

ZARYS NAUKI
O P O S I A D A N I U

JAKO

PODSTAWA DO WYKŁADU

POWSZECHNEGO PRAWA PRYWATNEGO AUSTRYACKIEGO

PRZEZ

Dr STANISŁAWA MADEYSKIEGO
Profesora Uniwersytetu Jagiellońskiego



KRAKÓW.

Nakładem Autora

Skład główny w Księgarni i K. Żupanskiego & K. J. Heumanna

DRUKARNIA UNIwersYTEtu JAGIELLOŃSKIEGO

Pod zarządem Adama Maryjana Kosterkiewicza

1887



43195



1180071164

PAd

TREŚĆ.

CZĘŚĆ I.

Wiadomości ogólne	od str 1 do str. 27
Literatura	" 1
O pojęciu posiadania (Begriff des Besitzes) §. 1	" 2
O prawnej istocie posiadania (Rechtliche Natur, d. juristische Wesen des B.) §. 2	" 7
Uzasadnienie prawnej ochrony posiadania (Grund des Besitzschutzes) §. 3.	" 11
O posiadaniu uprzywilejowanym (Der qualifizierte Besitz) §. 4.	" 15
O t. zw. prawie posiadania (Besitzrecht, Rechte des B. jus v. jura, com- moda, beatudines possessionis) §. 5	" 17
Terminologia ustaw i komentarów §. 6.	" 20
O t. zw. posiadaniu tabularnym (Tabularbesitz) §. 7	" 23

CZĘŚĆ II.

O nabyciu i utracie posiadania	od str. 27 do str. 48
Rozdział I. O podmiotach posiadania (Subjecte des Besitzes) §. 8.	" 27
Rozdział II. O przedmiotach posiadania (Objecte des B)	" 29
I. O rzeczach §. 9.	" 29
II. O prawach §. 10.	" 30
Rozdział III. O nabyciu posiadania (Erwerb des B)	" 34
W ogólności §. 11.	" 34
Oddział I. O nabyciu posiadania rzeczy (Erwerb des Sachbesitzes)	" 35
A) Objęcie w posiadanie (Apprehension, Besitzergreifung) §. 12	" 35
I. Zawładnięcie (Occupation) §. 13	" 37
II. Tradycja (Tradition) §. 14.	" 37
1. O tradycji właściwej (tr. vera s. propria) §. 15.	" 38
2. O tradycji t. zw. zmyślonej (tr. ficta, tr. longa manu, brevi manu Con- stitutum possessorium) §. 16	" 39
3. O tradycji niewłaściwej cz. symbolicznej (tr. impropria s. symbolica, symbolische Trad. Übergabe durch Zeichen) §. 17.	" 40
B) Wola posiadania (Besitzwille)	" 42
I. Nabycie przez własną czynność (Erwerb durch eigene Handlung) §. 18	" 42
II. Nabycie przez zastępcę (Erwerb durch Stellvertreter, Repräsentanten) §. 19.	" 43
Oddział II. O nabyciu posiadania praw (Erwerb der Rechtsbesitzes) §. 20	" 44
Oddział IV. O utracie posiadania §. 21	" 46

CZĘŚĆ III.

O ochronie posiadania	od str. 48 do str	70
Rozdział I Przedmiot ochrony (Gegenstand) §. 22	„	48
Rozdział II Przyczyna ochrony (Veranlassung) §. 23	„	50
Rozdział III Cel ochrony (Zweck, Ziel) §. 24	„	53
Rozdział IV. Środki ochrony (Schutzmittel)	„	54
Pogląd historyczny §. 25	„	54
I Skarga o utrzymanie posiadania (Besitzstörungsklage) §. 26	„	57
II. Skarga o przywrócenie posiadania (Besitzentsetzungs, Besitzentziehungs- klage) §. 27	„	58
III Zarządzenia tymczasowe (Provisorische Verkehungen) §. 28	„	60
IV. Zarzuty w sporze possessoryjnym (Einreden im Besitzprozess) §. 29	„	61
V Skutek orzeczenia possessoryjnego (Wirkung des possess. Erkenntnis- ses) §. 30	„	66
VI. Skarga o zaprzestanie budowli (Einspruch gegen Bauführungen, operis novi nunciatio) §: 31	„	68
VII Skarga o zabezpieczenie od grożącej szkody (Cautio damni infecti) §. 32	„	69



O posiadaniu. (Der Besitz).

CZĘŚĆ I.

Wiadomości ogólne.

L i t e r a t u r a.

Randa, Der Besitz mit Einschluss der Besitzklagen nach österr. Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preussischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches. Wyd. 3 r. 1879. Monografia systematyczna wyczerpująca.

Z pomiędzy nader licznych prac literackich o posiadaniu zasługują nadto na szczególną uwagę: w dziedzinie powszechnego prawa niemieckiego: *Savigny*, Das Recht des Besitzes. Wyd. 7. (pośmiertne) Rudorffa r. 1865. *Bruns*, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart r. 1848. *Ihering*, Über den Grund des Besitzschutzes. Wyd. 2 r. 1869. *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz. Wyd. 1 r. 1875—1876. *Piniński*, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinen Recht. T. I r. 1885.

Zaś w dziedzinie prawa austriackiego: *Canstein* w czasopiśmie Grünhuta „Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht“ rozprawa: der Besitzschutz nach österr. Recht. Tomy V i VI. także osobne odbicie r. 1868. *Krainz*, System des österr. allgemeinen Privatrechts Wyd. 1 (pośmiertne) Pfaffa T. I r. 1885.

Die Regulirung der Parteirollen oder der Besitzerschutz §§. 166—187 Grundriss; także §§. 30, 166—187 Ausführungen. Wspomnieć wreszcie wypada o najświeższej pracy osnutej na oryginalnych poglądach zasadniczych: *Burckhard*, System des österr. Privatrechtes III. Theil, I. Abtheil. Besitz 1885.

Zresztą literaturę szczegółową podają w dziełach wzmiankowanych najdokładniej: *Savigny*, *Randa*, *Meischeder*, *Kraenz* i *Burckhard*.

§. 1.

O pojęciu posiadania.

(Begriff des Besitzes).

Posiadaniem w znaczeniu pospolitém nazywamy ten stan, mocą którego ktoś przedmiot jakiś „aktualnie“ „dzierży“ (*Linde*, słownik IV str. 370—371).

„Fakt dokonany“ jest pierwiastkiem, który w życiu społeczeństw w ogóle gra rolę bardzo ważną. Z nim przeto i prawo jako ład zewnętrzny w społeczeństwie koniecznie liczyć się musi. Ztąd pochodzi to dziejowe zjawisko, że i w dziedzinie prawa prywatnego sam fakt, iż posiadanie jakieś istnieje, zdobył sobie pewne uznanie (Anerkennung). Uznanie to polega na tém, że bez względu czy stan posiadania odpowiada ostatecznym celom i zasadom prawa (przedmiotowego) czyli nie, jako stan aktualnie istniejący doznaje on od prawa ochrony¹⁾ (Besitzerschutz), której celem jest utrzymanie status quo (§§. 339, 344—347. Ochrona possessoryjna Besitzerschutz, Rechtsschutz des Besitzes).

¹⁾ Besitzerschutz tłumaczą zazwyczaj: obrona posiadania — tak np. *Zielonacki* w Pandektach. Jednakże wyraz „obrona“ zawiera w sobie pierwiastek znamionujący „odpieranie zaczepki“. Dla tego przyjęto go powszechnie na określenie zachowania się pozwanego w sporze, kiedy skargę odpiera. Tymczasem posiadacz działający przeciw naruszeniu posiadania występuje prawidłowo w roli powoda. Za odpowiedniejszy uważam przeto wyraz „ochrona“ który *Linde*, Słownik T III str. 435 tłumaczy „Schutzmittel“.

Lecz nie każdemu „aktualnemu dzierzeniu“ daje prawo taką ochronę.

Już za czasów cesarstwa rzymskiego odróżniali prawnicy posiadanie (*possessio*, *Besitz*, *juristischer Besitz*) od dzierżenia (*in possessione esse* — *Detention*, *Innehabung*). Odtąd „posiadanie“ stało się pojęciem prawnym służącym do określenia takiego stanu, któremu prawo daje swoją ochronę. Zaś „dzierzenie“ zostało pojęciem pospolitým (nie prawným) i określa taki stan, któremu prawo ochrony swój nie daje. Na czém polega istotna różnica tych dwóch pojęć według prawa rzymskiego, o to spierają się i dzisiaj jeszcze uczeni. Natomiast w dziedzinie powszechnego prawa różnica ta dzisiaj już zupełnie jest jasną.

Jasność tę nauka zawdzięcza w pierwszym rzędzie *Savignyemu*. Autor ten w słynnej monografii swojej o posiadaniu, której wydanie 1. jeszcze w roku 1803. wyszło, z pod literackich naleciałości wydobył zdrowe pojęcia prawa rzymskiego i jakkolwiek nie rozwinął ich konsekwentnie, przecież pchnął naukę stanowczo na nowe tory. Weszli na nie odtąd wszyscy uczeni. Między tymi najznakomitsze zasługi położyli niewątpliwie: *Bruns*, *Ihering* i *Randa*.

(Posiadanie rzeczy, *Sachbesitz*). Rzymscy prawnicy, gdy mówią o dzierzeniu (*in possessione esse*) lub téż o posiadaniu (*possessio*), mają na myśli jako przedmiot jedynie rzeczy zmysłowe (*körperliche Sachen*) „quia nec possideri intelligitur jus incorporale“. Dla tego téż i Romaniści zajmując się rozpoznaniem istoty dzierżenia i posiadania, biorą zawsze za podstawę tylko dzierzenie i posiadanie rzeczy zmysłowych.

W tém ograniczeniu pod względem przedmiotu nauka rozumie przez dzierzenie: aktualne władztwo osoby nad rzeczą (*thatsächliche, factische, reale Herrschaft, Macht, Gewalt*). Jeżeli zaś aktualne władztwo (*corpus*) tego jest rodzaju, że odpowiada treści prawa własności, a osoba, której to władztwo służy, ma wolę wykonywania go tak jak je wykonywa właściciel (*animus domini exercendi, a. domini, a. possidendi*, także krótko: *animus, Eigenthumswille, Besitzwille*) wtedy nauka mówi o posiadaniu rzeczy (*Sachbesitz*).

W tém ograniczeniu pod względem przedmiotu posiadanie (rzeczy) przedstawia się jako aktualna możność wykonywania treści

prawa własności. Posiadanie rzeczy treścią swoją odpowiada aktualnej treści własności. Różnica na tém polega, że własność jest władztwem „prawném“ (rechtliche Herrschaft) zaś posiadanie jest władztwem „aktualném“ (thatsächliche Herrschaft). Ono jest jak gdyby wykonywaniem treści własności pomyslaném w oderwaniu od samego prawa własności. Ten ścisły związek zachodzący między posiadaniem rzeczy a własnością pod względem treści pomimo oderwania posiadania od prawa własności, spostrzegł już *Savigny*, jednak nie przeprowadził go konsekwentnie. Pojął go trafnie już *Bruns*, ale powszechnie uznanie, że ta zawisłość od treści prawa należy do istotnych znamion pojęcia posiadania, nauka zawdzięcza głównie ясному, przekonywającemu i szczególnie silnym wywodom *Iheringa*. Autor ten dla określenia tego przymiotu posiadania, używa wyrażenia że „posiadanie rzeczy jest aktualnością własności“ (Thatsächlichkeit des Eigentums) zaś *Windscheid* wspomina że ono „jest aktualném odbiciem własności“ (thatsächliches Abbild).

Definicja posiadania, jaką podaje kodeks cyw. austr. w §-fie 309 zawiera wszystkie te istotne znamiona, których nauka dla pojęcia posiadania wymaga. Definicja ta nosi jednak na sobie cechę swojego czasu, jest bowiem tak ułożoną, jak gdyby i kodeks podobnie jak prawo rzymskie tylko rzeczy zmysłowe jako przedmiot posiadania uznawał.

[§§. 309 „als die seinige“ 326 „für die seinige“ w por. z 353—362. Wyraz „behalten“ §. 309 błędny zamiast „behandeln“.]

Tymczasem w prawodawstwie téj epoki, w której przypadła kodyfikacja austr., pojęcie posiadania nie ograniczało się bynajmniej do rzeczy zmysłowych.

(Posiadanie praw, Rechtsbesitz). Już bowiem prawnicy rzymscy stosowali pravidła o posiadaniu do stanu aktualnego wykonywania treści tych praw, które jura in re nazywali mianowicie: służebności, superficies, emphyteusis. W takiém aktualném wykonywaniu treści tych praw, połączoném z wola wykonywania jój tak jak prawo nie uznawali prawnicy rzymscy posiadania, bo ono pojęciem swoim wykluczało animum domini. Ale dostrzegli, że stan taki ma istotne podobieństwo do posiadania. Dla tego uznali go jako „analogon“ posiadania, nazwali „juris quasi possessio“ i przyznali mu korzyść prawnej ochrony tak jak gdyby on był posiadaniem.

W dalszym rozwoju stosunków i urzędów społecznych prawo kanoniczne rozszerzało coraz bardziej zakres pojęcia posiadania, obejmując niemi z kolei: duchowne i świeckie prawa supremacji nad terytoryami i gminami, dalej kościelne godności i urzędy, prebendy, dziesięciny i inne ciężary gruntowe, a nawet w końcu stosunek małżeński. Tendencję taką tłumaczy uczuwana podówczas konieczność utrzymywania ciągłego ładu w zarządzie kościelnym tudzież w środkach do wykonywania tego zarządu potrzebnych. Ażeby ten cel osiągnąć stale, bez przerw i stanowczo, nie brano względu na prawo, ale gdy tylko istniał stan aktualnego wykonywania takich stosunków, stanowi temu dawano ochronę possessoryjną.

Za prawem kanonicznem poszła praktyka powszechnego prawa. Tak więc pod pojęcie posiadania poddano jako przedmiot prócz rzeczy zmysłowych także i prawa jako rzeczy niezmysłowe (unkörperliche Sachen). Skutkiem tego oczywiście i definicya, którą nauka ułożyła pierwotnie dla określenia rzymskiego posiadania rzeczy (Sachbesitz), musiała w prawie nowoczesnem doznać odpowiedniego rozszerzenia, ażeby mogła w sobie pomieścić także pojęcie posiadania praw (Rechtsbesitz). Pod względem rozświetlenia nowoczesnej nauki o posiadaniu praw *Randa* znakomite położył zasługi.

(Posiadanie w ogóle Gesamtbegriff des Besitzes). W tém ogólném pojęciu bez ograniczenia pod względem przedmiotu nauka nowoczesna rozumie przez posiadanie: aktualne władztwo osoby nad pewnym przedmiotem, odpowiadające treści pewnego prawa i połączone z wolą wykonywania go dla siebie, tak jak je wolno wykonywać temu, komu co do tego przedmiotu służy dotyczące prawo.

Tak więc jak posiadanie rzeczy jest aktualném odbiciem prawa własności, tak posiadanie pewnego prawa jest aktualném odbiciem tego prawa. Każde posiadanie odpowiada treści tego prawa, które jest przedmiotem posiadania. Posiadanie rzeczy jest właściwie posiadaniem prawa własności. Posiadanie — pojmowane w znaczeniu podmiotowém — jestto aktualna możność wykonywania treści pewnego prawa; — zaś pojmowane w znaczeniu przedmiotowém — jestto stan aktualnego wykonywania treści pewnego prawa.

Miedzy posiadaniem a dotyczącem prawem niema żadnej zależności wzajemnej co do istoty, owszem pojęcie posiadania wymaga tego, ażeby je od prawa zupełnie oderwać. Natomiast pod względem treści pomiędzy posiadaniem a dotyczącem prawem zachodzi związek zupełnie ścisły. Ztąd płynie ta ważna konsekwencja logiczna: że takie władztwo, które nie może być treścią jakiegoś prawa, nie może także stanowić posiadania (n. p. władztwo znaleźć nad rzeczą znaną).

Z drugiej znów strony posiadanie uważane przedmiotowo przedstawia się jako stan trwający. Dla tego nie każde władztwo, które może być treścią jakiegoś prawa, zdolne jest uzasadnić posiadanie. Takie bowiem władztwo, które polega na działaniu jednorazowem, chociażby stanowiło przedmiot pewnego prawa, nie nada się bynajmniej do posiadania (n. p. wierzytelność z kontraktu pożyczki płynąca).

Że pojęcie posiadania w tej ogólnej rozciągłości, w jakiej je nowoczesna nauka rozwinęła, odpowiada całkowicie postanowieniom naszego kodeksu, nie ulega wątpliwości. (§. 311. „unkörperliche S.“ w por. z 292 §§. 312. „oder Rechte“. 313. 314. „Rechten“ 351. „Rechten“ także 1469. — 1471.)

Oryginalne poglądy *Burckharda*: a) *Sachbesitz-Haben und Behalten* wolien bez animus domini (dzierżenie bez żadnego prawa, właściciela, t. zw. właściciela użytkowego, użytkowcy, użytkownika, najemcy, dzierżawcy, sekwestratora, zastawnika, jeżeli mają wolę „zatrzymania“ rzeczy) — skutek: wolność od skargi wywoławczej i zwykła ochrona possessoryjna; b) zaś co innego *Rechtsbesitz*, także prawa własności-*Möglichkeit der Ausübung eines Rechtes als Recht* — skutek: wolność od skargi wywoławczej, *Actio publiciana* jako szczególna ochrona possessoryjna i zdolność do zasiedzenia.

Dwa są zatem istotne znamiona posiadania:

1) po pierwsze, *corpus* - takie władztwo aktualne osoby nad przedmiotem:

a) które może stanowić treść pewnego prawa, tudzież

b) które ma w sobie pierwiastek trwania (*Dauer*);

2) po drugie, *animus* - wola wykonywania władztwa tak jak je wolno wykonywać osobie, której dotyczące prawo rzeczywiście służy.

1) a) Do posiadania rzeczy niepotrzeba „cielesnego dotykania się rzeczy“ (zapatrywanie przed Savignym), ani też tego stanu, mocą którego „można dowolnie każdej chwili ponawiać fizyczne władanie rzeczą“ (*Einwirkung*) (zapatrywanie Savigniego i po Savignym do Iheringa) n. p. byłoby pasące się w polu bez obecności posiadacza bydła.

Objaw zewnętrzny ocenia się podług rozumnego względu na zwykłe wykonywanie treści prawa: praktyka życia i взгляд na poszanowanie cudzego mienia n. p. położenie nawozu na posiadanym gruncie, a przeciwnie położenie pugilaresu na takimże gruncie.

b) Trafne wyrażenie w §. 309 „Macht oder Gewahrsame“, trafne pojmowanie w §. 352. „Abwesenheit“ „Unfähigkeit“.

2) Nie potrzebna do posiadania rzeczy opinio dominii §. 326.

Trafnie w §. 312 „im eigenen Namen“ (animus sibi habendi, suo nomine) zaś przeciwnie w §. 318 „im Namen eines Anderen“ (alieno nomine). N. p. zastawnik, użytkowca, dzierżawca są dzierzycielami rzeczy (alieno nomine) posiadaną przez właściciela a oraz posiadaczami prawa zastawu, użytkowania, dzierżawy (suo nomine).

§. 2.

O prawnej istocie posiadania.

(Rechtliche Natur, d. juristische Wesen des B.)

Posiadanie jest stosunkiem aktualnym (faktycznym, factisch, thatsächlich), który ma tę osobliwość, że prawo (przedmiotowe) uznaje go bez względu na to, czy on schodzi się z prawem (podmiotowym) u jednego podmiotu, czy też od tego prawa jest oderwany. Posiadanie doznaje ochrony prawnej (Besitzschutz) tylko z tego powodu, że jest stanem istniejącym, a nie dla tego, jakoby było prawem, owszem chociażby nawet było bezprawiem.

