem warunku albo terminu, gdyż regulacja art. 157 k.c. została wyraźnie wyłączona (art. 245 k.c.)¹⁸².

B. Zasiedzenie. Nieuprawniony posiadacz służebności gruntowej nabędzie prawo na skutek jego faktycznego wykonywania w ciągu czasu oznaczonego ustawą (art. 292 k.c. w zw. z art. 172 k.c.)¹⁸³. Warunkiem nabycia służebności jest korzystanie z trwałego i widocznego urządzenia (art. 292 k.c. 1 k.c.). W konsekwencji, zasiedzenie odnosi się jedynie do służebności gruntowych czynnych, gdyż ze służebnościami biernymi nie wiąże się władztwo nad rzeczą, jako że nie polegają one na bezpośrednim korzystaniu¹⁸⁴.

W odniesieniu do nabycia w drodze zasiedzenia służebności przesyłu, ustawodawca nie wyłączył ani wyraźnie nie stwierdził możliwości ich powstania w drodze zasiedzenia (art. 305¹ k.c.), wskazując jedynie, że do służebności przesyłu stosuje się odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych (art. 305⁴ k.c.)¹⁸⁵. Niedługa praktyka w stosowaniu regulacji wskazuje jednoznacznie na możliwość nabycia w drodze zasiedzenia służebności przesyłu, pod warunkiem oczywiście korzystania (zamiaru korzystania) przez przedsiębiorcę z trwałego i widocznego urządzenia przesyłowego¹⁸⁶.

¹⁷⁸ Ten tryb odnosi się do wszystkich umów zobowiązujących do ustanowienia służebności.

¹⁷⁹ E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 728; E. Gniewek, *SPP*, s. 438.

¹⁸⁰ K. A. Dodańska, *op. cit.*, s. 169–170; E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 632.

¹⁸¹ K. A. Dodańska, *op. cit.*, s. 169–170, 250.

¹⁸² Szerzej: K. A. Dodańska, *op. cit.*, s. 168 i n.; E. Gniewek, *SPP*, s. 313, 411.

¹⁸³ Por. B. Burian, *op. cit.*, s. 463; E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 717; E. Janeczko, *op. cit.*, s. 11; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 683.

¹⁸⁴ E. Janeczko, *op. cit.*, s. 36; E. Gniewek, *SPP*, s. 412; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 685–686.

¹⁸⁵ M. Godlewski, *op. cit.*, s. 389.

¹⁸⁶ K. A. Dadańska, *op. cit.*, s. 311; M. Godlewski, *op. cit.*, s. 390. G. Bieniek, *Służebność przesyłu, czyli temat prawniczych dyskusji*, Rzeczpospolita, 25 IX 2008, C8. Por. także teza 1 i 3 postanowienia SN z dn. 11 XII 2008 r. (II CSK 314/08), niepubl., LEX nr 490523, która to linia orzecznicza nie budzi wą-

Stwierdzenie nabycia służebności w drodze zasiedzenia następuje w postępowaniu nieprocesowym, a wydane orzeczenie z uwagi na powstanie służebności *ex lege* ma charakter deklaracyjny¹⁸⁷.

Przesłankami nabycia służebności gruntowej i przesyłu w omawianym trybie są: 1) posiadanie służebności przez odpowiednio: właściciela władającej nieruchomości albo przedsiębiorcę (art. 352 k.c.)¹⁸⁸, 2) ciągłość posiadania¹⁸⁹, 3) korzystanie z trwałego i widocznego urządzenia (urządzenia przesyłowego)¹⁹⁰, 4) upływ czasu. Odnośnie do ostatniej przesłanki należy wyraźnie podkreślić, że istnienie dobrej czy złej wiary posiadacza wpływa na długość czasu koniecznego do nabycia służebności w drodze zasiedzenia – w tym zakresie znajduje w pełni zastosowanie przepis art. 172 § 1 i § 2 k.c. (odpowiednio 20 lub 30 lat)¹⁹¹.