Tak pojmowała prawną istotę posiadania dawniejsza nauka. W r. 1639 *Hahn* napisał rozprawę „Diss. inaug. de jure in re“, w której usiłował wykazać, że posiadanie jest prawem na rzeczy, jus in re. Rozprawa ta przysporzyła zdaniu autora wcale liczny zastęp zwolenników.

Wywody *Hahna* i jego zwolenników zbił *Savigny* tak jasno i przekonywająco, że odtąd nauka poszła przeważnie za jego zdaniem. [Savigny sam wyraża się wprawdzie o posiadaniu „Besitz ist Factum und Recht zugleich“ ale przez „Recht“ rozumie on tylko ten skutek prawny, że naruszenie posiadania wydaje samodzielne roszczenie obligatoryjne zaskarżalne osobną drogą interdyktów. Samego posiadania jednak za prawo nie poczytuje, owszem upatruje w niem tylko „eine Bedingung von Rechten“.]

Nie brakło jednak i po Savignym autorów, którzy ujmowali się za prawną istotą posiadania. Zaś odkąd *Ihering* wypowiedział stanowczo zdanie, że posiadanie jest prawem, dawny spór odżył w nauce na nowo.

Nowsi autorowie pojmują przeważnie prawo posiadania jako prawo tymczasowe (*vorläufiges, provisorisches R.*) i definiują takowe jak następuje: ¹⁾ „jesto prawnie uznana i chroniona moc (*Macht*), wykonywania i zatrzymania w imieniu własném pewnego stanowczego prawa majątkowego (*definitives Vermögensrecht*), które się nabyło zapomocą objęcia w posiadanie (*Besitzergreifung* albo następstwa *Succession*), a to na tak długo, dopóki ono drogą prawa (*in Form Rechtens*) nie zostanie odjętém“.

Źródło kontrowersyi naukowej o określeniu istoty posiadania nie leży w różném pojmowaniu samej jego istoty. Zdaniem mojem źródła tego należy szukać w pytaniu: dla czego posiadanie doznaje ochrony prawnej? (por. §. 3. n.) Przy rozbieraniu tego pytania nasuwa się myśl, że skoro ochrona prawna służy w zasadzie tylko prawom (podmiotowym) a posiadanie także tej ochrony doznaje, to i posiadanie wypada poczytać za prawo.

Z drugiej strony definicya, jaką autorowie dla określenia pojęcia praw podmiotowych zwykle podają, tak jest rozciągłą, że i posiadanie da się w niej pomieścić. Definicja ta bowiem zowie prawem „wszelkie władztwo osoby nad rzeczą prawnie uznane i prawnie chronione“; zaś *Ihering* uznaje jako prawo „każdy interes, który prawnej ochrony doznaje (*jedes rechtlich geschütztes Interesse*)“.

W części ogólnej mojego wykładu przyjąłem dla określenia prawa podmiotowego za *Krainzem* następującą definicyę: jestto władztwo osoby nad pewnym przedmiotem z prawa przedmiotowego wypływające i przez to prawo stanowczo (*definitiv*) uznane.

Nie tutaj miejsce do szczegółowych wywodów nad definicyą „prawa podmiotowego“. Wystarczy jeżeli nadmienię, że idąc w zasadzie za zdaniem w nowoczesnej nauce zawsze jeszcze przeważającym, i biorąc wzgląd na powszechne w społeczeństwie wyobra-

¹⁾ Definicja *Cansteina*, V. str. 749.

żenia o prawie w ogólności niepodobna przyznać trafności takiej definicyi „prawa“, w której mieści się także zdobycz złodzieja i rozbójnika, a to dla tego tylko, że ten ład zewnętrzny w państwie, który prawem przedmiotowém zowiemy, musi chwilowo powagą swoją ochraniać fakt przez to dokonany, że złodziej czy rozbójnik wszedł w aktualne władztwo nad jakimś mieniem; że z tego mienia niepodobna go na razie wyzuwać, zanim się okaże dowodnie, kto do niego ma rzeczywiste prawo w tém rozumieniu, jak takie prawo z celów i zasad prawnego ładu w państwie wypływa i przez takowy stanowczo jest uznane.

Lecz czybyśmy posiadanie „prawem“ nazwać chcieli, czyli nie, to ostatecznie istoty posiadania w niczém zmienić nie zdoła. Istotą zaś swoją posiadanie różni się niewątpliwie od wszelkich praw podmiotowych. Ono w prawie prywatném podpada zupełnie innym prawidłom aniżeli wszelkie prawa podmiotowe, nie jest więc w istocie swojej prawem ale stosunkiem odrębnym, od praw różnym.

Posiadanie ma dwa znamiona prawom właściwe, mianowicie: raz to, że i ono z prawa przedmiotowego wypływa; powtóre to, że je prawo przedmiotowe uznaje. Niedostaje jednak posiadaniu trzeciego istotnego znamienia prawom właściwego, a tém jest zgodność z ostatecznemi celami i zasadami prawa przedmiotowego, tudzież wypływające ztąd „uznanie stanowcze“ w témże prawie. Ochrona prawna posiadania nosi na sobie charakter tymczasowy: jój celem jest utrzymanie istniejącego stanu na razie. Stanowcze uznanie tego stanu i stanowczą ochronę taką, jaka służy prawom odrazu dla tego że są prawami, zachowuje prawo (przedmiotowe) na tę chwilę, kiedy się okaże, że stan aktualny posiadania chwilowo utrzymany schodzi się w osobie posiadacza z prawem (podmiotowém). Wtedy jednak prawo da stanowczą ochronę (stanowcze uznanie) już nie posiadaniu ale bez względu na posiadanie prawu. Jeżeli bowiem w takim rozpoznaniu rzeczy (in petitorio) okaże się, że prawo było od posiadania oderwane i że służy innéj osobie a nie posiadaczowi, natenczas ustanie tymczasowe uznanie posiadaniu (in possessorio) dane. Ono musi ustąpić uznaniu danemu prawu, bo to uznanie jest jedynie stanowczém, ostatecznie rozstrzygającym (definitiv).

Austryacki kodeks cywilny nazywa posiadanie „prawem“ i zalicza je między prawa „rzeczowe“ (§. 308 tudzież napis nad I. Rozdz. I-go Działu prawa majątkowego „Von den dinglichen Rechten“). Redaktorowie kodeksu działali tu widocznie pod wpływem powagi zdania, któremu w ówczesnej nauce utworował drogę *Hahn* swoją rozprawą. Wpływała tu jednak i inna jeszcze okoliczność. Wiadomo (z części ogólnej wykładu) że redaktorowie przy układaniu systemu dla kodeksu z mylnego wyszli założenia. Oni nie rozdzielili materii prawa podług stosunków prawnych (*Rechtsverhältnisse*). Ale mając na oku podmioty uprawnione zapatrzili się w tę atmosferę prawną, która podmioty otacza. Tutaj prawa i obowiązki osób ujrzawszy, podług tych całą materię prawa rozdzielili. Ponieważ jednak nie każdy stosunek prawny wydaje z siebie prawa i obowiązki, dla tego wypadło takie stosunki w systemie kodeksu albo opuścić, albo też do praw zaliczyć. Tą ostatnią drogą poszli nasi redaktorowie. A ponieważ posiadanie z istoty swojej niema żadnego podobieństwa do t. zw. praw osobowych ani też do praw osobistych, zaś z prawami rzeczowymi łączy je to podobieństwo, że ochrona posiadaniu dana działa tak, jak działają prawa rzeczowe przeciwko każdemu, kto stosunek ten naruszy, dla tego redaktorowie zaliczyli posiadanie wprost do praw rzeczowych.

Mimoto podobnie jak w wielu innych wypadkach tak i tutaj teoretyczny ten błąd kodeksu pozostał nieszkodliwym. Redaktorowie nie wysnuli z niego żadnych konsekwencyj praktycznych. Owszem praktyczne przepisy szczegółowe kodeksu rozwijające materię o posiadaniu odpowiadają w tej mierze zapatrywaniom powszechnej nauki. Posiadanie w prawie austr. podlega zasadom zupełnie innym aniżeli wszelkie prawa, a zwłaszcza też prawa rzeczowe.

[**Różnica:** I. Co do nabycia: 1) praw rzeczowych w ogóle: *titulus* i *modus acquirendi* §§. 380. 424. 425. 449. 451—455. 480. 481. Natomiast co do nabycia posiadania n. p. §. 316 i napis do tegoż (*unrechtmässiger Besitz*.)

2) praw rzeczowych na nieruchomościach tabularnych §§. 431. 445. Natomiast co do nabycia posiadania pomimo §. 445 dekr. nadw. z d. 1 Lipca 1835. l. 51. zb. u. s.

II. Co do przenoszenia: praw rzeczowych (*Succession*). §§. 424. 547. 426—439.) Natomiast co do posiadania §§. 312—315.

III. Co do utraty: praw rzeczowych §§. 444. 445. Natomiast co do posiadania §§. 349. 351. 352.]

Posiadanie nie jest zatem prawem ale jest stosunkiem aktualnym, z którym prawo przedmiotowe łączy skutek prawny, polegający na tém, że kto istniejący stosunek posiadania naruszy, przeciwko temu służy posiadaczowi ochrona prawna (*Rechtsschutz des Besitzes*) ¹⁾.

§. 3.

Uzasadnienie prawnej ochrony posiadania.

(*Grund des Besitzschutzes.*)

Rzymscy prawnicy nie zajmowali się badaniem pytania: dla czego prawo łączy z posiadaniem ten skutek, że mu daje prawną ochronę?

Zjawisko to jednak w istocie tak jest zagadkowe, że musiało późniejszą naukę pobudzić koniecznie do szukania zasady, któraby je wytłumaczyć i usprawiedliwić zdołała.

Złodziej lub rozbójnik popełnia czyn prawem zabroniony i podlega karze. Zaś posiadania téj samej rzeczy, którą ukradł lub zdobył rozbójem, prawo naruszać nie pozwala, a gdy je samowładnie naruszono lub odebrano, daje skargę na to, ażeby je ochronić czy przywrócić. Czém wytłumaczyć tę sprzeczność?

Uzasadnienie prawnej ochrony posiadania może być dwojaki: albo historyczno-dogmatyczne, albo téż filozoficzne. W pierwszym przypadku wykrywa ono tę zasadę, która pewnemu prawu obowiązującemu służyła rzeczywiście za pobudkę prawodawczą (*ratio legis*). W przypadku drugim rozchodzi się o wykrycie takiej zasady, która bez względu na pewne prawo obowiązujące, zdolną jest usprawiedliwić prawną ochronę posiadania jako zjawisko w dziedzinie prawa w ogóle, a więc ze względu na istotę cele i zasady prawa prywatnego jako pojęcia ogólnego.

¹⁾ Co do bliższych szczegółów téj kontrowersyi (zdania różnych autorów i polemiczne wywody za zdaniem, że posiadanie jest prawem) *Ob. Canstein*, V. str. 719—757.

Takiem filozoficznem badaniem powyższego pytania zajmuje się nauka gorliwie i wytrwale, pomimo że niektórzy uczeni zrażeni różnorodnością a w niektórych okresach literatury, rzec można, zamętem zdań, jakie wyłoniły się już dotąd pod tym względem, zerzekli się nadziei, iżby nauka dojść mogła kiedykolwiek do wyników jasnych, pewnych i powszechnie przekonywających. Takie badanie naukowe nie jest bynajmniej zajęciem bezpłodnem. Idzie tu bowiem o pytanie pod względem prawodawczym — a więc praktycznym — w każdej chwili i w każdym państwie bardzo doniosłe: czy ochrona posiadania potrzebną jest w dziedzinie prawa prywatnego czyli nie?

Teorye, które nauka dotąd w tym przedmiocie wydała, *Ihering* podzielił tak, jak dzielią się pospolicie teorye karne, t. j. na bezwzględne (absolute Th.) i względne (relative Th.) stosownie do tego, czy zasada, która ochronę posiadania ma usprawiedliwić, podług zapatrywania dotyczącej teorii tkwi w samej istocie posiadania, czy też w jakim innym, względzie do istoty posiadania nie-należącym, a więc we względzie na coś, co znajduje się poza obre-
bem posiadania. Z pomiędzy tych teoryj najważniejszymi są:

I. Teorye bezwzględne.

1) Teorya woli (Willenstheorie) w nowszej nauce najwięcej rozpowszechniona. Zaliczają ¹⁾ do niej autorów: *Gans*, *Puchta*, dawniej *Bruns*, *Windscheid*. Sam do niej liczy się *Randa*. Zdaniem

¹⁾ Wstrzymuję się od wyrzeczenia, kogobym sam do której teorii zaliczył i poprzestaję na wzmiance, jak którego autora inni zaliczają. Czynie to dla tego, ponieważ u wielu autorów zwłaszcza starszych znalazłem albo taką niejasność w wyrażeniu myśli, albo takie połączenie kilku zasad, z których każda w dzisiejszej nauce osobną teorię wytworzyła, że często brakuje pewnej podstawy do stanowczego ocenienia, czy autor był rzeczywistym zwolennikiem jednej czy drugiej teorii, czy tym kilku zasadom, które przytacza, przypisywał równą wagę, czy jedną z nich uważał za stanowczą, a inne za podrzędne i posiłkowe. A to tém bardziej, że wtenczas, kiedy autorowie zdania swoje wypowiadali, nauce jeszcze nie był znany ten ścisły podział teoryj podług pojedynczych zasad, który *Ihering* dopiero do nauki wprowadził. Tém tłumaczy się n. p. fakt następujący: *Savignyego* zaliczają zwykle do zwolenników teorii występku, zaś *Puchtę* do zwolenników teorii woli. Tymczasem *Savigny* w W. 7, str. 62 krytykując zapatrywanie *Puchty* nadmienia: „Nie mogę uznać, ażeby takie usprawiedliwie-

tęj teorii posiadanie dla tego trzeba ochraniać, ponieważ w niem urzeczywistnia się wola człowieka, jego osobowość (Persönlichkeit).

2) Teorya porządku społecznego ¹⁾ (Th. der thatsächlichen Gesellschaftsordnung). Tutaj zaliczają autorów: *Stahl, Dernburg, Büchel*. Ta teorya upatruje w posiadaniu urzeczywistnienie aktualnego (thatsächlich) porządku społecznego, który, chociaż jest niższy stopniem od porządku prawnego, przecież, skoro jest porządkiem, wymaga tego, ażeby go chronić przed naruszeniem.

II. Teorye względne.

1) Teorya występku (Delictstheorie). Zaliczają do niej autorów: *Savigny, Rudorff, Brinz*. Zwolennicy tej teorii widzą w samowładnym naruszeniu posiadania występki (Delict), którego prawo nie może cierpieć, dla tego musi dać posiadaniu ochronę.

[Odcień prawno-prywatny: nietykalność osoby, Unverletzlichkeit der Person, Savigny. Odcień prawno-publiczny: zakłócenie spokoju publ. Friedensbruch, zakaz własnej pomocy, Verboth der Selbsthilfe, Rudorff.]

2) Teorya spokoju publicznego (Erhaltung der öff. Ordnung und Ruhe) *Randa*, str. 272 wymienia austr. komentatorów tudzież *Neunera* i *Cosaka* jako przedstawicieli osobnej teorii, która uzasadnia ochronę posiadania li tylko potrzebą zachowania publicznego porządku i spokoju.

[Por. jednak teoryę występku odcień prawno-publiczny.]

3) Teorya własności ²⁾ (Eigenthumstheorie) ze wszystkich najstarsza, jeżeli odniesiemy ją do pierwszych chociaż nie sformułowanych jeszcze początków, które sięgają w bardzo daleką przeszłość. Mianowicie u najstarszych autorów napotykamy już myśl mniej lub więcej stanowczo wypowiedzianą, że posiadanie rzeczy można uważać za domniemaną (lub zaczynającą się) własność

nie ochrony posiadania (Puchty) różniło się co do istoty (wesentlich) od mojego". I *Randa*, str. 273. uw. 1c) zwraca już uwagę na to, że niektórzy autorowie łączą kilka zasad razem, przytaczając jako takich *Gansa* i *Windscheida*.

¹⁾ Nazwę tę przyjąłem ażeby ułatwić przegląd wszystkich teoryj. W literaturze jej niema.

²⁾ Nazwy tej literatura nie zna — por. uw. 1)

i że ze względu na własność jako prawo wypada posiadaniu dać ochronę prawną. Teorię tę sprostował, jasno sformułował i rozwinął *Ihering*. Uczony ten utrzymuje, że posiadanie jest jakoby warownią własności (*Eigentumsposition*), że ochrona posiadania jest ułatwieniem dowodu własności i stanowi w ten sposób niezbędne uzupełnienie ochrony samej własności.

Do teorii tej zaliczają prócz *Iheringa*, pomijając liczny zastęp dawniejszych pisarzy, także następujących: *Gans*, *Trendelenburg*, *Hauser*, *Meischeider*.¹⁾

4) Teorya procesowa²⁾ z wszystkich najmłodsza — sformułował ją *Krainz*, który, jak to sam nadmienia, znalazł dla niej podstawę w myślach poprzedników: *Thibaut*, *Vangerow*, *Arndts*, *Windscheid*. Zdaniem Krainza przyczyna ochrony posiadania tkwi w potrzebie wynikającej z zasad procesowych. Kardynalną zasadą procesu cyw. jest правило: „actore non probante reus absoluitur.”

Ta zasada może wejść w zastosowanie tylko wtenczas, jeżeli posiadacz prawa, o które toczy się spór, będzie miał zapewnioną rolę pozwanego. Tymczasem gdyby prawo cierpiało samowolne wyzucie posiadacza z posiadania, w takim razie posiadacz utraciłby rolę pozwanego, a musiałby przyjąć rolę powoda. Potrzeba więc ochraniać posiadanie jako stan istniejący dla tego, azeby zachować stronom na wypadek sporu o prawo te role, których wymaga kardynalna zasada procesowa „actore non probante reas absoluitur.”

Zdaniem mojem trafną jest teorya procesowa.

[Przedewszystkiem jasną jest rzeczą, że kto posiadanie poczytuje za prawo, ten konsekwentnie nie powinien uznać żadnej z teoryj względnych (przeciwnie postąpił *Ihering*). Natomiast kto w posiadaniu nie uznaje prawa, ten konsekwentnie nie powinien uznać żadnej z teoryj bezwzględnych (przeciwnie

¹⁾ Dotąd wyliczone teorie przedstawiłem podług podziału *Randy. Ihering* str. 6 przytacza jeszcze dwie inne teorie względne, które dla tego pomijam, że nie pociągnęły za sobą wprost zwolenników. Ich twórcami byli *Thibaut* i *Roder*. To jednak nadmienić mi wypada, że myśl przewodnia obudwóch tych teoryj dotyczy najbliższej tej zasady, która stanowi podstawę procesowej teorii *Krainza*. (ustęp 4. II. w tekście).

²⁾ Nazwy tej literatura nie zna — (por. uw. 1) str. 13.

postąpił *Randa*).¹⁾ Jeżeli bowiem posiadanie jest prawem, to przecież mu się jako takiemu należy równa ochrona, po cóż się oglądać za jakąś inną potrzebą? Jeżeli zaś posiadanie nie jest prawem, to niepodobna w niem samém szukać takiej przyczyny. Bo jakżeż istota stosunku, który nie jest prawem zdoła sama z siebie usprawiedliwić skutek, który tylko prawem jest właściwy? Widocznie musi tu zachodzić wzgląd na jakiś pierwiastek, który leży poza istotą posiadania i wprost z prawa przedmiotowego płynie.

Tylko teoria procesowa zdoła zd. m. wytłumaczyć i usprawiedliwić to zjawisko, które właściwość ochrony possessoryjnej stanowi, to jest: że posiadanie doznaje ochrony bez żadnego względu na prawo lecz tylko dla tego, że jest stanem istniejącym.

Tylko teoria procesowa zdoła zd. m. sama z siebie wskazać granice, do których prawna ochrona posiadania sięgać może, nie naruszając zasad prawnych. Mianowicie z zasady „*actore non probante reus absolvitur*“ wypływa także prawidło procesowe, że „dłużnikowi należy się prawidłowo rola pozwanego“ W tém prawidło znajduje naturalne ograniczenie prawidło wprzód przytoczone, że „posiadaczowi należy się rola pozwanego“ — a zatem i wpływająca ztąd ochrona posiadania. (Zwalczenie innych teoryj).]

§. 4.

O posiadaniu uprzymiotnioném.

(Der qualifizierte Besitz).

Jeden jest tylko skutek prawny posiadaniu jako takiemu właściwy. On polega na tém, że posiadanie doznaje ochrony prawnej za pomocą samoistnej skargi possessoryjnej (*Besitzklage*).

Gdy jednak posiadanie ma pewne przymioty, wtenczas nawo dodaje mu prócz tego skutku inne jeszcze skutki. Posiadanie, które ma takie szczególne przymioty, zwiemy posiadaniem uprzymiotnioném (*qualifizierter Besitz*).

A mianowicie prawo rozróżnia posiadanie:

¹⁾ Wывody przeciwko wszystkim wyliczonym w tekście teoriom prócz teoryi woli i procesowej a za teorią woli ob. *Randa*, str. 273—295; przeciwko wszystkim (także teoriom *Thibaut*a i *Rödera*) prócz teoryi własności i procesowej i za teorią własności ob. *Ihering* str. 6—72. Krytyka wszystkich teoryj prócz procesowej w monografii *Meischedera* str. 29—64. Przeciwno teoryi procesowej podnosi wątpliwości *Burckhard* (str. 4 uw.) 1.

- a) prawne (rechtmässiger B) i nieprawne (unrechtmässiger B — definicya w §. 316. przykłady prawnego posiadania rzeczy w §. 1461. nieprawnego w §. 1462).
- b) niewadliwe (echter B) i wadliwe (unechter B — definicya w §. 345, 1464. co do znac. „vi, clam, precario“ por. §. 27. u.
- c) w dobrej wierze (redlicher B. bona fide) i w złej wierze (unredlicher B. mala fide). W złej wierze posiada, kto wie, że nie ma prawa posiadać. Kto o tém nie wie, ten posiada w dobrej wierze.

[§§. 326, 327, „die Grenzen seines Rechtes“. Że przytoczone w §. 326 „wahrscheinliche Gründe“, „(aus den) Umständen (vormuthen muss)“ podobnie jak okoliczności w §. 368 przytoczone odnoszą się do prowadzenia do wodu złej lub dobrej wiary, dowodzą materyały prawodawcze — por. także §. 328].

[Podział a) ma za podstawę istnienie albo brak tytułu; podział b) sposób nabycia; podział c) wewnętrzne usposobienie posiadacza. Da się po myśleć posiadacz wadliwy a przecież w dobrej wierze i prawny, tudzież odwrotnie. W praktyce życia zazwyczaj inaczej. Dla tego „redlich“ w §. 329 znaczy „redlich und echt“ por. §. 345. — zaś „unecht“ w §. 345 tak zdefiniowano, jak gdyby posiadanie wadliwe musiało być zawsze „unrechtmässig“.]

I. Do posiadania tak uprzymiotnionego, że jest niewadliwem a oraz i w dobrej wierze przywiązane są prócz ochrony possessoryjnej także następujące skutki prawne: taki posiadacz nabywa.

1) prawo własności na owocach w czasie posiadania odłączonych (fructus separati) tudzież prawo do pożytków w tymże czasie wymagalnych (§. 330);

2) prawo o zwrot wydatków uczynionych podług §§. 331, 332, 824.

(§§. 330, 824 k. c. względę słuszności — Billigkeitsrückichten — i względę użyteczności na uproszczenie stosunków — Zweckmässigkeitgrund).

3) prawo własności na rzeczy nabytej od osoby, która sama nie była właścicielem — a to w pewnych wypadkach szczególnych (§§. 367, 371, 824).

II. Do posiadania, tak szczególnie uprzymiotnionego, że jest niewadliwem, dobrej wiary i prawnem zarazem, przywiązane są prócz ochrony possessoryjnej następujące skutki prawne:

1) nabycie takiego posiadania uzasadnia nabycie praw rzeczowych za pomocą tradycy (Tradition, Übergabe, Übernahme),

jeżeli poprzednik (Vormann) sam był właścicielem (§§. 425, 451, 481).

2) takie posiadanie zdolne jest bez względu na prawo poprzednika, uzasadnić samoistne nabycie praw rzeczowych przez zasiedzenie (Ersitzung), gdy zachodzą prócz tego inne w tym celu wymagane okoliczności (§§. 1460—1465 i nast.)

3) takie posiadanie daje podstawę do prawnej ochrony za pomocą osobnego środka wyższego stopnia, bo skargi niepossessorijnej ale petytoryjnej „publicyańską“ zwaną (Actio Publiciana §. 372 por. §. 29 n.)

Tak uprzymiotnione posiadanie zowią Romaniści: Usucapionsbesitz, zaś wszelkie inne posiadanie: Interdictenbesitz. Dla ważnego znaczenia, jakie ma w dziedzinie prawa prywatnego posiadanie, które jest niewadliwem, w dobrej wierze i prawnem zarazem, nazwiemy je posiadaniem *szczególnie* uprzymiotnionem (*besonders* qualifizirter Besitz).

§. 5.

O t. zw. prawie posiadania.

(Besitzrecht, Rechte des Besitzes, jus v. jura, commoda, beatudines possessionis).

Dawniejsi autorowie, którzy w istocie posiadania prawo upatrywali, dokładali wszelkich starań, ażeby treść tego mniemanego prawa jak najobficiej wyposażyć. Śledzili zatem za różnemi zjawiskami prawnymi, które choćby tylko ze względów czysto przypadkowych miały jakibądź związek z posiadaniem. Te skrzętnie zebrane ¹⁾ przedstawiali jako treść prawa posiadania.

Spostrzegł ten błąd bystry umysł *Savignyego*. Z właściwą sobie jasnością zbadał on źródło prawne każdego z tych nagromadzonych, jak je nazywano, skutków (korzyści) prawnych, które posiadaniu przypisywano, (Rechtswirkungen, Rechtsvortheile des Be-

¹⁾ *Savigny* nadmienia, że jeden z dawniejszych autorów doprowadził liczbę takich prawnych korzyści posiadania aż do 72! Codex Theresianus wylicza ich jeszcze 12

sitzes) i wykrył, że to źródło wytryska z kądiną a nie z istoty posiadania. Tylko ten jeden objaw pozostał *Savignyemu* jako czysty skutek samego posiadania, który polega na ochronie prawnej (Rechtsschutz).

[*Savigny* nazywa „usucapio“ drugim skutkiem posiadania. Jednakże sam to częstokroć z naciskiem powtarza, że usucapio nie jest właściwością samego posiadania, ale że do wydania tego skutku potrzebne są prócz posiadania także jeszcze inne pierwiastki, mianowicie: *justa causa i bona fides*]

Odtąd zaczyna się w nauce ustalać zdanie, że jedynym skutkiem z istoty posiadania wynikającym, jest wyłącznie tylko ochrona prawna.

Kodeks austr. uległ błędowi, który w czasie kodyfikacji jeszcze panował. Idąc za prądem swojej epoki, wylicza on następujące wrzekome korzyści prawne posiadania, które zgodnie z współczesną teorią „*Rechte des Besitzes*“ zowie (§. 344 napis do §. 329) a mianowicie:

I. Prawo do własnej obrony (*Selbstvertheidigungsrecht*, *vim vi repellere*, §. 344). To prawo nie jest natury prawno-prywatnej. Upoważnienie do koniecznej obrony (*Nothwehr*) wypływa z prawa karnego (§. 2. lit. g. ust. karnéj). Skutek polega wyłącznie na bezkarności, podpada zatem istotą swoją pod prawo karne.

[Wyraz „*rechtswidrig*“ w § 2 lit. g. ust. kar. odnosi się do „prawa“ karnego nie do prywatnego; wszakże co do interpretacji i to już wystarczyłoby że kod cyw. zalicza i posiadanie między „prawa“.]

Prawo do własnej obrony służy dzierżycielowi tak samo jak i posiadaczowi (§. 2 przyt. u. k.) Ono więc nie jest skutkiem posiadania (§. 344 zbyteczny).

II. Prawne domniemanie ważnego tytułu (§. 323). Redaktorowie kodeksu użyli tutaj wyrażenia „*Vermuthung*“ w sposób niewłaściwy, chcąc wyrazić myśl zupełnie inną aniżeli wyrazili. Myśl §-fu 323 jest ta, że posiadacz nie ma zazwyczaj obowiązku dowodzenia tytułu swojego posiadania, a to dla tego ponieważ w sporze petytoryjnym o prawo, które posiada, jemu przypada rola pozwanego (§. 369), zaś „*actori incumbit probatio*“. Ta korzyść nie wypływa zatem z posiadania lecz z roli pozwanego. Ona służy też dzierżycielowi tak samo jak i posiadaczowi (§. 369 „*Macht*“).

[„Domniemanie“ w znaczeniu techn. wykluczałoby bezwzględnie możliwość takich wypadków, w którychby posiadacz miał obowiązek dowodzenia tytułu. Tymczasem takie wypadki istnieją §§. 372, 373, 374, 1460, 1477. O tém bowiem rozstrzyga powszechna zasada procesowa: kto potrzebuje twierdzić, ten musi dowodzić.]

Komentatorowie i praktyka sądowa przez długi czas mniemali, że „Vermuthung“ §-fu 323 jest domniemaniem w znaczeniu techniczném. Dzisiaj już interpretacya, którą nauka wykryła, znalazła powszechne uznanie. (O. z 23/X 1872, Nr. 27 Repert.)

III. Wolność od skargi wywoławczej (Aufforderungsklage). Kto się przechwala, że mu służy przeciw drugiej osobie jakieś prawo, tego ta osoba może zmusić zapomocą skargi wywoławczej, ażeby albo w odpowiedniej skardze przeciwko nięj to mniemane prawo wykazał, albo zaprzestał przechwałki (wieczne milczenie, ewiges Stillschweigen, §. 66 proc. powsz. §. 66. proc. gal.) Od téj zasady procesowej §§-fy 323/2, 324 stanowią wyjątek na korzyść posiadacza. Przeciw posiadaczowi mianowicie nie służy skarga wywoławcza, choćby się tenże przechwalał, że mu służy prawo, którego treść aktualnie wykonywa. Korzyść ta, o której wspomina już dekr. nadw. z 15. Stycznia 1787 l. 621 zb. u. s. lit. cc., wynika logicznie a więc koniecznie z istoty skargi wywoławczej w związku z tą samą zasadą procesową o której w ustępie poprzedzającym (II) była mowa, że w sporze petytoryjnym posiadaczowi przypada rola pozwanego.

[Skarga wywoławcza nie ma miejsca, gdy to, czego żąda, prawnie jest niemożliwém. Posiadacza pewnego prawa nie można zmusić do wytoczenia skargi o dotyczące prawo, bo musiałby wtenczas być powodem, kiedy przeciwnie jemu prawo zapewnia rolę pozwanego (§. 369).]

I ta korzyść z natury rzeczy służy dzierżycielowi tak samo jak posiadaczowi (§. 369 „Macht“).

IV. Pierwszeństwo należące się posiadaczowi, gdyby w sporze przeciw niemu żadna ze stron prawa swojego należycie nie wykazała (§§. 324, 374). Skoro posiadaczowi w sporze petytoryjnym przypada rola pozwanego, to korzyść wymieniona jest prostém następstwem zasady procesowej: *actore non probante reus absolvitur*.

V. Prawo zatrzymania (Retentionsrecht). W znaczeniu rozciąglejszém rozumiemy przez prawo zatrzymania moc wstrzymania się z dłużném świadczeniem (Leistung) z powodu pewnej

wzajemnej wierzytelności (Gegenforderung). Zaś w znaczeniu ściślejszém (techniczném) rozumiemy przez to prawo: moc zatrzymania u siebie cudzej rzeczy zmysłowej z powodu i dla zabezpieczenia sobie pewnej wierzytelności. Prawo zatrzymania w znaczeniu techniczném p. kodeks cywilny zna tylko jako accessorium n. p. prawa zastawu ręcznego (Faustpfandrecht) (§§. 451, 471).

[Znają je: a) ustawa adwok. z d 6 Lipca 1868 l 96 § 19; b) ust. handl. art 313—316, 374, 375, 382, 409—412, oraz ust. wpisowad §§ 44—47, co do czynności handlowych; c) rozp. min. z d 28 Października 1865 l. 110 art III co do zakładów, które pod nadzorem państwa zajmują się czynnościami kredytowymi.]

Prawo zatrzymania w znaczeniu obszerniejszém kodeks uznaje w licznych wypadkach (n. p. §§. 877, 934, 1052, 1062). Prawo zatrzymania nie wynika z posiadania lecz z tych pewnych okoliczności, które to prawo uzasadniają (por. przyt. §§.). Posiadanie — ale téż i dzierżenie — ma tutaj to tylko aktualne znaczenie, że kto rzeczy nie ma, ten nie może jęj i zatrzymać, choćby mu do tego służyło prawo.

VI. Jako szczególną korzyść prawną z posiadania w dobręj wierze wynikającą kodeks wymienia tę, że posiadacz taki mocen jest rzecz posiadaną bez odpowiedzialności używać, zużyć a nawet zniszczyć (§. 329). Korzyścią jest tutaj wolność od odpowiedzialności za używanie, zużycie i zniszczenie cudzej rzeczy. Ta wolność wypływa z dobręj wiary. Bo kto tutaj działa w dobręj wierze, temu prawo nie poczytuje winy (culpa). Zaś bez winy niema odpowiedzialności (§. 1295). Posiadanie znów tylko to ma tutaj znaczenie, że ażeby rzecz jaką zużyć, zniszczyć, albo jęj używać, trzeba ją koniecznie mieć w mocy.

§. 6.

Terminologia ustaw i komentatorów.

W używaniu wyrazów „Besitz, Besitzer“ tudzież „Inhabung, Inhaber“ ani kodeks ani inne ustawy nie zachowują ścisłości te-

chnicznej. W tych jednak rozdziałach, w których różnica między posiadaniem a dotyczącymi innemi pojęciami najsilniej na jaw występuje, kodeks w terminologii jest ścisłym a w szczególności w rozdziałach: o własności i o zasiedzeniu, tudzież w tych postanowieniach rozdziału o posiadaniu, które dotyczą się prawnej ochrony posiadania, jak n. p. w §§. 339. 345. 347. 851 (także §§. 2—5. 10. 15. przyt. ces. rozp. z r. 1849). W tym okresie literatury, w którym komentatorowie zrywając zupełnie z prawem powszechném, z samej tylko litery ustaw zasady dla ich interpretacyi czerpali, brak ścisłości terminologicznej w przepisach o posiadaniu wywołał liczne błędne pojęcia, które całą naukę znacznie zaciemniły. Dla rzucenia przeto pożądaney jasności na ten dział nauki prawa austr. wypada na terminologię ustaw i komentatorów nader baczną zwrócić uwagę.

I. Wyrazu „*Besitz*“ używają ustawy niekiedy błędnie dla określenia pojęć następujących:

1) dzierżenia zamiast *Inhabung* albo w znaczeniu ogólném n. p. §. 366, albo gdzie ono właśnie ma oznaczać przeciwieństwo posiadania, a więc to ostatnie wprost wyklucza n. p. §. 375.

2) prawa własności zamiast „*Eigentumsrecht*“, przeważnie gdy jest mowa o własności ziemi a mianowicie:

a) w kodeksie cyw. n. p. §§. 473. 476. 482. 484. 494 (w por. z 514. 515. 517. 520. 526) 857. 858 (w por. z 825) 1095. 1120. 1123. 1125. 1150. 1236;

b) w innych a nawet późniejszych ustawach, n. p. ces. rozp. z d. 8 Lutego 1860. l. 44. 45. w przedmiocie ograniczenia zdolności żydów do nabywania własności ziemi. „*Besitzfähigkeit*“ (już zniesione); ust. zasad. z d. 31 Grudnia 1867 l. 142. art. 15.; ust. o zakładaniu nowych ksiąg gruntowych z d. 2. Czerwca 1874. l. 88 — 91. 97. 98. n. p. §§. 3. 16. 18. 19. 23. 27.— t. zw. „karta posiadania“ *Besitzstandsblatt*.“

II. Czasem wyraz „*Besitz*“ zamieszczony bywa obok „*Eigentum*“, a obadwa razem oznaczają tylko prawo własności (tautologia) n. p. ust. z d. 25 Lipca 1871. l. 96 o zakładaniu lub zmianie ksiąg gruntowych §§. 1. 7. 22. w por. z §. 5.

III. Wyrazu „*Inhaber*“ używa czasem kodeks cyw. błędnie dla określenia:~

- a) posiadania zamiast „Besitz“ n. p. §§. 315. 334. 1470; dla tego „der blosse Inhaber“ w §§. 348. 958.
- b) uprawnienia zamiast „Berechtigung“ n. p. §§. 629. 631. 633. 635. 1442.

IV. Dla określenia posiadania, które nazwaliśmy szczególnie uprzymiotnioném (besonders qualifizirter Besitz, Usucapionsbesitz, niewadliwe, w dobrej wierze i prawne zarazem por. §. 4 n.), kodeks używa naprzemian wyrażen: „rechtlicher Besitz“ (§§. 797. 1466, §. 145 ces. pat. z d. 9 Sierpnia 1854 l. 208), tudzież „Besitzrecht“ (§. 319. napis do §§. 321. 322; 851. 853). Od takiego posiadania, które kodeks niewłaściwie „prawem“ nazywa, odróżnia trafnie prawo do posiadania (jus possidendi), zowiąc to ostatnie „Recht zum Besitze“ (§§. 317. 320) por. §. 4. n. Natomiast posiadanie, które nie jest szczególnie uprzymiotnioném a więc posiadanie jako takie (Interdictenbesitz) §. 5. ces. rozp. z d. 27 Paźdz. 1849 r. l. 12. o postępowaniu w sprawach naruszenia posiadania nazywa „factischer Besitz.“ Ustawowe odróżnienie „factischer Besitz“ wywołało u komentatorów wiele zdań błędnych. Najważniejszém z nich jest to, jakoby przyt. ces. rozp. z r. 1849 l. 12 o postępowaniu w sprawach naruszenia posiadania ustanowiło ochronę prawną nietylko dla posiadania (Besitzesschutz) ale także dla dzierżenia (Detentionschutz). Zdanie to jednak można już dziś uważać za powszechnie porzucone.

Contra: §. 2. ces. rozp. z d. 27 Paźdz. 1849 l. 12 odwołujący się wyraźnie na §§. 339, 346, 347. 851, tudzież wstęp samego rozporządzenia. Błąd ten wykazał szczegółowo na podstawie materyałów prawodawczych *Canstein* VI. str. 199. 200.

V. Wyrażenia „*Rechte des Besitzes*“ używa kodeks dla określenia wszystkich t. zw. commodi, beatudines, jura possessionis (§. 344. napis do §. 329) por. §. 5. n.

O nazwach „*Tabularbesitz, bürgerlicher B. Civilbesitz*“ będzie mowa osobno w następującym §fie 7 n.

§. 7.

O t. zw. posiadaniu tabularném.

(Tabularbesitz).