Nabycie służebności osobistej poprzez zasiedzenie zostało wyraźnie wyłączone przez ustawodawcę (art. 304 k.c.).

C. Orzeczenie sądowe. Sposobem nabycia służebności może być także orzeczenie sądowe o charakterze konstytutywnym¹⁹². Należy wyróżnić tu dwie grupy sytuacji: pierwsza – dotycząca orzeczeń zapadłych w zakresie uregulowania stosunków sąsiedzkich¹⁹³, druga – związana z orzeczeniami wydanymi w postępowaniach działowych¹⁹⁴.

W odniesieniu do pierwszej kategorii orzeczeń wyróżnić można ustanowienie w trybie sądowym służebności drogi koniecznej i służebności budynkowej.

Sądowe ustanowienie służebności drogi koniecznej ma miejsce wówczas, gdy roszczenie właściciela nieruchomości władającej nie zostało zaspokojone poprzez

pliwości, biorąc pod uwagę stanowisko judykatury przed wejściem w życie przepisów dot. służebności przesyłu – por. m. in. wyrok SN z dn. 31 V 2006 r., (IV CSK 149/05), niepubl., LEX Nr 258681.

¹⁸⁷ Szerzej E. Janeczko, *op. cit.*, s. 207 i n. Zob. także: B. Burian, *op. cit.*, s. 463; K. A. Dadańska, *op. cit.*, s. 251; E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 719.

¹⁸⁸ Por. szerzej E. Janeczko, *op. cit.*, s. 111 i n. Zob. także B. Burian, *op. cit.*, s. 463; E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 717; E. Gniewek, *SPP*, s. 412; M. Godlewski, *op. cit.*, s. 391.

¹⁸⁹ B. Burian, *op. cit.*, s. 463; K. A. Dadańska, *op. cit.*, s. 271, 311; E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 718; E. Gniewek, *SPP*, s. 412; M. Godlewski, *op. cit.*, s. 391; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 686.

¹⁹⁰ B. Burian, *op. cit.*, s. 463–464; E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 716; M. Godlewski, *op. cit.*, s. 391; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, ks. II: *Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 1996, s. 353; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 688–389.

¹⁹¹ B. Burian, *op. cit.*, s. 464; E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 717–718; E. Gniewek, *SPP*, s. 413–414; S. Rudnicki, *op. cit.*, s. 352; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 686–687. Odnośnie do początku biegu zasiedzenia służebności przesyłu zob. M. Godlewski, *op. cit.*, s. 391 i n.

¹⁹² A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 690.

¹⁹³ E. Gniewek, *SPP*, s. 415; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 691.

¹⁹⁴ E. Gniewek, *SPP*, s. 415; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 691.

umowne ustanowienie służebności i następuje z reguły za wynagrodzeniem¹⁹⁵. Przesłanki roszczenia o ustanowienie służebności gruntowej drogi koniecznej reguluje art. 145 k.c., a służebności osobistej – art. 145 k.c. w zw. z art. 145 k.c.¹⁹⁶ Roszczenie jest realizowane w trybie postępowania nieprocesowego, co umożliwia, na podstawie art. 626 k.p.c. w zw. z art. 510 k.p.c., wezwanie z urzędu wszystkich właścicieli nieruchomości zainteresowanych w sprawie i zakończenie postępowaniem o ustanowieniu służebności (w przypadku ziszczenia ustawowych przesłanek) w ramach jednego postępowania¹⁹⁷.

Warto wskazać w tym miejscu, że ten sposób ustanowienia służebności posiada coraz węższe znaczenie wobec regulacji art. 93 ust. 3 u.g.n. Przepis zakazuje podziału nieruchomości, jeżeli projektowane do wydzielienia działki gruntu nie mają dostępu do drogi publicznej. Wydzielenie drogi wewnętrznej wraz z ustanowieniem służebności dla wydzielonych działek gruntu albo ustanowienie dla tych działek innych służebności drogowych, w przypadku gdy nie ma możliwości wydzielania drogi wewnętrznej z nieruchomości objętej podziałem, uważa się przy tym za zapewnienie dostępu do drogi publicznej¹⁹⁸.