Wspomniałem w §. poprzedzającym, że przytaczane kilkakrotnie ces. rozp. z r. 1849, określające postępowanie w sporach o naruszenie posiadania, zawiera wyrażenie, którego niema w kodeksie, mianowicie: „factischer Besitz.“ Zaś dekr. kanc. nadw. z d. 11 Październ. 1821. l. 1809 wspomina o: „Naturalbesitz.“ Z drugiej znów strony w ustawach o urządzeniu ksiąg publicznych znajdują się wyrazy: landtäflicher Besitz i bücherlicher Besitz. Ale i sam kodeks w §§fach 321. 322/2. 350. 441. zawiera przepisy bądź co bądź bardzo zagadkowe. Tam bowiem ten stan, że ktoś jest intabulowany jako podmiot prawa, nazwany jest wyraźnie „posiadaniem“ „rechtmässiger Besitz“ (§§. 321. 441) lub „Besitzrecht“ (napis do §§. 321. 322. por. §. 6. n.). A nawet ten charakter „posiadania“ co do przedmiotów tabularnych przyznany jest stanowi intabulacji „wyłącznie“ (§. 321 „nur“ §. 322 „ausschliesslich“).

Wzmiankowana powyżej terminologia wraz z przytoczonymi teraz przepisami kodeksu stały się powodem, że komentatorowie przyjęli podział posiadania na naturalne (Naturalbesitz, physischer, factischer Besitz) i na tabularne (Tabularbesitz ¹⁾, bücherlicher, bürgerlicher, Civibesitz). Naturalném nazywali oni to posiadanie, które kodeks w §fie 309/2 określa, a więc posiadanie właściwe w techniczném znaczeniu prawa prywatnego. Zaś posiadaniem tabularném nazywali ten stan, że osoba jakaś jest wpisaną w księgi publiczne (intabulowaną) jako podmiot pewnego prawa. To zestawienie aktualnego stanu intabulacji z aktualnym stanem posiadania, tudzież połączenie obudwóch w jedno ogólne po-

¹⁾ Nazwy „Tabularbesitz“ niema w żadnej ustawie.

jęcie posiadania, wywołało szereg kontrowersyj. A ponieważ nieda się zaprzeczyć, że niejasna osnowa kodeksu i innych ustaw dotyczących daje istotnie podstawę do pewnych wątpliwości, przeto ich wyjaśnieniem zająć się wypada. W tym celu przedewszystkiem wykryć potrzeba prawną istotę tego stanu intabulacyi, który posiadaniem tabularném zowią. Należy więc zbadać pytania:

I. Czy t. zw. posiadanie tabularne jest w istocie posiadaniem w znaczeniu §fu 309?

Jeżeliby odpowiedź na to pytanie miała wypaść twierdząco, wtedy pod względem posiadania potrzebaby odróżnić przedmioty (rzeczy i prawa), dla których nie istnieje urządzenie ksiąg publicznych, od takich, dla których urządzenie ksiąg publicznych istnieje (§. 321). Co do téj ostatniej kategorii przedmiotów, skoro przepisy §§. 321. 322. ustanawiają w każdym razie wyłączość (§. 321 „nur“ §. 322 „ausschliesslich“), potrzebaby w takim razie uznać:

1) że prawo niezna posiadania aktualnego (naturalném zwanego) i takiemu nie daje ochrony possessoryjnej;

2) że zna wyłącznie tylko posiadanie t. zw. tabularne i tylko temu daje ochronę possessoryjną.

Wynikłaby ztąd ta praktyczna konsekwencya, że co do nieruchomości dla których, jak dowodzi historia, ochrona possessoryjna w pierwszym rzędzie była przeznaczoną i niewątpliwie najbardziej jest potrzebną, stan aktualny posiadania pozostałby w Austrii bez prawnej ochrony, gdyż właśnie dla nieruchomości urządzone są księgi publiczne. Taką teorię objawił i z całą konsekwencyą przyjął *Drdački*. Autor ten nie wchodzi w rozpoznanie istoty t. zw. posiadania tabularnego. Jemu wystarcza, że kodeks zowie ten stan „posiadaniem.“ Mniema więc, że co do przedmiotów tabularnych z mocy ustawy niema innego posiadania jak tylko tabularne. Była to jednak zanadto dziwaczna teoria, żeby na przyjęcie w nauce lub praktyce liczyć była mogła. Ale wydała ona z siebie teorię inną, brzoną uporeczywie głównie przez *Pachmana*, *Nippla* i *Pawłowicza*, która w swoim czasie wpłynęła także na praktykę sądową. Teoria ta, odnośnie do rzeczy i praw, dla których istnieje urządzenie ksiąg publicznych,

nie wyklucza wprawdzie posiadania aktualnego (naturalnego), ale uznaje obok niego t. zw. posiadanie tabularne także jako posiadanie. Zapatrywanie to prowadzi do téj konsekwencji, że *composessio plurium in solidum* wypada uznać jako dopuszczalne. Jestto pojęcie, które samo w sobie mieści logiczną sprzeczność, ale zwolennicy teorii *Pachmanna* przecież je przyjęli i uznali. Jednocześnie istnienie posiadania dwóch osób na jednym przedmiocie musiało z natury rzeczy nasunąć myśl o zderzeniu się obu dwóch posiadzań, o kolidzie. Zaradzili temu wzmiankowani autorowie, przyznając pospolicie pierwszeństwo posiadaniu tabularnemu.

Wpływowi teorii *Pachmanna* ulegli nasi komentatorowie. Dopiero *Unger* i *Randa* zbili gruntownie tę teorię w jej założeniu i konsekwencyach. Odtąd nauka i praktyka uznają powszechnie, co zresztą jasnym jest z natury rzeczy: że ten stan, który zowią „posiadaniem tabularnym“ nie jest wistocie swojém posiadaniem, że dla tego nie służy mu ta ochrona, którą prawo jako skutek osobliwy tylko do posiadania przywiązuje; że wreszcie także co do rzeczy i praw, dla których istnieje urządzenie ksiąg publicznych, podobnie jak co do innych przedmiotów ochrona posiadania (*Besitzerschutz*) służy tylko wyłącznie posiadaniu, które zowią „naturalnym“ t. j. posiadaniu, jak je określa §. 309/2.

Różnica istotna: a) co do pojęcia §. 309. „*Macht v. Gewahrsame*“ w por. z §. 3. ust. hip.

b) co do nabycia i utraty. §§. 312. 313. 349—351. w por. z §§. 321 350.

c) co do skutków prawnych—§§. 339. 345. 346. 347. w por. z §. 1 ces. rozp. z d. 27 Paźdz. 1849, l. 12, w związku z §. 55 normy jurysd. z d. 20 Listop. 1852, l. 251 §§. 7, 8, przyt. wyż. rozp.

d) co do t. zw. *commoda possessionis* odnośnie do t. zw. posiadania tabularnego §§. 323, 324? (por. z drugiej strony §§. 61 n. 118 a contrario 125 ust. hip., dalej §. 344?).

T. zw. posiadanie tabularne jest stanem aktualnym, podobnie jak posiadanie i dzierżenie. Ale istota tego stanu różną jest w zupełności od istoty posiadania. On nie polega na żadnym „władztwie“ osoby nad przedmiotem, ale na tém, że osoba wpisana jest w księgi publiczne jako podmiot pewnego prawa.

Rzecz o skutkach prawnych tego stanu nie należy do nauki o posiadaniu.

Jednakże §§fy 321. 322/2. 350. 441. znajdują się w kodeksie, a osnowa tych §§fów wyraźnie znamionuje, że prawodawca chciał jakoś połączyć stan wpisu tabularnego z posiadaniem, że chciał temu stanowi przyznać nawet jakieś wyłączne korzyści, które zresztą tylko posiadaniu są właściwe. Nieda się przeto ominąć pytanie:

II. Czy t. zw. posiadanie tabularne ma jaki skutek prawny, któryby stał w istotnym związku z instytucją posiadania?

Unger i *Randa* odpowiedzieli na to pytanie wprost przecząco. Powaga tych uczonych trzymała naukę przez długi czas w uwięzi. Dopiero *Krainz* przedstawił teorię, która zagadnienie powyższe rozwiązuje twierdząco. Teoria ta wychodzi (zgodnie z *Randą* i z *Ungerem*) z trafnego założenia, że t. zw. posiadanie tabularne jest rzeczywiście stanem odrębnym, od posiadania co do istoty różnym. Ale mimo to znajduje ona w przytoczonych kilkakrotnie przepisach kodeksu znaczenie, które bez żadnej sprzeczności z resztą postanowień kodeksu tłumaczy jasno, dla czego przepisy te zamieszczone są właśnie w materji o posiadaniu, i dla czego tam użyte są wyrażenia „Besitzrecht“ „rechtmässiger Besitz“, które tylko do posiadania dadzą się zastosować. Teorię tę uważam za zupełnie uzasadnioną.

Zdaniem *Krainza*, chcąc wykryć myśl właściwą §§fów 321, 322/2. 350. 441., w tłumaczeniu wyrażenia „rechtmässiger Besitz“ trzeba po pierwsze położyć wagę nie na wyraz „Besitz“ ale na wyraz „rechtmässiger.“ Powtórę także należy pamiętać o tém, że kodeks przyjął jako ogólną zasadę prawidło, iż odnośnie do praw rzeczowych na nieruchomościach, dla których istnieje urządzenie ksiąg publicznych, wpis tabularny ma w ogóle ten skutek, co ma posiadanie prawne „rechtmässiger Besitz“ odnośnie do wszelkich innych rzeczy (§. 425 w por. z 431. 445. §. 1466 w por. z 1467. 1469. §. 372 w por. z 441). Wobec tego oczywista jest rzeczą, że myśl przytoczonych §§fów kodeksu jest następująca: że ten *skutek prawny*, który kodeks określa pospolicie wyrazem „Besitzrecht albo rechtlicher Besitz“ (por. §.

6 n.) a który przywiązany jest pospolicie do posiadania „szczególnie uprzymiotnionego“ (por. §. 4 n.), ten *skutek prawny* odnośnie do rzeczy i praw, dla których istnieje urządzenie ksiąg publicznych, nie służy „posiadaniu aktualnemu szczególnie uprzymiotnionemu“, ale „wyłącznie tylko“ („nur“, „ausschliesslich“ w §§. 321. 322), temu stanowi, który nie jest wcale posiadaniem, który jednak błędnie „posiadaniem tabularném“ nazywają.

CZEŚĆ II.

O nabyciu i utracie posiadania.

ROZDZIAŁ I.

§. 8.

O podmiotach posiadania.

(Subjecte des Besitzes).

Do nabycia posiadania potrzeba zdolnego podmiotu. Przy zbadaniu pytania: kto może być podmiotem posiadania? występuje na jaw bardzo widocznie ten ścisły związek, jaki łączy pod względem treści posiadanie z prawem, którego ono jest aktualném odbiciem. (por. §. 1. n.). Gdyby trafiém było zapatrywanie dawniej nauki przed *Iheringiem*, że posiadanie jest prostym tylko faktem, składającym się z corpus i animus, który z dotyczącem prawem (podmiotowém) niema zupełnie ścisłego związku, wtedy fakt taki należałoby oceniać całkiem samoistnie bez żadnego względu na prawo, którego on jest odbiciem. Wtedy po pierwsze — nie mogłyby być podmio-

tem posiadania te osoby, które ani woli (animus), ani władztwa (corpus) aktualnie mieć nie mogą, a więc: osoby zdolności do działania pozbawione, t. j. dzieci do lat 7, chorzy na umyśle, tudzież osoby prawnicze (§§. 21. 26. 865). Powtórę — mogłyby być podmiotami posiadania w ogóle n. p. u Rzymian: niewolnik i filius familias; zaś w prawie austr. podmiotem posiadania rzeczy z obiegu wyjętej (extra commercium) każda osoba, która co do tej rzeczy może mieć: corpus et animus. Tymczasem rzecz się ma wprost przeciwnie, a to tak w prawie rzymskim, jak i w prawach nowoczesnych a zwłaszcza też w prawie austr. Posiadanie jest bowiem aktualną możnością wykonywania treści pewnego *prawa*. Wynika ztąd logicznie, że każda osoba, która może być podmiotem pewnego prawa, może także być podmiotem dotyczącego posiadania i odwrotnie.

(Wzgląd na sam tylko przymiot osoby). Prawo austr. z zasady nie wyklucza żadnej kategorii osób dla samych tylko osobistych przymiotów tychże od zdolności prawnej. Z tego też powodu i od zdolności do posiadania żadna kategoria osób z zasady wykluczona nie jest §§. 18. 356.

a) Co do osób zdolności do działania pozbawionych, fikcja prawna ta sama co i przy nabywaniu praw (§ 310 w związku z 21 26 i 337 Poł także § 547) Mają także zdolność do posiadania

b) Osoby w zdolności do działania ograniczone, jak: niedorośli, dorośli, marnotawcy § 21

c) Nieprawni wychodźcy, zbiedzy wojskowi, zakonnicy — ci ostatni co do posiadania rzeczy i praw przedtem nabytych (§§ 10. 11 patentu emigracyjnego z d 24 Marca 1832, § 208 c ust karnéj wojsk § 1 ust z d 23 Maja 1871 l 45, § 187, ces pat z d 9 Sierpnia 1854 l 208)

Ograniczenie zdolności do posiadania ze względu na sam tylko przymiot osoby, może nastąpić podług prawa austr. jako wyjątek od zasady li tylko względem obcokrajowych w razie międzynarodowego odwetu (Retorsion, §. 33).

(Wzgląd na przymiot rzeczy). Natomiast ograniczenie zdolności do posiadania dopuszczalném jest zarówno jak ograniczenie zdolności prawnej, o ile ono wpływa jako proste następstwo postanowień prawa, w skutek których rzecz jaka albo nie może być przedmiotem praw bezwzględnie (n. p. losy loteryi zagranicznej), albo też nie może nim być względnie t. j. odnośnie do pewnej ka-

tegorii osób (n. p. broń zakazana). (Wyliczenie rzeczy z obiegu wyjętych znajduje się w podręcznych wydaniach kodeksu cyw. pospolicie przy §fie 356).

ROZDZIAŁ II.

O przedmiotach posiadania (Objecte des Besitzes)

§. 9.

I. O rzeczach jako przedmiotach posiadania.

Do nabycia posiadania potrzeba oprócz zdolnego podmiotu także zdadnego przedmiotu. Jeżeli rzecz zmysłowa stanowi przedmiot posiadania, wtedy zachodzi tak zw. posiadanie rzeczy (Sachbesitz). Posiadanie rzeczy jest to aktualna możność wykonywania treści prawa własności. Wynika ztąd, że przedmiotem posiadania może być tylko taka rzecz, która może być przedmiotem własności (zdadność do obiegu, Verkehrsfähigkeit, res in commercio. Wyliczenie rzeczy z obiegu wyjętych w podręcznych wydaniach kodeksu cyw. przy §fie 356).

a) Rzeczy zbiorowe jako całość (Gesamtsachen, universitas rerum § 302) nie mogą być przedmiotem posiadania, pomimo §§ 427, 452, 481 — środek interpretacyi, § 315 „ohne. jeden Theil des ganzen zu übernehmen “ Można posiadać odrębnie przynależność (Zugehör Pertinenz § 294) także przybytek (Zuwachs § 294), ten ostatni od chwili odłączenia od rzecz głównej

b) Odnosnie do wód publicznych, tylko koryto może być przedmiotem posiadania rzeczy a mianowicie: posiadania państwa w ogóle, posiadania osoby prywatnej na podstawie przywileju, posiadania osoby prywatnej, jeżeli rzeka publiczna jest niespławna. Zresztą co do wód publicznych tylko posiadanie praw dopuszczalne (§§ 287, 407, 410 ust państw z d 30 Maja 1869, l 93 dla Galicyi i Krakowa ust kraj z d 14 Marca 1875 l 38 dz n kr ¹⁾ (por § 10. n)

¹⁾ Dokładne szczegóły: *Randa*, Beiträge zum ost Wasserrecht, W. 2, 1878, tudzież jako obszerny komentarz, *Peyrer*, Das osterl. Wasserrecht 1880. Także *Randa*, Das Eigenthumsrecht, W. 1, T 1 1884, str 51 — 94

c) Odnosnie do dróg i placów publicznych (także chodników, plantacyj, studzien publ.) posiadanie państwa, kraju, powiatu, gminy (§§. 287, 288

d) Droga żelazna nawet gdy jest własnością państwa, nie jest dobrem publicznem (ust. z d. 19 Maja 1874, l. 70).

e) Pastwiska gminne mogą być przedmiotem posiadania tak gminy jak osób prywatnych (§. 288).

(Zakres i sposób wykonywania posiadania rzeczy).

Rzecz zdolna do obiegu nadaje się do posiadania w takim zakresie i sposobie, w jakich może być na nich wykonywane prawo własności. 1) I tak do istoty posiadania podobnie jak do istoty własności należy „wyłączność (Ausschliesslichkeit).“ Dla tego też compossessio plurium in solidum jest logiczną sprzecznością (§. 349). 2) Współposiadanie (Mitbesitz) dopuszczalne jest tak samo jak współwłasność, w częściach pomyślanych, idealnych n. p. w $\frac{1}{2}$, w $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{4}$ części i t. p. pro partibus indivisis, nach ideellen, intellectuellen Theilen (§. 833 w związku z §§. 825—832, 854, 856, §§. 10, 13 ust. hip.).

(I tutaj ten ścisły związek między posiadaniem a prawem).

3) Również dopuszczalnem jest t. zw. współposiadanie, podobnie jak i t. zw. współwłasność pro partibus divisīs (§§. 421, 844, 854).

[W istocie rzeczy kilka posiadają odrębnych na rzeczach fizycznie nie podzielonych lecz tylko matematyczną linią prostopadłą rozgraniczonych. (§. 417 a contrario)

Pytanie sporne w prawie powszechnem co do rzeczy złożonej: koło od wozu posiada jedna osoba, wóz bez tego koła posiada druga osoba — ta ostatnia dzierży koło alieno nomine.]

§. 10.

II. O prawach jako przedmiotach posiadania.

I prawa podobnie jak rzeczy mogą być wyjęte z obiegu albo bezwzględnie, albo względnie. Prawa wtedy tylko mogą być przedmiotem posiadania pewnej osoby, jeżeli w ogóle tej osobie służyć mogą, jeżeli od obiegu względem niej nie są wykluczone (§. 311. wyliczenie praw z obiegu wyjętych w podręcznych wydaniach kodeksu przy §§. 356. 879).

a) Co się tyczy dróg, placów, chodników, studzien, plantacyj i t. p. publicznych, to używanie powszechne służące każdemu z publiczności, (Gemeingebrauch, *usus publicus*) nie jest prawem prywatnem.

b) Co się tyczy wód publicznych mogą być przedmiotem posiadania osób prywatnych: prawo wyłącznego białania łodu na rzekach publ. niespławnych w ogóle, na takichże rzekach spławnych tylko na podstawie przywileju; prawo łowienia ryb (Fischereirecht) o ile nie spizeciwia się monopol; prawo używania wody jako motora do młynów i innych podobnych urządzeń, lub do wodociągów itp. (gemeine, gewöhnliche Benutzungsrechte) por. ustawy i dzieła przytoczone w §. 9 n.

Do pojęcia posiadania należy dłuższe „trwanie“. Dla tego nie mogą być przedmiotem posiadania takie prawa, które polegają na wykonaniu jednorazowém, one bowiem przez wykonanie gasną (n. p. prawa z kontraktu pożyczki, kupna, zamiany).

W szczególności — przeglądając kolejno te wszystkie stosunki, które nasz kodeks prawami zowie.

I. t. zw. prawa osobowe bezwzględne (absolute Personenrechte §§. 15—39), nie będąc z istoty swojej prawami podmiotowemi nie mogą być przedmiotem posiadania.

II. T. zw. prawa osobowe względne (relative Personenrechte) czyli prawa familijne (§§. 40—43) nie mogą być przedmiotem posiadania, ponieważ kodeks ogranicza pojęcie posiadania tylko do przedmiotów do obiegu zdatnych, a więc tylko do zakresu praw majątkowych (§. 311). Mniemanie niektórych pisarzów, do których oprócz komentatorów także i *Krainz* należy, jakoby kodeks w §-fie 1458 uznawał posiadanie praw familijnych, jest błędem.

[§. 1458 „redlicher Weise“ „schuldlose Unwissenheit“ „vermeinten Rechte“ w por. z §. 339; z drugiej strony §. 311 stanowczy. Gegenstand des rechtlichen „Verkehres“].

III. Z pomiędzy t. zw. praw rzeczowych (§. 308).

1) posiadanie nie będąc prawem, przedmiotem posiadania być nie może;

2) o prawie własności jako o przedmiocie posiadania nauka dla tego nie mówi, bo stosunek taki dla odróżnienia go od posiadania wszystkich innych praw nazywa posiadaniem rzeczy (Sachbesitz; inaczej Burekharda oryginalny pogląd por. §. 1 n.)

3) prawa służebności, tudzież pokrewne tymże prawa rzeczowe w kodeksie własnością użytkową (Nutzungseigenthum) nazywane (§§. 480, 1469, 1470) mogą być przedmiotem posiadania (§§. 1433—1470).

4) prawo zastawu nie może być przedmiotem posiadania, ponieważ polega na jednorazowym zaspokojeniu wierzytelności z rzeczy zastawionej, gaśnie więc wraz z wykonaniem. Oczywiście wszystko tu jedno, czy idzie o zastaw ręczny (Faustpfand) czy o inny (hypoteczny). Ponieważ jednak trudno pogodzić się z tą myślą, ażeby dzierżenie zastawu ręcznego miało być pozbawioném dobrodziejstwa ochrony prawnej, dla tego wielu autorów¹⁾ uznaje prawo ręcznego zastawu (Faustpfandreht) jako przedmiot posiadania, odwołując się ku poparciu swojego zdania na osnovę §-fu 1369 („Pfandbesitze“) lub na interpretacyę §-fu 1483 („Ausübung w związku z §. 1482 „nur auf eine bestimmte Weise ausübte“) także na §§. 447, 451, 455, 459, 467. Iednakże nie potrzeba hy- najmniej uciekać się do kodeksu po zyskanie pozoru dla podtrzymania ochrony prawnej na korzyść zastawnika. Kto bowiem dzierży zastaw ręczny, temu służy niewątpliwie jako accessorium t. zw. prawo zatrzymania rzeczy zastawionej (Retentionsrecht por. §. 5. n.). Prawo zatrzymania zaś dopuszcza trwałego wykonywania ono téż może być przedmiotem posiadania.

5) t. zw. prawo spadkowe nowsza nauka poczytuje nie za prawo, lecz za przymiot prawny (Erbenqualität). Przymiot zaś nie może być przedmiotem posiadania w znaczeniu §. 309. Przymiotu dziedzica nie potrzeba osobno ochraniać, bo jego nie można naru- szyć. Usucapio pro haerede prawu austr. nie jest znane. Naru- szyć można tylko posiadanie poszczególnych rzeczy lub praw, do spadku należących. Ale ta okoliczność, że one do spadku należą, albo że je posiada osoba, która jest dziedzicem, nie mają żadnego wpływu na ochronę prawną. Przedmiotem posiadania będzie zaw- sze tylko albo rzecz albo jakieś prawo — nigdy zaś ten przymiot, że ktoś jest dziedzicem. Są jednak autorowie którzy bronią innego zdania, w ostatnich czasach także *Pfaff* i *Hofmann*. (Co do urzą- dzenia roli stron dla sporu petytoryjnego por. §. 126, pat. z d. 9 Sierp. 1854. l. 208).

¹⁾ Tak *Canstein*, VI który na str. 153, 154, przytacza autorów będących tego samego zdania i popiera to zdanie wywodami. Także świeżo *Burckhard* str. 98

IV. Co się tyczy praw osobistych, nauka i praktyka prawa austr. pełne są kontrowersyj. Kodeks cyw. wyraża się w tej mierze tak ogólnie (§. 311), że trzymając się tylko jego bieżnicia, wypadłoby uznać zgodnie z *Randa*, iż w prawie austriackiem wszelkie jakiegobądź prawa osobiste mogą być przedmiotem posiadania, jeżeli im do tego nie przeszkadza ich własna treść, tj. jeżeli nie polegają na jednorazowem wykonaniu. To téż z całej dziedziny praw osobistych *Randa* wyklucza od posiadania tylko prawo do poboru procentów. *Arndts* i *Canstein* konsekwentnie i to prawo zaliczają do przedmiotów posiadania. *Burckhard*, który odmawia zwykłej ochrony possessoryjnej posiadaniu praw, idzie natomiast w oryginalności tak daleko, że nie wyklucza posiadania praw osobistych w zasadzie nawet wtenczas, gdy one na jednorazowem wykonaniu polegają.

Jednakże przeciwko tak bezwzględnej rozciągłości posiadania praw powstaje tak teoria jak praktyka — nie bez ważnej podstawy. Taka zasada bowiem przeprowadzona konsekwentnie wiedzie koniecznie do tego, że w całym zakresie praw osobistych dopuszczających powtarzanie się aktów wykonywania (n. p. prawo poboru rent, płac, alimentów) zaprzeczenie prawa ze strony dłużnika pociąga za sobą zwichnięcie naturalnych ról, jakie wierzycielowi i dłużnikowi w razie sporu petytoryjnego powinny przypaść w udziale (por. §. 3). Względ ten skłania *Krainza* do tego, że z całej dziedziny praw osobistych jako zdadne do posiadania uznaje tylko: po pierwsze: prawa, co do których zobowiązanie jest ujemnem, tj. polega na znoszeniu lub zaniechaniu; powtórę: z praw o zobowiązaniu dodatniem tylko te, które wypływają z ciężarów gruntowych (Reallasten). Żałować wypada, że *Krainz* nie uzasadnia dokładnie zdania swojego ex lege lata.

(Zdanie autora). Zapatrywanie moje jest następujące:

Zasada ogólna w §-fie 311 wyrzeczona nie jest przepisem ściśle praktycznym lecz więcej teoretycznym, dla tego do postanowienia §-fu 311 wagi nie przywiązującej przywiązywać nie można (takie wypadki w kodeksie liczne — tutaj względ historyczny)

Postanowień szczegółowych praktycznych kodeks nie podaje wyczerpująco — zachodzą więc przypadki §-fu 7

Myśli przewodnie następujące: 1) niema różnicy czy obowiązek ujemny czy dodatni (§§. 313 w zw. z 312, 351, 1471), 2) potrzeba pewnego pierwiastka „trwania“, (§§. 1469 i 1471 także Cod Theresianus w § 40, jak podaje *Burckhard* na str. 101 w uw. 12 znamionuje zapatrywanie redakto-

rów podówczas: „Besitz nur hinsichtlich activ oder passiv an Sachen haftender Rechte möglich“, 3) w wątpliwości raczej przyjąć znaczenie ścisłe, aniżeli rozszerzające zakres ochrony possess (względ historyczny. por. §. 25. n). Na podstawie tych ogólnych wskazówek dochodzę do wyników.

I. Przedmiotem posiadania mogą być:

1) prawa najemcy, dzierżawcy, kommodatariusza, prawo sekwestracji wierzycielowi przyznane, (dzierżenie rzeczy jako pierwiastek „stanu trwałego“),

2) prawa gruntowe (Realrechte), tudzież prawa, którym odpowiadają ciężary gruntowe (Reallasten) i monopole prywatne (Bannrechte, związanie z pewnym stanem jako pierwiastek „stanu trwałego“),

3) inne t. zw. prawa indywidualne (Individualrechte), których treść znamionuje wyłączność uprawnionego wymagająca trwałego stanu zaniechania ze strony zobowiązanych jak n. p. monopole przemysłowe (ausschliesliche Gewerberechte), jak m. tytoniowy, pocztowy, przewozowy; prawo autorskie (Autorrecht), prawo patentu (Patentrecht), marki i modelu (Marken-Muster) (ciągłość w zaniechaniu jako pierwiastek „stanu trwałego“).

II. Natomiast nie mogą być przedmiotem posiadania: prawo wynajmującego lub wydzierżawiającego do poboru czynszu z najmu lub z dzierżawy, prawo do poboru płac, alimentów, rent, procentów i t. p. (Wynik ten schodzi się w zasadzie ze zdaniem Krainza.)

ROZDZIAŁ III.

O nabyciu posiadania. (Erwerb des Besitzes).

§. 11.

W ogólności.

Ażeby posiadanie nabyć, potrzeba oprócz zdolnego podmiotu i zdatnego przedmiotu także tych dwóch pierwiastków, z których składa się samo pojęcie posiadania, a mianowicie:

a) corpus — objęcia przedmiotu w aktualne władztwo (objęcia w posiadanie, Besitzergreifung, Apprehension),

b) animus — woli wykonywania tego władztwa dla siebie tak, jak je wolno wykonywać temu, komu służy dotyczące prawo, (woli posiadania, Besitzwille).

Kodeks cyw. austr. dzieli nabycie posiadania:

1) ze względu na jakość przedmiotu — na bezpośrednie (unmittelbar), jeżeli obejmuje się rzecz lub prawo, które uprawnionego podmiotu nie mają; tudzież na pośrednie (mittelbar), jeżeli obejmuje się przedmiot, który ma podmiot uprawniony (§. 314),

2) ze względu na sposób nabycia — na jednostronne (einseitig zawładnięcie), jeżeli się obejmuje przedmiot na mocy własnej tylko a woli zatém: albo wtedy, gdy przedmiot dotyczący nie ma wcale podmiotu uprawnionego, albo też jeżeli przedmiot ma osobę uprawnioną, ale objęcie w posiadanie dokonywa się bez względu na wolę tej osoby; tudzież na obustronne (zweiseitig, tradycya), jeżeli przedmiot ma osobę uprawnioną, a posiadanie obejmuje się zgodnie z wolą tej osoby, a więc za pomocą działania stron obudwóch. (§. 315 „unmittelbare und mittelbare eigenmächtige“.)

Podział nabycia posiadania na jednostronne i obustronne mogłoby nasunąć myśl, że posiadanie da się przenosić z osoby na osobę tak jak prawo (następstwo, Succession). Utrzymują tak niektórzy autorowie, którzy posiadanie poczytują za prawo. Tak jednak nie jest. Te bowiem dwa pierwiastki, które stanowią pojęcie posiadania (corpus i animus) z istoty swojej tak ściśle są indywidualne, że albo powstają u pewnej osoby albo nie, ale jeżeli powstają to zawsze pierwotnie (originär) jako nowe, odrębne; nie można ich od osoby odłączyć i na inną osobę przenieść.

[Posiadanie nie przechodzi na dziedziców, ci potrzebują je osobno nabyć, aż dotąd haereditas jacens §. 547. Jednakże ze względu na prawa accessio possessionis §§. 1463—1493 i 372. 373.]

Oddział I. O nabyciu posiadania rzeczy (Erwerb des Sachbesitzes).

§. 12.

A. Objęcie w posiadanie (Apprehension Besitzergrëpfung).

Dawniejsza nauka prawa rzymskiego rozumiała przez objęcie w posiadanie „cielesne dotknięcie się rzeczy“ (Körperli-

che Berührung). Kto rzeczy ruchomą ręką nie uchwycił, a na nieruchomą nie wstąpił, ten według ówczesnej nauki posiadania nie objął. *Savigny* rozszerzył to bezwzględnie materialistyczne pojmowanie aktu objęcia w posiadanie. Autor ten sformułował inną definicję, przyjmując za punkt wyjścia nie „cielesne dotknięcie się“ ale „władztwo fizyczne w ogóle (physische Herrschaft)“. Zdaniem jego objęciem w posiadanie jest każde działanie, które daje „taką możliwość dowolnego fizycznego władania rzeczą (der physischen Einwirkung nach Willkühr), którą sobie ten, kto posiadanie chce nabyć, może pomyśleć jako bezpośrednią i terażniejszą (unmittelbar, gegenwärtig)“. Definicji tej nie można bynajmniej uważać za szczęśliwą, jakkolwiek dotąd jeszcze przeważna część autorów na nią się opiera.

[Przeciw *Savignyemu*: Z jednej strony: Sprzedawca, któremu poleciłem, ażeby mi rzecz u niego kupioną odesłał, przyniósł i złożył ją w domu moim podczas nieobecności mojej i moich domowników. Na moim polu zastawiłem siłą, w które złowił się ptak bez mojej tam obecności i świadomości.

Z drugiej strony: We wnętrzu mojego drzewa osiadł rój pszczół, lecz chociaż wiem o tém, nie wybrałem ztamtąd ani pszczoł ani miodu. Wiem, że w moim domu znajduje się zakopany skarb, lecz go nie wykopałem.]

Przeciw *Savignyemu* wystąpił bardzo stanowczo *Ihering*, uważając, że „władztwo fizyczne“ (physische Herrschaft) jako punkt wyjścia dla określenia, na czém polega objęcie w posiadanie, jest jeszcze zanadto materialistycznym. Uczony ten przyjął za myśl przewodnią aktualne skonstatowanie woli właściciela przez nadanie rzeczy normalnego położenia ekonomicznego (that-sächliche Constatirung des Eigenthums-normale Lage). I ta definicya nie jest trafną.

[Przeciw *Iheringowi*: plug, który przez noc pozostał na polu; objęcie dóbr w ziemi, gdy nie można ziemi nadać normalnego położenia ekonomicznego zapomocą uprawy *Piniński*, pierwiastek ekonomiczny.]

Akt objęcia w posiadanie nie da się in abstracto tak dokładnie określić, ażeby definicya mogła objąć wszelakie a tak różnorodne, w myśli nawet nie dające się całkowicie wyczerpać objawy codziennego życia, które świadczą że ktoś nabył aktualnie władztwo nad pewną rzeczą takie, jakie treści prawa własności odpowiada. Czy pewne działanie wytworzyło taki stosunek między osobą a rzeczą, to trzeba ocenić podług położenia rzeczy in concreto (quaestio facti). Przy tém ocenieniu rozstrzyga

zawsze względ na praktykę życia tudzież na siłę, jaką ma w społeczeństwie poszanowanie cudzego mienia. Jeżeli wykonano jakieś działanie, z którego wytworzył się taki stosunek pewnej osoby do pewnej rzeczy, że kierując się przytoczonymi względami trzeba uznać, iż odtąd téj osobie a nie komu innemu służy takie władztwo nad rzeczą, jakie pospolicie służyć może właścicielowi, wtedy działanie to będzie aktem objęcia w posiadanie.

§. 13.

I. Zawładnięcie ¹⁾ (Occupation).

Ruchomością zawładniemy (jednostronnie) pospolicie wtenczas, jeżeli uchwycimy rzecz ręką (n. p. pieniądz) lub jakimś narzędziem, (n. p. rybę siecią, ptaka siłkami, zwierzynę żelazami) i jeżeli przy tém wprawimy rzecz w położenie znamionujące zamiar zatrzymania naszego władztwa (przeciwnie n. p. gdy skarb w lesie odkopany tamże pozostawimy — *Erwerbsabsicht*, §. 312 „*Ergreifung, Wegführung, Verwahrung*“.) Jeżeli rzecz ruchoma już znajduje się w takiem położeniu, które nam zatrzymanie władztwa zapewnia, wtedy obejdzie się bez uchwycenia (n. p. owoc spadł z mojego drzewa w moim ogrodzie; moje kury zniosły jaja lub wyległy kurczęta na moim dziedzińcu, moje gołębie w moim gołębniku).

Nieruchomością zawładniemy pospolicie wtenczas, jeżeli na nią wstąpimy (*Betreten*) i jeżeli zewnątrz ujawnimy zamiar zatrzymania nad nią naszego władztwa (*Erwerbsabsicht*, §. 312. „*Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung, Bearbeitung*, także §. 315 „*gebraucht*“). Co do budynków: zamieszkanie, złożenie sprzętów, objęcie w posiadanie kluczy wyłącznych od domu i t. p.)

[Znamię charakterystyczne zawładnięcia: pojmowanie materialistyczne, traktowanie surowe §. 315 „*erhält man nur so viel in Besitz, als wirklich ergriffen i t. d.*“]

§. 14.

II. Tradycja (Tradition).

Jeżeli do objęcia rzeczy w posiadanie da swoje przyzwolenie ten, kto ją dotąd posiadał, wtedy mówimy o objęciu w posiadanie

¹⁾ „Zawładnąć“ u Lindego, Słownik, T. VI. str. 948. znaczy „zacząć włądać, objąć posiadanie, zu herrschen anfangen“.

obustronném. Te czynność obustronną, mocą której posiadacz dotychczasowy przyzwala na objęcie posiadania (oddanie §. 315 „überlässt“ §. 425 „Übergabe“), zaś osoba dotycząca posiadanie obejmuje (objęcie §. 315 „übernehmen“ §. 425 „Übernahme“), zowiemy „tradycją“ (Tradition). Tradycję charakteryzuje w porównaniu z zawładnięciem to znamię, że jój pojmowanie mniej jest materialistyczne, a więc prawne ocenienie mniej surowe.

(Pogląd historyczny.) Prawnicy dawniej szkoły przed *Savigny*m wtenczas tylko uznawali „tradycję“, jeżeli ona odpowiadała co do formy tym ścisłym wymaganiom, jakie według ich materialistycznych wyobrażeń były koniecznemi do pojęcia objęcia w posiadanie „apprehensio“ a więc wtedy tylko, gdy ruchomość została oddaną „z ręki do ręki“ (von Hand zu Hand, de manu in manum), zaś gdy na nieruchomość oddający obejmującego wprowadził (inductio por §. 12. n. „cielesne dotknięcie się rzeczy“). Taką tradycję nazywano tradycją właściwą (traditio vera seu propria). Gdy jednakże źródła prawa rzymskiego zawierały liczne miejsca, w których była mowa o tradycyi, pomimo że tam nie zachodziły formalistyczne wymagania „actus corporalis“, dla tego prawnicy uciekli się do zwykłego swojego środka „fikcyi“, i skonstruowali obok traditio vera s. propria drugą kategorię mianowicie „traditio ficta“. Ale i ta kreacja jeszcze wszystkich przypadków prawa rzymskiego nie wyczerpała. Pozostały mianowicie takie, w których przy obustronném obejmowaniu zachodziły pewne „actus corporales“, które jednak nie polegały na „dotknięciu się“ rzeczy będącej przedmiotem posiadania, lecz na dotknięciu się rzeczy innéj lub na wykonaniu innéj czynności. Tę więc rzecz lub czynność inną uważano jako symbol rzeczy mającej się objąć w posiadanie, i w ten sposób powstała trzecia kategoria, mianowicie tradycya niewłaściwa cz. symboliczna „traditio impropria s. symbolica“. Ślad téj teoryi panującej w czasie układania naszego kodeksu znajdujemy w jego postanowieniach.

§. 15.

1. O tradycyi właściwej (traditio vera s. propria).

W zasadzie wymagania tradycyi właściwej są te co i wymagania zawładnięcia (por. §. 13. n.) W tém jednak objawia się chara-

kterystyczna cecha tradycyi (por. §. 13. 14 n.), że zgodna wola stron obudwóch t. j. tego kto rzecz oddaje i tego kto ją bierze, (a więc pierwiastek prawny) może w pewnym zakresie zastąpić brak zewnętrznego ujawnienia władztwa (a więc pierwiastka aktualnego, §. 315 „ohne dass es nöhtig ist, jeden Theil des Ganzen besonders zu übernehmen“ Co do przynależności, Pertinenzen §§. 518. 1047. 1066. 1110 n. p. tradycya domu obejmuje w sobie tradycyę dziedziczną).

§. 16.