Ustanowienie służebności budynkowej, jako roszczenie alternatywne do żądania wykupu gruntu, przyznał ustawodawca właścicielowi gruntu, którego granice zostały przekroczone nieumyślnie przez inwestora wznoszącego budynek lub inne urządzenie na gruncie sąsiadującym (art. 151 k.c.)¹⁹⁹. Ustanowienie wskazanej służebności gruntowej następuje za wynagrodzeniem²⁰⁰.

Drugą grupą orzeczeń konstytucyjnych mogących kreować służebności są postanowienia wydane w postępowaniach działowych, gdy przedmiotem współwłasności jest nieruchomość²⁰¹. W sytuacji, gdy zniesienie współwłasności odbywa się przez podział fizyczny gruntu, sąd może obciążyć poszczególne części potrzeb-

¹⁹⁵ E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 120; A. Stelmachowski, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. III: *Prawo rzeczowe*, red. T. Dybowski, Warszawa 2007, s. 306–307.

¹⁹⁶ Co do służebności gruntowej i osobistej drogi koniecznej szerzej: B. Burian, *op. cit.*, s. 452, 467; E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 120 i n., s. 135 i n., s. 727; E. Gniewek, *SPP*, s. 415, 438; J. Nadler, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 301–304.; J. S. Piątkowski, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. II: *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1977, s. 130 i n.

¹⁹⁷ J. S. Piątkowski, *op. cit.*, s. 136; A. Stelmachowski, *op. cit.*, s. 307–308.

¹⁹⁸ Szerzej zob. M. Bielecki, *Przejście „działki drogowej” na gminę przy podziale nieruchomości*, *Nieruchomości*, 2008, nr 9/121; http://www.nieruchomosci.beck.pl/index.php?mod=m_artykuly&cid=14&id=1352. Zob. także E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 106–107, 123.

¹⁹⁹ E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 146; J. Nadler, *op. cit.*, s. 306; J. S. Piątkowski, *op. cit.*, s. 142–143; A. Stelmachowski, *op. cit.*, s. 309.

²⁰⁰ Szerzej E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 147; J. Nadler, *op. cit.*, s. 307; J. S. Piątkowski, *op. cit.*, s. 143.

²⁰¹ E. Gniewek, *Komentarz* 2001, s. 694; E. Gniewek, *SPP*, s. 415; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 691.

nymi służebnościami gruntowymi (art. 212 zd. 2 k.c.). Sąd jest związany przy tym wspomnianym już przepisem art. 93 ust. 3 u.g.n.

Przepis art. 212 § 1 zd. 2 k.c. stosuje się również w przypadku działu spadku (art. 1035 k.c., art. 1037 k.c.)²⁰². W konsekwencji, jeżeli w skład spadku wchodził grunt, a wspólność majątku spadkowego zostaje zniesiona m. in. przez dokonanie fizycznego podziału gruntu pomiędzy współspadkobierców, sąd ma prawo ustanowić niezbędne służebności gruntowe. Analogiczne postanowienie może zapaść w razie podziału majątku wspólnego małżonków (art. 46 k.r.o. w zw. z art. 1035 w zw. z art. 212 § 1 zd. 2 k.c.)²⁰³.

Wskazane regulacje znajdują zastosowanie także wówczas, gdy przedmiotem podziału jest grunt zabudowany²⁰⁴.

W trybie postępowań działowych możliwe jest ustanowienie nie tylko służebności gruntowych, ale także osobistych, co jednak nie wiąże się z podziałem gruntu, ale może nastąpić na zgodny wniosek stron²⁰⁵.