2. O tradycyi t. zw. zmyślonej (traditio ficta).

1. **Traditio longa manu.** Jeżeli niema wprowadzie takich znamion aktualnego władztwa, jakie pospolicie zachodzą przy zawładnięciu rzeczą (Ergreifung, Betreten, por. §. 13. n.), jeżeli jednak rzecz weszła w takie położenie względem pewnej osoby, że z uwagi na objawioną wolę stron obudwóch tudzież podług wszelkich względów na praktykę życia i poszanowanie cudzego mienia uznać wypada, że rzecz ta wyszła z mocy dotychczasowego posiadacza a weszła w moc wyłączną tego, kto posiadanie obejmuje, w takich wypadkach dawna teoria mówiła o tradycyi zmyślonej (traditio longa manu). Wypadki takie w istocie rzeczy nie są niczem zmyślonym. One przeciwnie należą prawidłowo do pojęcia tradycyi (rzeczywistej) właściwej. Zachodzi tu tylko ta osobliwość, która z natury dwustronnej tradycyi wynikając charakteryzuje jej cechę, w porównaniu z zawładnięciem mniej formalistyczną (por. §. 14. n.)

[n. p. gdy dawniejszy posiadacz zgodnie z moją wolą złoży na moim dziedzińcu drzewo, wapno, glinę, gdy wywiezie na moje pola nawóz, chociażby te rzeczy leżały tam przez czas długi przezemnie nie ruszane §. 309 „Gewahrsame“.]

2. Tradycya przez oświadczenie (Übergabe durch Erklärung.)

a) **Traditio brevi manu.** b) **Constitutum possessorium.** Wypadki tradycyi przez oświadczenie zachodzą wtenczas, jeżeli rzecz, która ma być objętą w posiadanie, już przed dokonaniem aktu objęcia znajduje się w takim stosunku aktualnym do osoby chcą-

céj ją dopiero objąć w posiadanie, w jaki prawidłowo rzecz taka wchodzi dopiero wskutek objęcia w posiadanie. Rzecz oczywista, że wtenczas nie potrzeba już wykonywać żadnego działania. Ono bowiem nie mogłoby wywołać innego objawu nad ten, który już jest, a który właśnie dla objęcia w posiadanie pod tym względem wystarcza. Potrzeba tu tylko tego, ażeby obiedwie strony, t. j. tak ta, która dotąd posiada, jak ta, która teraz posiadanie chce objąć, objawiły swoją wolę, że odtąd pierwsza z nich już nie chce posiadać (*vacua possessio*), ale że chce posiadać druga. Skoro taka wola objawioną będzie, wtedy zajdzie tradycya w prawidłowym tego pojęcia znaczeniu.

W dwojaki sposób może to nastąpić:

a) albo nowy posiadacz ma już rzecz w dzierżeniu, wykonując je w imieniu dotychczasowego posiadacza; wtedy tradycyę taką nazywamy „*traditio brevi manu*“ (§. 428₂);

b) albo téż dotychczasowy posiadacz ma rzecz w dzierżeniu, odtąd jednak nie chce jej już nadal posiadać, lecz tylko chce ją dzierżyć w imieniu nowego posiadacza pod pewnym tytułem prawnym (*causa*). Taką tradycyę zowiemy „*constitutum possessorium*“ (§§. 428₁ 319₂).

Obadwa te przypadki tradycyi „przez oświadczenie“ (napis do §. 428) nie potrzebują uciekać się do żadnej fikcyi prawnej. Owszem one są zupełnie prawidłowymi objawami tradycyi (rzeczywistój) właściwój (por. §. 19. n.)

§. 17.

3. O tradycyi niewłaściwój cz. symbolicznój (*symbolische Tradition, Übergabe durch Zeichen, traditio impropria s. symbolica*).

Prawo rzymskie wymienia trzy przypadki, w których własność na rzeczy nabywa się przez tradycyę, pomimo że rzecz dotycząca nie była przedmiotem tradycyi, w których przypadkach jednak zaszedł pewien „*actus corporalis*“, będący „symbolem“ tradycyi, mianowicie: naznaczenie rzeczy (*nota*), oddanie dokumentu (*traditio instrumenti*) i oddanie kluczków (*claves traditae*). Dawniejsza nauka tłumaczyła te miejsca w źródłach w ten sposób, że tutaj pewna czynność symboliczna zastępuje całkowicie brak tradycyi rzeczywistej. Z tych trzech przytoczonych przypadków nauka wysnuła

ogólną zasadę, że prawo rzymskie dozwala zastąpić brak tradycyi rzeczywistę wykonaniem jakiejś czynności symbolicznej (*actus symbolicus*). Uznała więc za dopuszczalną t. zw. tradycję symboliczną, nauczając, że zapomocą téjże nabywa się posiadanie, a wskutek tego także własność. Taki był stan nauki prawa rzymskiego, gdy powstała szkoła prawa przyrodzonego (*Naturrecht, jus naturae*). Prawo to przyjęło zapatrywanie Romanistów co do tradycyi symbolicznej, uważając że taka tradycya potrzebną jest dla szybkości i pewności obrotu w tych przypadkach, kiedy tradycya rzeczywista zbyt ciężko jest utrudnioną (n. p. z powodu nieobecności).

Dokładnem odbiciem tych teoryj ówczesnej nauki, która poprzednio weszła do kodyfikacyi pruskiej, jest przepis §. 427. naszego kodeksu. Przepis ten jednakże dopuszcza tradycyi symbolicznej tylko co do rzeczy ruchomych, i tylko sposobem posiłkowym (*subsidiär, §. 427 welche . . . keine körperl. Ubergabe zulassen.*) Że redaktorowie kodeksu mieli zamiar postanowić, ażeby tradycya symboliczna skutkowałą nabycie posiadania a wskutek tego także nabycie własności lub innego dotyczącego prawa rzeczowego, to okazuje się jasno z materyałów prawodawczych. To też komentatorowie idąc za powagą *Zeillera* tak tłumaczą §. 427. Odkąd *Savigny* zachwiał podstawę przedstawionej powyżej teorii dawniejszej szkoły Romanistów, odtąd zaczęli się także chwiać w zdaniach cywiliści austriacy. Ztąd w literaturze prawa austr. podobnie jak i prawa pruskiego powstała bardzo ważna kontrowersya. Trafném jest zd. m. zapatrywanie *Exnere* ¹⁾, który (głównie przeciw komentatorom i przeciw *Randzie*) przekonywająco dowodzi, że chociaż redaktorowie kodeksu byli zdania, że tradycya symboliczna powinna skutkować nabycie posiadania, przecież niepodobna to zdanie przyjąć, gdyż ono sprzeciwia się wprost pojęciu posiadania (§. 309 „*Macht oder Gewahrsame*“). Takież zapatrywanie zdobywa sobie także w nauce i praktyce prawa pruskiego coraz szersze uznanie. Według tego zapatrywania czynności symboliczne mogą być wykonane w dwojakim sposobie:

¹⁾ Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach oesterr. und gemeinem Recht. 1867, str. 152—252.

a) albo obok innych pewnych okoliczności celem ujawnienia woli stron, że tradycya rzeczywista ma być dokonana. Jeżeli przytoczone okoliczności wraz z czynnością symboliczną zdolne są uzasadnić nabycie aktualnego władztwa nad rzeczą, wtenczas nie ma tu mowy o tradycyi symbolicznej, lecz zachodzi tradycya rzeczywista (n. p. oddanie klucza od skrzyni, która znajduje się w pobliżu, i gdy niema znikąd żadnych trudności do zabrania téj skrzyni w swoje zachowanie, jest tradycya rzeczywistą skrzyni),

b) albo téż niema takich okoliczności, któreby uzasadniały nabycie aktualnego władztwa. Wtenczas (i tylko wtenczas) będzie mowa o tradycyi symbolicznej, nierzeczywistej a więc niewłaściwej (n. p. oddanie klucza (może nie wyłącznego) od piwnicy daleko odległej (może otwartej) nie jest tradycya rzeczywistą wina w téj piwnicy złożonego). W takim jednak razie tradycya symboliczna będzie miała wprowadzić ten skutek, że chociaż brakuje rzeczywistego nabycia posiadania (którego §. 425 dla nabycia własności w zasadzie wymaga) przecież własność, czy inne jakie prawo rzeczowe zostaną nabytemi (arg. §§. 427. 452. 481). Tradycya symboliczna zastąpi tu tradycyę rzeczywistą co do skutku nabycia wymienionych praw. Ale pod względem nabycia posiadania nie zdoła jęj zastąpić, bo nie stworzy aktualnego władztwa, a bez tego niemasz posiadania (§. 309.)

B. Wola posiadania (Besitzwille.)

§. 18.

I. Nabycie przez własną czynność (Erwerb durch eigene Handlung).

Samo nabycie aktualnego władztwa (corpus) nie daje jeszcze posiadania. Potrzeba nadto animus domini (lecz nie opinio dominii) §. 309. (por. §. 1. n. Wyjątek od tego pravidła wynika z §§. 871 — 876 w razie nabycia pomimo błędu istotnego co do przedmiotu — posiadanie zmyślane — fingirter Besitz.) Animus domini mieści w sobie oczywiście także świadomość posiadacza, że aktualne władztwo ma (Ignoranti non acquiritur possessio). Dla braku woli nie mogą nabyć posiadania przez własną czynność osoby

zdolności do działania pozbawione, t. j. dzieci, chorzy na umyśle, osoby prawnicze. Natomiast mogą w ten sposób nabyć posiadanie osoby, których zdolność do działania jest ograniczoną, jak: nie-dorośli (§§. 310. 865), dorośli i marnotrawcy. W chwili nabycia posiadania animus domini objawia się jako wola objęcia nad rzeczą władztwa właściciela (Aneignungswille). Pierwiastek woli rozstrzyga przy ocenieniu czy czynność pewna jest aktem objęcia w posiadanie. Przy tradycyi wola posiadania może być ograniczoną warunkiem lub terminem (dzierżenie, zaś conditione existente skutek wsteczny).

Do nabycia posiadania nie potrzeba tego, ażeby akt objęcia zeszedł się z wolą posiadania w jednym czasie (n. p. traditio brevi manu §. 428.) Również niepotrzeba, ażeby przy nabyciu posiadania obustronném zeszedł się w jednym czasie: wola dotychczasowego posiadacza zaprzestania posiadania (vacua possessio) tudzież wola nowego posiadacza objęcia posiadania. Dopóki jednak nie zjdą się te rozstrzygające pierwiastki, tak długo niemasz dotyczącego nabycia posiadania. Kto rzecz dotąd dzierżył alieno nomine, a odtąd postanowi ją posiadać suo nomine, ten jeszcze przez tę jednostronną zmianę woli nie nabył posiadania.

[Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest §. 319/1, niema utraty, przerwy, naruszenia posiadania; niema zasiedzenia; najemcy nie służy exceptio dominii, §. 1109; on nie jest wolny od skargi wywoławczej co do własności.]

Jeżeli jednak dzierżyciel postanowił rzecz posiadać i wykonał prócz tego jakąś czynność, która znamionuje władztwo właściciela, wtedy nabył posiadanie sposobem jednostronnym (n. p. §. 345 prekarysta wzbronil zwrotu rzeczy, depozytaryusz zebrał pożytki z rzeczy dzierżonéj, użytkowca zaczyna istotę rzeczy niszczyć).

§. 19.

II. Nabycie przez zastępcę (Erwerb durch Stellvertreter, Repräsentanten).

Kodeks austr. pozwala nabywać posiadanie przez zastępcę (arg. §. 1017 w związku z §. 308 „Recht“). Osoby pozbawione zdol-

ności do działania t. j. dzieci, chorzy na umyśle i osoby prawnicze, nie mogą inaczej nabyć posiadania jak tylko przez zastępcę.

Do nabycia posiadania przez zastępcę potrzeba, ażeby pomiędzy zastępowanym a zastępcą zachodził taki stosunek prawny, z któregoby wyniknął ten skutek, że objęcie posiadania wykonane przez zastępcę uzasadnia nabycie posiadania dla osoby zastępowanej. Taki stosunek prawny wynika z zastępstwa ustawowego (władza małżeńska, ojcowska, opiekuńcza, kuratorska, organizacja osób prawnych; tutaj należą: a) osoby zdolności do działania pozbawione t. j. dzicci, chorzy na umyśle, osoby prawnicze, tudzież b) osoby w zdolności do działania ograniczone, jak niedorośli, dorośli, marnotrawcy) Zastępstwo może być także umowném (umocowanie cz. pełnomocnictwo, Ermächtigung, Bevollmächtigung, §§. 1002. 1006, także ogólne, §. 1008 a contrario; zatwierdzenie, Ratihabition z mocą wsteczną §. 1016.)

Zastępca musi mieć zdolność do działania taką, jak byłaby potrzebną, gdyby tenże miał nabywać posiadanie dla siebie. Wola zastępcy musi być skierowaną na nabycie posiadania dla (nomine) osoby zastępowanej. Wola zastępcy skierowana na nabycie dla siebie (suo nomine) skutkuje nabycie posiadania dla zastępcy. (Wyjątek tylko przy tradycji, gdy tradent oddawał dla osoby zastępowanej arg. 319/). W wypadkach zastępstwa ustawowego zupełnie jest obojętném, czy animus domini u osoby zastępowanej istnieje czyli nie (§§. 310. 337. zastępca działa na mocy własnej władzy lub z upoważnienia innej władzy). Zaś w wypadkach zastępstwa umownego musi ona zachodzić u osoby zastępowanej (Adquirimus possessionem animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno — pełnomocnictwo lub ratihabition).

[Szczególne przypadki 1) Constitutum possessorium §. 428 por. §. 16 n., 2) §. 429 lecz nie zawsze, skutek (Folge) może się ograniczyć tylko do periculum — kwestya sporna, 3) §. 1120]

Oddział II. O nabyciu posiadania praw (Erwerb des Rechtsbesitzes)

§. 20.

Objeciu posiadania rzeczy odpowiada wykonanie treści pewnego prawa (corpus), choćby nie w całej rozciągłości i choćby

raz tylko (nieco odmiennie co do zasiedzenia §. 1471); zaś *animo domini* co do rzeczy odpowiada, co do *prawni* *animus* *jus quasi possidendi*. Tradycyi rzeczy odpowiada *juris quasi traditio* (§§. 312. „Gebrauch“ 315. 425. 431).

Nauka rozróżnia sposób nabycia posiadania praw: pierwotny (*constitutiver Erwerb*), gdy się nabywa prawo, którego albo jeszcze w ogóle nikt, albo przynajmniej nikt bezpośrednio przed nabywcą nie wykonywał; tudzież pochodny (*translativer Erwerb*), gdy się nabywa prawo, które bezpośrednio przedtém kto inny wykonywał. Obadwa sposoby nabycia mogą być albo jednostronne albo obustronne (§. 344 „*freistehende Rechte*“ wyrażenie niezręczne lecz myśl trafna, nabycie pierwotne n. p. zawłaszczenie prawa przejazdu na nieruchomości niezbyt).

O nabyciu pierwotném. I. Posiadanie praw, którym odpowiada obowiązek znoszenia, nabędziemy pierwotnie przez to, że *animo* *jus qu. possidendi* wykonamy taką czynność, jaka stosownie do tego obowiązku powinna być znoszona — §. 313.

[jednostronnie jeżeli bez względu na prawo przeciwnika; obustronnie gdy z tegoż przyzwoleniem — stylizacya §-fu 313 za ciasna, „*Gestattung*“, por jednak §§ 345 1464, czynność niekoniecznie wprost z treści prawa płynąca, § 313 „zu s Nutzen anwenden“ n p wybijam otwór w murze sąsiada, chcąc dopiero potem belkę założyć § 487; tutaj należą n p służebności t zw. twierdzące, t zw. własność użytkowa, najem, dzierżawa, wygodzenie, prawo patronatu]

II. Do pierwotnego nabycia praw, którym odpowiada obowiązek zaniechania (*Unterlassen*) nie wystarczy sama tylko okoliczność, że ktoś czegoś zaniechał. Potrzeba, ażeby to zaniechanie było następstwem zakazu, który wyszedł od nabywcy posiadania lub na jego żądanie od władzy (nabycie jednostronne), albo też ażeby było skutkiem oświadczenia zgodnej woli stron obudwóch (nabycie obustronne) §§. 313. 340.

[n. p. służebności zaprzeczające, monopole prywatne (*Banmechte*) § 1459. Stylizacya §-fu 313 za ciasna — ślad dawniej teoryi formalistycznej §§ 313 „*Verbot*“ §§ 1459 1482 „*Untersagungs — Verhinderungsrecht*“ por jednak § 315 ogólny]

III. Posiadanie prawa, któremu odpowiada obowiązek czynienia (*positive Leistung*, przedewszystkiém ciężary gruntowe np.

t. zw. wymowa, *Ausgedinge*), nabywa pierwotnie ten, kto *animo ius quasi possidendi* dotyczące świadczenie choćby raz tylko przyjmie §. 313. Jeżeli to dzieje się wskutek zawarcia pewnej czynności prawnej, wtenczas zachodzi nabycie obustronne, (ciasna stylizacja w §. 313. „fordert“).

O nabyciu pochodném. I) prawa gruntowe (*Realrechte*) przywiązane jako *accessorium* do posiadania gruntu n. p. prawo patronatu, propinacyi, nabywa się sposobem pochodnym już przez nabycie posiadania gruntu §. 315. II) prawa wymagające dzierżenia cudzej rzeczy n. p. najem, dzierżawa, wygodzenie — nabywa się sposobem pochodnym już przez nabycie dzierżenia tej rzeczy w celu wykonywania dotyczącego prawa. III) We wszelkich innych wypadkach (n. p. ciężar gruntowy renty wieczystej z §-fu 530) nabywa się posiadanie prawa sposobem pochodnym już zapomocą przelewu (*Cession*) i zawiadomienie dłużnika (*Verständigung* §§. 1395. 1396.)

ROZDZIAŁ IV.

§. 21.

O utracie posiadania. (*Verlust des Besitzes*).

Jeżeli tę rzecz lub to prawo, które posiadamy, inna osoba obejmie w posiadanie, to niewątpliwie my nasze posiadanie utracimy (utrata względna, *relativer Verlust* §. 349/₃). Można jednak utracić posiadanie bez potrzeby, ażeby kto inny posiadanie objął (utrata bezwzględna, *absoluter Verlust* §. 349/₁. ₂).

Gdyby formalistyczne zapatrywanie dawniej nauki na znaczenie władztwa (*corpus* §. 12. n.) zastosować wypadało konsekwentnie do bezwzględnej utraty posiadania, to wynikłaby ztąd zasada ogólna, że w tej chwili, w której zabraknie albo *animus* albo *corpus* traci się już także posiadanie (n. p. posiadacz zasnął, popadł

w obłąkanie, albo zakopał rzecz i zapomniał chwilowo gdzie zakopał, odjechał daleko od rzeczy). Takiej zasadzie sprzeciwiają się liczne miejsca w źródłach prawa rzymskiego (n. p. alpa w ziemi, zbłąkane zwierzę domowe). Dla tego nauka przyjęła zasadę inną mianowicie tę, że bezwzględna utrata posiadania wtenczas dopiero zajdzie, gdy albo animus albo corpus zmieni swój dotychczasowy stan na wprost przeciwny (animus vel corpus in contrarium actum). Co do bezwzględnej utraty posiadania corpore *Ihering* przyjął jako myśl przewodnią zwykłą pilność lub niedbałość właściciela (diligentia, negligentia domini). Że myśl *Iheringa* nie jest obcą austriackiej kodyfikacji, zwłaszcza co do posiadania praw, to widać z §-fu 351 „es dabei bewenden lässt“. Ten punkt wyjścia może posłużyć do ocenienia in concreto stanu władztwa (jako pierwiastek przy wzglądzie na praktykę życia). Lecz na nim nie opiera się kodeks cyw. zasadniczo. Owszem powyżej przedstawiona zasada nauki znalazła w kodeksie zastosowanie (§§. 349—352).

I. Posiadanie rzeczy utracą się: 1) Animo zapomocą porzucenia (Dereliction) t. j. jeżeli dotychczasowy posiadacz w sposób zewnętrznie rozpoznawalny objawi swoją wolę, że odtąd posiadać niechce (§§. 349. 362. nie potrzeba koniecznie rzucenia rzeczy, ono tylko może służyć za objaw woli, przeciwnie n. p. gdy rzecz rzucam z powodu chwilowego niebezpieczeństwa, z nadzieją odszukania, §. 349 „frewillig“ §. 352 „Hoffnung“. Co do zdolności do działania §. 865). 2) Corpore, gdy zajdzie taka zmiana w aktualnym stosunku posiadacza do rzeczy, że ze względu na praktykę życia uznać wypada, iż aktualne władztwo nad tym przedmiotem już mu nie służy. (Por. §. 12 n., rzecz zaginie, zwierzę zaginie bez nadziei odnalezienia §. 349; inaczej 352. t. zw. Mentalbesitz; przeciwnie: gdy woda zerwie most, który łączył mój dwór z moimi polami, gdy w zimie śnieg tamuje dojście na szczyt góry, §. 352. „eintretende Unfähigkeit“, posiadacz odjeżdża ze swoich dóbr na dłuższy czas §. 352. „Abwesenheit“). 3) Gdy rzecz zginie fizycznie lub w znaczeniu prawnym.

[n. p. §§. 414. lub 311 res extra commercium Co do śmierci posiadacza § 547].

II. Posiadanie praw utracą się: 1) *Animo* zapomccą zrzeczenia się (*Verzicht*). 2) *Corpore*: gdy wykonywanie stanie się niemożliwém (trojaki sposób §fu 351/1 i wspólna okoliczność zaniechania skargi — *negligentia* — gdy skargę wytoczono i spór wygrano posiadanie nie doznaje przerwy por. §. 30. n.) 3) zapomccą przedawnienia prawa (*Verjährung*), §§. 349. 351. 1480. — *negligentia*).

CZEŚĆ III.

O ochronie posiadania.

ROZDZIAŁ I.

§. 22.

O przedmiocie ochrony.

(*Gegenstand des Besitzesschutzes*).

Do posiadania jako stosunku aktualnego prawo łączy ten skutek prawny, że mu daje ochronę prawną (*Rechtsschutz*, *Besitzesschutz*). Prawna ochrona posiadania polega na skardze, którą prawo ustanawia w celu utrzymania posiadania, gdy jest naruszone (*Störung des Besitzes* §. 339), tudzież w celu odzyskania posiadania, gdy posiadacza z niego wyzuto (*Beziehungszugung*, *Besitzentsetzung*), a to w tej rozciągłości, w jakiej posiadanie aktualnie istniało (§. 346, także §. 2. ces. rozp. z d. 27 Paźdz. 1849. l. 12).

Przedmiotem takiej ochrony podług prawa austr. jest tylko posiadanie (*Besitz*) ale ani dzierżenie (*Inhabung*) (por. §. 6. n.) ani téż t. zw. posiadanie tabularne (por. §. 7.). Zdanie to wypływa niewątpliwie z tłumaczenia przytoczonych co dopiero posta-

nowień kodeksu tudzież ces. rozp. z r. 1849. Ono odpowiada wyobrażeniom, jakie miały nauka i praktyka czasach w redakcyi kodeksu, a nadto ugruntowane jest wprost na materiałach prawodawczych. Niektórzy dawniejsi komentatorowie byli zdania, że skarga o utrzymanie naruszonego posiadania służy także dzierzycielowi. Opierali się oni przeważnie na tém spostrzeżeniu (tutaj właśnie mylném por. §. 6. n.), że kodeks nie używa wyrazów „Besitz“ i „Inhabung“ z bezwzględną ścisłością (por. przytém §. 6. n.) Zdania takiego bronił także *Unger*. Można się było spotkać z niem dawniej i w praktyce sądowej. Ale dziś już należy je uważać tak w nauce jak i w praktyce za przebrzmiałe.

[Z nowęj teorii *Burchharda* wynikałoby że tylko dzierżenie rzeczy (Haben und Behalten Wollen) może być przedmiotem ochrony possessor zwykłej, zaś posiadanie w znaczeniu nauki téj ochrony nie ma. Temu służy jako ślodek ochronny actio publiciana]

Według zapatrywania nauki zd. m. tak historycznie jak dogmatycznie uzasadnionego dzierżenie nie ma żadnego wcale skutku prawnego, jestto bowiem stosunek nie prawny lecz czysto faktyczny, który ani z prawa nie wypływa, ani sam dla siebie w prawie nie znajduje uznania (Anerkennung). Kozyści dzierżenia (przypadkowe) faktyczne są: a) prawo do własnej obrony (§ 344, § 2, u. kar.) b) wolność od skargi wywoławczej (§ 323, 324), c) prawo zatrzymania (Retentionsrecht) o ile w ogóle jest dopuszczalnym (por. § 5 n.) One są następstwem zasad innych jak bezkarności koniecznej obrony, zasad procesowych co do obowiązku dowodzenia itd.]

Z drugieję znów strony posiadanie doznaje ochrony prawnej bez względu na to, jak jest uprzymiotnione: wszystko jedno, czy ono jest prawne czy nieprawne, w dobrej czy w złej wierze, wadliwe czy niewadliwe (§§. 339, 346, §. 2, przyt. ces. rozp. z r. 1849). Od tego pravidła jeden jest tylko wyjątek a mianowicie ten, że posiadacz wadliwy, nie ma ochrony przeciwko temu, od kogo posiadanie wadliwie nabył. Temu bowiem służy „exceptio vitiosae possessionis ab adversario“. (Por. §. 29 n.)

[Sposób wykonywania posiadania nie ma wpływu na upoważnienie do ochrony np. właściciel, który rzecz w najem lub dzierżawę wypuścił¹⁾]

¹⁾ Praktyka sądowa chwiejna, *Randa*, str. 157 i uw. 15

ROZDZIAŁ II.

§. 23.

Przyczyna ochrony. (Veranlassung).

(Prawidło). Posiadacz pospolicie niema powodu szukać prawnej ochrony, dopóki mu kto posiadania nie naruszy. Naruszenie posiadania (w znac. rozciagl., Besitzstörung i. w. S.) jest prawną przyczyną ochrony posiadania. Naruszyć można posiadanie tylko zapomocą takiego czynu (Handlung) który, gdyby posiadacz nie szukał ochrony, sprawiłby ten skutek, że w razie potrzeby wytoczenia potem sporu (petytoryjnego) o dotyczące prawo, posiadacz dotychczasowy nie mógłby pozostać w roli pozwanego, ale musiałby wystąpić w roli powoda.

Ażeby czyn jaki zdołał wywrzeć ten skutek, posiadanie naruszający, musi on zawierać w sobie następujące pierwiastki:

1) działanie dodatnie — zewnętrznie tak uprzymiotnione, że albo przysparza aktualnie jakieś posiadanie działającemu, albo wyzuwa aktualnie przeciwnika z dotychczasowego posiadania w całości lub w części, albo przynajmniej zdolne jest wyzuć przeciwnika z dotychczasowego posiadania w całości lub w części.¹⁾ Jeżeli czyn naruszenia ma to następstwo, że posiadacz dotychczasowe posiadanie swoje aktualnie utracił, wtenczas naruszenie nazywamy wyzuciem z posiadania (w znac. techn., Besitzentsetzung — Entziehung); we wszystkich innych przypadkach mówimy o naruszeniu posiadania (w znac. techn., Besitzstörung). Od prawidła że tylko dodatnie działanie może posiadanie naruszyć, §§fy 345, 346, stanowią wyjątek (por. §. 27. n.)

[Nie będzie naruszenia posiadania: gdy np. kto odmówi posiadaczowi uznać jego posiadania; jeżeli zażąda od niego, iżby znosił wykonywanie jakiegoś prawa; jeżeli dłużnik w czasie właściwym nie uiści należnego świadczenia, którego powtarzanie się stanowi treść posiadania (prawa); gdy dzierżyciel zmieni jednostronnie wolę dzierżenia (alieno nomine) i oświadczy posia-

¹⁾ Pouczające praktyczne przypadki naruszenia posiadania ob. *Randa*, str. 162—164.

daczowi, że odtąd chce wykonywać posiadanie (suo nomine § 319); gdy najemca lub dzierżawca odmówi zwrotu rzeczy najmowanej lub dzierżawionej po upływie czasu najmu lub dzierżawy¹⁾ lub gdy przeciw postanowieniom umowy rzecz wypuści w podnajem lub poddzierżawę. Natomiast będzie naruszeniem posiadania prawa żądania świadczeń dodatkich, gdy dłużnik nie tylko należnego świadczenia nie uiści ale także zaprzeczy posiadaczowi prawa, które on wykonywa²⁾ (Verweigerung §. 351 „erklärt“). Zaprzeczenie prawa będzie naruszeniem, gdy wierzyciel wytoczy skargę possessor, zaś wyzuciem, gdy skargi nie wytoczy. Wyzucia z posiadania tego prawa może także dokonać osoba trzecia (nie dłużnik), gdy przywła szczy sobie prawo wierzycielowi służące i zamiast niego od dłużnika świad czenie przyjmie. Samo niewykonanie zobowiązania jest wyzuciem z posiadania tylko wtedy, gdy prekarysta pomimo żądania posiadacza niezwroci mu rzeczy dzierżonej — §§. 345. 346 prekarysta „nabył posiadanie“ a więc „wyzuł“ z niego dotychczasowego posiadacza.]

2) Pierwiastkiem drugim naruszenia jest zamiar działającego (Absicht) skierowany albo wprost na przysporzenie sobie posiadania albo przynajmniej na wyzucie posiadacza z dotychczasowego posiadania w całości lub w części.

[Niema naruszenia: gdy działanie dokonywa się wbrew woli działającego (n. p. koń unosi jeźdźca po cudzym gruncie); gdy polega na błędzie (Irrthum n. p. ktoś przechodzi przez grunt cudzy sądząc, że to jest grunt jego własny); gdy kto działa licząc na uprzejmość posiadacza, (n. p. ktoś zacerpie wody ze studni sąsiada, z którym żyje w przyjaźni); gdy kto działa pod przymusem chwilowej konieczności (n. p. przejście lub przejazd przez cudzy grunt w razie pożaru, powodzi i t. p. ograniczenia dla ratunku w czasie pożaru). Dla tego nie mogą naruszyć posiadania własnymi czynami osoby, które woli nie mają, jak: dzieci, chorzy na umyśle i osoby prawnicze. Nie będzie naruszeniem posiadania takie działanie, które skierowane jest wyłącznie do osoby posiadacza a nie do jego stosunku posiadania, chociażby przez to osoba ta w wykonywaniu swojego posiadania aktualnie doznała przeszkody (n. p. pobicie kogoś w jego mieszkaniu lub na własnym jego gruncie)]

¹⁾ *Canstein*, VI. str. 138—144 broni zdania, że gdy posiadacz prawa ograniczonego terminem ad quem, który z mocy tego prawa dzierżył rzecz w imieniu właściciela, np. najemca, dzierżawca, depozytaryusz, komodataryusz, po nadejściu terminu ad quem, zatrzymuje rzecz wskutek jednostronnej woli swojej, chcąc wykonywać nadal dotychczasowe posiadanie prawa, przez to wyzuwa właściciela z posiadania. Konsekwencye tego zdania, które uważam za mylne, pod względem praktycznym sięgają bardzo daleko (por. wywody tego autora) por. §. 21 n

²⁾ Praktyka sądowa jest chwiejną ob. Randa, str. 155. tudzież uw. 11.

Do istoty zamiaru naruszenia nie należy bynajmniej zamiar albo choćby świadomość przekroczenia majątkowej dziedziny posiadacza jako czynu prawem zabronionego — (Verletzung). Ten pierwiastek winy (Delictsmoment) co do pytania, czy zachodzi naruszenie posiadania czyli nie, zupełnie jest obojętny. Naruszenie posiadania może być wykonane nawet w dobrej wierze.

3) Trzecim pierwiastkiem naruszenia jest t. zw. samowładność w działaniu (Eigenmacht). W rozumieniu kodeksu działanie jest wtenczas samowładnem, jeżeli wykonywa się: a) przeciwko woli posiadacza lub przynajmniej bez jego zezwolenia, tudzież b) z pominięciem właściwej władzy, c) a nie należy do treści prawa, które się już posiada. (§§. 422. 855. 1321. — 19. 204. 797. 978. 1038. 1191. 1440 tudzież 315. 320. 339.)

[Samowładności nie wyklucza bynajmniej ta okoliczność, że działającemu służy jus possidendi, (n. p. gdy nabywca realności na licytacji sądowej uzyska sądowe przyznanie własności, albo gdy ktoś jako powód skargi wydobyczej wygra spór o własność ¹⁾ Samowładności nie może nigdy popełnić władza, gdy działa z mocy swojego urzędu. Wykonawca rozkazów władzy działa samowładnie, gdy je wykonywa w rzeczywistości inaczej aniżeli mu polecono. Jeżeli władza mylnie dała polecenie, wtenczas dopuszcza się samowładności ta strona, na korzyść której wydano polecenie por §. 3. dekr. nadw. z d. 20 Maja 1845 l. 889 Zb. n. s. „o wyłączeniu z pod egzekucyi“.

Niemasz działania samowładnego, gdy n. p. kto rozpoczyna budowlę, uzyskawszy wprzód konsens od właściwej władzy; gdy sąd wprowadza w posiadanie rzeczy osobę, która ją nabyła na licytacji sądowej; dalej w razach wywłaszczenia pod budowę drogi żelaznej (§§ 35 46. ust. z d. 18 Lutego 1878. l. 30); w przypadkach przewidzianych w ustawie górniczej d. 3/5. 1854 (§§. 26 i n. 98 i n.) w przypadkach określonych kodeksem w §§. 422. 855. 1321.]

(Wyjątek.) Od prawidła, że tylko naruszenie posiadania jest przyczyną jego ochrony, zachodzą wyjątki w tych przypadkach, w których w skutek samego tylko zaprzeczenia posiadania podług ogólnych zasad procesowych lub stosownie do szczególnych postanowień prawa (§. 292 proc. powsz. 387 proc. gal.) dopuszczalnemi są: albo skarga o samo tylko „uznanie (istnienia) posiadania“ (präjudicium, Präjudicialklage), albo téż zarzut (exceptio) zmie-

¹⁾ Pouczające wypadki z praktyki sądowej u Randy str. 240—245. i uw. 19) — 29).

rzający do takiego „uznania“ (präjudicium). Przyczyną takiej ochrony nie jest naruszenie lecz zaprzeczenie posiadania.

ROZDZIAŁ III.

§. 24.

Cel ochrony (Zweck, Ziel.).

(Prawidło.) Kto potrzebuje ochrony prawnej dla posiadania, temu nie tylko idzie o to, ażeby ten stosunek aktualny, który został nadwreżony, uznano jako posiadanie. Jemu idzie głównie o to, ażeby na tego, kto jego posiadanie nadwreżył, włożono obowiązek do działania, jakiego potrzeba, ażeby zaszłe nadwreżenie nie pozostawiło żadnych następstw. Prawidłowo zatem cel prawnej ochrony posiadania zmierza tak do uznania (präjudicium) jak i do skazania (condemnatio). Obowiązek wynikający ze skazania może być dwojaki: *a)* w razie naruszenia posiadania (w znaczn. tech.) polega on na tém, że kto posiadanie naruszył, musi usunąć przeszkody, które naruszenie stanowiły, tudzież wstrzymać się na przyszłość od wszelkiego naruszenia; *b)* w razie zaś wyzucia z posiadania na tém, że kto przeciwnika z posiadania wyzuł, musi mu je przywrócić. Possessoryjna ochrona zmierza albo do utrzymania naruszonego posiadania (Besitzstörungsklage, analog. interdicta retinendae possessionis) albo do przywrócenia utraconego posiadania (Besitzentsetzungsklage, B.-Entziehungsklage, analog. interdicta recuperandae possessionis). W obudwóch przypadkach prawo austr. podobnie jak rzymskie pozwala łączyć ze skargą possessoryjną roszczenie o wynagrodzenie szkody, o ile ono jest uzasadnione (§. 1295 „Verschulden“ podobnie jak w pr. rzymsk.) Jednakże skazanie (condemnatio) we wyroku może objąć to roszczenie o wynagrodzenie szkody (odmiennie od prawa rzymskiego) tylko wtedy, jeżeli pozwany sam takowe uzna. Inaczej sędzia odeśle roszczenie takie na zwykłą drogę prawa t. j. do dochodzenia zapomocą osobnej właściwej skargi (petytoryjnej) ex delicto (§. 5. przyt. ces. rozp. z roku 1849.) Tém postanowieniem prawo austr. wy-

kluczyło stanowczo przypuszczenie, które *Savigny* co do prawa rzymskiego przyjął mylnie za podstawę swojej teorii, jakoby skargi possessoryjne były z istoty swojej skargami *ex delicto*. Pomijając kwestyę odpowiedzialności za szkody, którą samą dla siebie podług dotyczących zasad prawa oceniać należy, to ze względu na samo posiadanie czyn naruszenia tegoż wytwarza zobowiązanie, (Obligation) mocą którego posiadacz przeciwko temu, kto ten czyn popełnił, nabywa roszczenie o usunięcie przeszkód posiadanie naruszających tudzież o zaniechanie nadal naruszenia, a względnie o przywrócenie posiadania. Roszczenie to przechodzi na dziedziców (Universalsuccession) tak po stronie czynnej jako i biernej. *Haereditas jacens* przedstawia tak wierzyciela jak dłużnika, który po powstaniu roszczenia zmarli (§. 547).

(Wyjątek.) Natomiast w wyjątkowych przypadkach skargi lub zarzutu, zmierzających tylko do samego „unania posiadania (prajudicium)“, cel ochrony prawnej ogranicza się z natury rzeczy tylko do uznania, z wykluczeniem skazania (condemnatio). Wypadki takie zachodzą n. p. w sporach possessoryjnych, które mogą wynikać z §§. 348, tudzież 851—853; a następnie wtenczas, gdy posiadacz przechwala się prawem, które posiada, i z tego powodu wytoczy ktoś przeciw niemu skargę wywoławczą.

[Ope exceptionis żądanie o uznanie posiadania (prajudicium) bez skazania, por. §. 23 n]

ROZDZIAŁ IV.

Środki ochrony.

(Schutzmittel).

§. 25.

Pogląd historyczny.

Rozliczne „interdicta“ prawa rzymskiego, których udzielał pretor dla ochrony posiadania, w dziejowym rozwoju swoim musiały ulegz pewnym przeobrażeniom.