D. Decyzja administracyjna. W toku postępowania wywłaszczeniowego mogą zaistnieć dwie grupy sytuacji uzasadniające ustanowienie służebności. Po pierwsze, art. 112 ust. 2 u.g.n. przewiduje możliwość wywłaszczenia nieruchomości przez pozbawienie albo ograniczenie prawa własności, użytkowania wieczystego lub innego prawa rzeczowego na nieruchomości. Tym ograniczeniem może być właśnie ustanowienie służebności²⁰⁶. Po drugie, zgodnie z art. 120 u.g.n., jeżeli zachodzi potrzeba zapobieżenia niebezpieczeństwu, wystąpieniu szkody lub niedogodnościom, jakie mogą powstać dla właścicieli albo użytkowników wieczystych nieruchomości sąsiednich wskutek wywłaszczenia lub innego niż dotychczas zagospodarowania wywłaszczonej nieruchomości, w decyzji o wywłaszczeniu ustanawia się niezbędne służebności²⁰⁷.

Zasadniczo wydaje się, że przywołane regulacje dotyczą możliwości ustanowienia służebności gruntowych. Wykładnia literalna nie ogranicza jednak możliwości ustanowienia służebności osobistych, lecz zważywszy na ich cel (alimentacyjny), należy stwierdzić, że raczej rzadko miałyby miejsce ustanowienie praw tego rodzaju²⁰⁸.

²⁰² E. Gniewek, *SPP*, s. 415; A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 691.

²⁰³ E. Gniewek, *SPP*, s. 415.

²⁰⁴ E. Gniewek, *Komentarz 2001*, s. 458.

²⁰⁵ E. Gniewek, *Komentarz 2001*, s. 459; E. Gniewek, *SPP*, s. 438.

²⁰⁶ K. A. Dadańska, *op. cit.*, s. 250–251; E. Gniewek, *Komentarz 2001*, s. 494; E. Gniewek, *SPP*, s. 416; por. także A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 692.

²⁰⁷ K. A. Dadańska, *op. cit.*, s. 251; E. Gniewek, *SPP*, s. 416. Por. także A. Wąsiewicz, *op. cit.*, s. 692.

²⁰⁸ Por. B. Burian, *op. cit.*, s. 452; E. Gniewek, *SPP*, s. 438.

5

W poddanych analizie porządkach prawnych przypisanie określonych rozwiązań jurydycznych służebnościom zależne było od intencji ustawodawcy. Ta z kolei warunkowana była treścią danego ograniczonego prawa rzeczowego, na którą wpływ miały warunki społeczno-ekonomiczne czasu, w jakim powstanie służebności określonych rodzajów było możliwe. Jednakże analiza treści poszczególnych służebności miałyby – jak stwierdza to w odniesieniu do prawa rzymskiego S. Wróblewski – wartość jedynie archeologiczną dla współczesnych²⁰⁹, a poza tym wykraczałyby poza ramy niniejszego opracowania. Niemniej jednak przybliżenie sposobów powstania służebności, poczynszy od regulacji obowiązujących ponad dwadzieścia pięć wieków temu, przez wielkie kodyfikacje cywilne oraz rodzime rozwiązania pozwoliło w sposób kompleksowy i komparatystyczny zarazem zestawzić znane na przestrzeni wieków sposoby powstania służebności. Zestawienie to wskazuje z kolei, iż w różnych okresach historycznych i w różnych regulacjach narodowych można zaobserwować analogiczne pojmowanie sposobów powstania służebności (czynność prawna, zasiedzenie, orzeczenie sądowe i administracyjne), co wpisuje się we współczesny sens rozumienia spuścizny myśli jurydycznej²¹⁰, którego istotą jest idea unifikacji europejskiego prawa prywatnego.

²⁰⁹ S. Wróblewski, *op. cit.*, s. 131.

²¹⁰ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *op. cit.*, s. 20.