(I. retinendae poss.) Na podstawie *interdictum uti possidetis*, przeznaczonego pierwotnie jako środek ochronny w celu utrzymania naruszonego posiadania rzeczy nieruchomej (*retinendae possessionis*) wyrobiła się skarga *possessorijna* „*possessorium ordinarium*“ zwana. Jej skutek był obustronny (*judicium duplex*). Zaskłaniał od niej zarzut, że powód nabył posiadanie wadliwie „*vi, clam, precario*“. Pozwany mógł odzyskać utracone w ten sposób posiadanie. Skarga ta przedawniała się przez upływ anni utilis. Dochodzenie stanu i przymiotu posiadania obudwóch stron spornych in *possessorio ordinario* z natury rzeczy dłuższego wymagało czasu. Następczo się zatem konieczne to praktyczne pytanie: jakież stan posiadania ma trwać tymczasowo, dopóki dochodzenie sądowe nie wykaże podstawy do orzeczenia stanowczego? Odpowiedziała na to pytanie najprzód praktyka włoska, która rychło i do Niemiec weszła, a z której wyłoniło się osobne postępowanie sądowe „*possessorium summarium* także *summarissimum*“ zwane. Były to zarządzenia doraźne, tymczasowe, wywołane pierwotnie obawą gwałtów (*timor armorum*), później także słusznym względem na majątkowe położenie stron spornych. Sędzia albo ustanawiał sekwestratora i powierzał mu tymczasowo posiadanie, albo przyznawał takowe jednej ze stron sporu również tymczasowo. Taki charakter zatrzymały w dziedzinie powszechnego prawa niemieckiego obadwa wymienione środki ochronne mianowicie t. zw. „*p. ordinarium*“ i „*p. summarissimum*“ aż dotąd.¹⁾ Natomiast w prawach partykularnych rozwój rzeczonych środków nieco odmiennym podążył torem. A mianowicie skarga „*possessorium ordinarium*“ zwana z biegiem czasu zwichnęła tutaj swój pierwotny charakter czysto *possessorijny* i coraz bardziej zmieniała się w środek ochrony lepszego posiadania. Wynikła ztąd potrzeba wzajemnego ważenia w toku sporu dobroci posiadania stron spornych, która oczywiście wprowadziła do tego sporu pewien pierwiastek prawny. Wskutek tego *possessorium ordinarium* przybrało charakter *petytoryjny*. Z drugiej zaś strony,

¹⁾ Ob pouczające wywody historyczne z jednej strony *Bruns*, przyt ob „Literatura“ także *Meischeder*, ob „Literatura“; z drugiej strony *Delbruck* Die dingliche klage des d. R. 1857

naturalną kolejną rzeczy, także *possessorium summariissimum* odbiegało coraz bardziej od pierwotnego przeznaczenia swojego, aż w końcu zajmując miejsce *possessorii ordinarii*, z zarządzenia tymczasowego przeistoczyło się w osobną i jedyną skargę czysto *possessoryjną*. Do praw partykularnych, które takiemu rozwojowi sprzyjały, należy także prawo austriackie. Tutaj *possessorium ordinarium* wydało z siebie skargę *petytoryjną*, urządzoną na wzór rzymskiej *Actio Publiciana*, dla ochrony posiadania szczególnie uprzymiotnionego (por. §. 29 n. §. 372 k. c.) Zaś *possessorium summariissimum* wydało z siebie skargi *possessoryjne*, dla ochrony posiadania jako takiego przeznaczone (arg. ces. rozp. z d. 27 Paźdz. 1849. l. 12. tudzież materiały prawodawcze do tegoż ces. rozp. ogłoszone przez *Cansteina* VI. str. 199).

(I. recuperandae poss.) Co się dotyczy téj grupy rzymskich „*interdicta (unde vi, de precario)*“ które miały na celu wprost przywrócenie utraconego posiadania, a których dopuszczalność pierwotnie pod wielu względami była ograniczoną, to uległy one w nauce i praktyce wieków średnich pod wpływem prawa kanonicznego znacznemu przeobrażeniu. Udzielano ich nie tylko posiadaczowi ale także i dzierżycielowi. Nie czyniono różnicy, czy przedmiotem posiadania (lub dzierżenia) była rzecz ruchoma czy nieruchoma, czy też prawo. Rozszerzono ich zakres na wszelkiego rodzaju wypadki utraty posiadania, byle ona nie była dobrowolną. Nakoniec dla przedawnienia skargi *recuperandae possessionis* zakreslono przedawnienie 30-letnie. Jednakże prawo powszechnie niemieckie, idąc za naukowym przewodem *Böhmera* w zeszłym stuleciu a *Savigny'ego* w bieżącym, oczyszcza instytucję skarg *possessoryjnych* w teorii i praktyce z tych następstw minionéj tendencji prawodawstwa wieków średnich. Od tych błędów uchroniło się prawodawstwo austriackie w zasadzie.

(Prawo austr.) Prawo austriackie zlało wszystkie dawniejsze różnorodne *interdicta* w dwie skargi główne, które stosownie do przyczyny i celu ochrony posiadania zmierzają albo do utrzymania posiadania naruszonego (*retinendae p.*) albo też do przywrócenia posiadania utraconego (*recuperandae possessionis*). Skargi te służą posiadaniu tak rzeczy jak i praw, ale nie służą dzierżeniu. Podstawą skargi jest naruszenie posiadania „*samowładne*“. Zaś

czas przedawnienia tylko wyjątkowo wynosi lat 30 (wzgl. 3. 40) prawidłowo zaś jest raczej za krótki aniżeli za długi.

O ile posiadaczowi w razie naruszenia posiadania służą także środki prawa publicznego (§. 314.), pytanie to nie wchodzi w zakres nauki prawa prywatnego.

§. 26.

I. Skarga o utrzymanie posiadania.

(Besitzstörungsklage).

I. Skarga ta służy posiadaczowi przeciwko każdemu, kto posiadanie naruszył (w znac. techn. por. §. 339).

II. Podstawę skargi (Klagegrund), którą powód przytoczyć i dowieść powinien, składają dwie następujące okoliczności:

1) ostatnie posiadanie powoda t. j. fakt, że powód w chwili doznanego naruszenia znajdował się w takim aktualnym stanie, jaki prawo nazywa posiadaniem;

[Nabycia posiadania koniecznie zawsze dowodzić nie potrzeba, przeciwnie dowód prawa in petitorio — zajdzie tego potrzeba, gdy powód po nabyciu nie mógł jeszcze przedsięwziąć odpowiedniej czynności. Inaczej może nie wystarczyć, rozstrzyga wykonywanie jako stan trwający — czynność niekoniecznie tuż przed samém naruszeniem — co do praw np. gdy: a) zaprzestanie dobrowolne, b) a nie upłynął czas przedawnienia (§. 351) Animus possidendi nie trzeba dowodzić — zasada procesowa ogólna (§. 851 §. 5 przyt ces rozp z r. 1849) „letzten“]

2) naruszenie posiadania przez pozwanego t. j. fakt, że pozwany wykonał działanie tak uprzymiotnione, jak tego pojęcie naruszenia (w znac. techn.) wymaga (por. §. 23. n.).

[Że pierwiastków wewnętrznych t. j. zamiaru i samowładności (por. §. 23 n.) dowodzić nie trzeba, wskazują ogólne zasady procesowe].

III. Żądaniem skargi (Klageanspruch) jest nakaz przywrócenia posiadania powoda do tego stanu, w jakim ono było przed naruszeniem a więc usunięcie tych przeszkód, któremi posiadanie naruszono, dalej zakaz naruszania nadal tego posiadania pod rygorem egzekucyi, na koniec (ewentualnie) wynagrodzenie szkody przez naruszenie posiadania zrzędzonéj. Zakaz dalszego naruszania wkłada na pozwanego obowiązek, który z zasady jest

natury ujemnej. Gdy jednak pozwany naruszył posiadanie prawa, któremu odpowiada obowiązek polegający na świadczeniach dodatkowych, wtedy nie może on jako dłużnik inaczej wykonać obowiązku, który wynika z nakazu usunięcia przeszkód tudzież z zakazu naruszenia posiadania, jak tylko przez to, że uiszczyć świadczenie, którego wprzód odmówił, i uiszczać będzie nadal należne świadczenia. W takim przypadku nakaz przywrócenia dawniejszego stanu posiadania będzie w istocie rzeczy skazaniem pozwanego dłużnika na uiszczenie zaprzeczonego świadczenia. Zaś zakaz dalszego naruszenia posiadania będzie skazaniem dłużnika na uiszczenie dalszych świadczeń należnych. Ponieważ w ten sposób wierzyciel dochodzi skutecznie swojego prawa przeciwko dłużnikowi drogą skargi possessoryjnej bez potrzeby wytaczania trudniejszej drogi sporu petytoryjnego, dla tego praktyka częstokroć wzdraga się uznać tę konieczną konsekwencję ochrony posiadania praw osobistych polegających na świadczeniach dodatkowych. Z tego też powodu — i w rzeczy samej, nie bez słuszności — prawodawstwa najnowsze (n. p. kodeks saski w §. 512) wykluczają zupełnie posiadanie na tego rodzaju prawach osobistych. (por. §. 3. 10. n.)

§. 27.

II. Skarga o przywrócenie posiadania (Besitzentsetzungsklage).

Skarga ta różni się od poprzedzającej o tyle, o ile to wpływa z odmiennego skutku tego działania, na którym polega naruszenie. Ona służy dotychczasowemu posiadaczowi przeciwko temu, kto go z posiadania wyzwał (Dejicient §. 346. §. 2. przyt. ces. rozp. z r. 1849). W skład podstawy będzie zatem należeć obok: 1) posiadania powoda w chwili doznanego naruszenia, tudzież 2) czynu naruszenia, także 3) utrata posiadania jako skutek czynu naruszenia. Za tą odmianą pójdzie także odmiana pod względem żądania skargi, którym będzie w pierwszym rzędzie: nakaz przywrócenia utraconego posiadania tak, jak ono istniało w chwili zaszłego wyzucia, tudzież (ewentualnie) wynagrodzenie szkody.

(Błędna stylizacya kodeksu.) Kodeks wyraża się w §. 346 o pozwanyh téj skargi w sposób z dwojakiego względu niejasny.

1) A najprzód określając przymiot pozwanego kodeks używa wyrazu „Besitzes“. Mogłoby się wydawać, że ten wyraz ma tutaj znaczenie techniczne. Wtedy nie byłoby prawnej ochrony dla posiadacza przeciw dzierżycielowi, a byłaby ochrona tylko przeciw posiadaczowi. Tę sprzeczność kodeks niewątpliwie popełnić nie chciał. Błędna ta stylizacja ztąd powstała, że redaktorowie mieli tu na oku takie przypadki, jakie się w życiu najczęściej zdarzają. Ale i tego do skargi nie potrzeba, ażeby pozwany w chwili skargi znajdował się jeszcze w stanie posiadania lub dzierżenia. Skarga będzie uzasadnioną, choćby pozwany tymczasem w jakibądź sposób posiadanie lub dzierżenie utracił, jeśli tylko powoda z niego wyzuł. W takim razie oczywiście pozwany nie będzie mógł posiadania zwrócić, będzie tylko odpowiedzialnym za szkody. (§. 346. §. 2. pryt. ces. rozp. z r. 1849).

[Wyrażenie kodeksu „*unechter Besitzer*“ oznacza sposób wyzucia z posiadania. Niema skargi przeciwko trzeciemu — *actio spolii* prawa kanonicznego, gdy wiadomoś o samowładném wyzuciu.]

2) Powtóre kodeks stanowi, że skarga o przywrócenie posiadania służy tylko przeciw posiadaczowi „wadliwemu“ a więc wtedy tylko, gdy kto posiadacza wyzuł z posiadania *vi clam*, lub *precario*, §§. 345. 346. 1464. O podobném ograniczeniu kodeks nie wspomina tam, gdzie stanowi co do skargi o utrzymanie posiadania. Nasuwa się przeto oczywiście wątpliwość: czy są takie wypadki, w których czyn jakiś jako czyn naruszenia w ogóle uprzymiotniony, gdyby w następstwie swoim wyzuł przeciwnika z posiadania, nie uzasadniałby skargi, zaś uzasadniłby ją, gdyby posiadanie przeciwnika tylko naruszył? Wątpliwość ta znalazła istotnie przystęp u niektórych komentatorów. Ona jednak niknie zupełnie, gdy rozważymy: znaczenie jakie miały pojęcia „*vi clam*, *precario*“ w czasie naszej kodyfikacyi, dalej logiczną konsekwencyę §. 339 („*jede*“), a zwłaszcza téż stylizacyę §. 2. pryt. ces. rozp. z r. 1849 („*widerrechtlich*“). A mianowicie formułka prawa rzymskiego „*vi clam, precario*“, weszła do kodyfikacyj dzisiejszych dla określenia wadliwego nabycia posiadania. Ale wyraz „*vis*, (Gewalt) (§. 1464.) ani w znaczeniu kodeksu, ani téż w rozumieniu nauki i praktyki powszechnego prawa niemieckiego nie oznacza „*przemocy* (*vis atrox*)“.

On określa jedynie pojęcie „czyu samowładnego“ (eigenmächtige Handlung) w tém znaczeniu, w jakim tenże stanowi istotny pierwiastek „naruszenia“ posiadania (w znac. rozciagl. por. §. 23. n.) Takie znaczenie nadaje wyrazowi „vis (Gewalt)“ powszechnie także nasza praktyka sądowa.

Wynika ztąd, że gdyby kodeks dla oznaczenia, co może być podstawą do skargi o przywrócenie posiadania, był postanowił to tylko, iż wyzucie musi nastąpić „vi“, już byłby tém wyrażeniem objął wszystkie wypadki działania, które w ogólności a więc także i dla uzasadnienia skargi o utrzymanie posiadania pojęcie „naruszenia“ (Besitzstörung w znac. rozciagl.) wyczerpują. Wynika ztąd dalej, że wyszczególnienie przypadku nabycia posiadania „clam“ w kodeksie (§. 345. ii.) jest całkiem zbędne. Takie nabycie bowiem musi być zawsze z natury rzeczy samowładnem, ono mieści się przeto w określeniu „vi“. Osobne przytoczenie tego przypadku tłumaczy się historycznie tém, że kodeks oparłszy się raz w urzędzeniu skarg possessoryjnych na rzymskim pierwiastku powsz. prawa przejął także ową tradycyjną formułkę rzymską „vi, clam, precario“. Wynika ztąd nareszcie i to, że wyszczególniony osobno przypadek nabycia posiadania „precario“ (§. 345. ii.) jest przypadkiem, który może uzasadnić tylko skargę o przywrócenie ale nie może uzasadnić skargi o utrzymanie posiadania. (por. §. 23. n.).

§. 28.

III. Zarządzenia tymczasowe (Provisorische Vorkehrungen).

Spór o posiadanie nie zawsze da się rozstrzygnąć tak rychło, jak tego wymaga w daném położeniu rzeczy wzgląd na ład społeczny i na bezpieczeństwo majątku stron interesowanych. Dla tego to już w wieku XIII praktyka wytworzyła wzmiankowane poprzednio „possessorium summarissimum“ jako osobny, rzecz można, doraźny środek ochronny dla posiadania (por. §. 25. n.) Jego celem pierwotnym było zapobiedz gwałtom (timor armorum), a nadto urządzić stan posiadania mający trwać tymczasowo, dopóki w sporze possessorii ordinarii nie został urządzony stanowczo. Z natury takiego celu postępowanie było jak najkrótsze

i jak najszybsze. Zamiast dowodów sędzia poprzestawał na wykazaniem prawdopodobieństwie. Kończyło się na tém, że tymczasowo przyznawał sędzia posiadanie albo jednej stronie albo drugiej, zazwyczaj trzymając się tego, kto wykazał posiadanie ostatnie. A jeżeli była ważna w téj mierze wątpliwość, lub gdy tego wymagały względy na spokój publiczny, sędzia ustanawiał sekwestratora, i jemu tymczasem wykonywanie posiadania powierzał. Taki charakter zachowało *possessorium summariissimum* w obrebie powsz. prawa niem. aż dotąd. Myśl przewodnią tego środka tymczasowego przejęło także prawodawstwo austr. i zastosowało ją w toku sporu *possessoryjnego*, wymagając wprawdzie, ażeby strona interesowana objawiła żądanie takiego zarządzenia, nadając jednak sędziemu w wyborze odpowiednich ku temu środków zupełną swobodę (§§ 292 proc. sąd. 347. k. c. §. 10 przyt. ces. rozp. z r. 1849).

§. 29.

IV. Zarzuty w sporze *possessoryjnym* (Einreden im Besitzprocess).

Z natury skargi *possessoryjnej* wynika, że pozwany nie może się bronić przeciwko niej zarzutami płynącymi ze względu na prawo, bo te są natury *petytoryjnej* (§§. 346 $\frac{1}{2}$. 347 $\frac{1}{2}$ §. 5. przyt. ces. rozp. z r. 1849). Również jasnym jest, że pozwanemu nie służy *exceptio rei judicatae*, gdyż skarga *possessoryjna* daje ochronę posiadaniu w chwili naruszenia tegoż. Chwila ta powtarzać się nie może, w każdym więc sporze osobnemu podlega rozpoznaniu.

Dwa są zarzuty *materyalnego prawa*, któremi pozwany może się zasłonić przed skargą *possessoryjną*, mianowicie:

I. Zarzut przedawnienia (Verjährung).

Że roszczenie wynikające z naruszenia posiadania będąc *obligatoryjnym* ulega przedawnieniu, to nie podpada żadnej wątpliwości, (por. §. 24 n.) Ale spornym jest w nauce pytanie: w jakim czasie przedawniają się takie skargi? Gdyby o tém pytaniu miał

rozstrzygać sam tylko kodeks, to potrzebaby uznać, że skargi possessoryjne ulegają przedawnieniu prawidłowemu a więc w latach 30. (względnie 3. 40. §§. 351. 1. 479. i nast.). Materyały prawodawcze dowodzą, że takie było rzeczywiście zapatrywanie redaktorów kodeksu. Odkąd jednakże przyt. ces. rozp. z d. 27 Paźdź. 1849 l. 12, postanowiło, że skargę possessoryjną można wytoczyć tylko w ciągu dni 30. licząc od tego dnia, w którym posiadacz dowiedział się o zaszłém naruszeniu (a tempore scientiae), zapatrywanie z kodeksu wypływające musiało się zachwiać. Od téj chwili sąd o czasokresie przedawnienia dla skarg possessoryjnych zawisł wyłącznie od pytania: czy czasokres dni 30. w ces. rozp. z r. 1849 postanowiony co do istoty swojej jest czasem przedawnienia czy też tylko czasokresem proceduralnym, mianowicie t. zw. terminem prekluzyjnym (Fallfrist)? W pierwszym przypadku czasokres przedawnienia dla skarg possessoryjnych wynosiłby: a) w razie takim, jeżeli posiadacz dowiedział się o zaszłém naruszeniu — 30 dni, licząc a tempore scientiae co do czynu naruszenia (nie zaś co do osoby tego kto naruszył), b) zaś w razie takim, jeżeli posiadacz nie dowiedział się o zaszłém naruszeniu, — 30. (3. 40) lat, licząc od wykonania czynu naruszenia. Natomiast w przypadku drugim czasokres przedawnienia wynosiłby w każdym razie 30. 3. 40. lat. Różnica ta prócz względu na upływ czasu ma jeszcze i inną doniosłość, a zwłaszcza też tę, że jeżeli termin dni 30. poczyta się za czas przedawnienia, wtedy sędzia uwzględni tę okoliczność tylko w takim razie, gdy pozwany tego zaząda (§. 1501.), zaś pozwany, który uczynił taki zarzut, będzie musiał wziąć na siebie ciężar dowodzenia (onus probandi) jako podstawy zarzutu téj okoliczności, że czasokres dni 30 już upłynął. Ciężar ten niemałéj jest wagi, pozwany bowiem potrzebuje w takim razie udowodnić chwilę, w której powód o zaszłém naruszeniu otrzymał wiadomość. Taki zaś dowód z natury rzeczy musi być nader trudnym. Wszystko to miałoby się wprost przeciwnie, gdyby ów czasokres dni 30. wypadało uznać jako termin prekluzyjny. Wtedy sędzia musiałby brać wzgląd na upływ tego czasu z urzędu (ex officio), zaś powód miałby ten także niełatwy obowiązek dowodzenia, że dowiedział się o zaszłém naruszeniu nie wcześniej, aniżeli na dni 30. przed wytoczeniem skargi, gdyż okoliczność ta stanowiłaby w takim razie jedno z podstawowych wymagań skargi possessoryjnej. W rozwiązywaniu powyższego

pytania praktyka sądowa jest chwiejną ¹⁾, zdania w nauce rozdwojone. Za uznaniem charakteru terminu „przedawnienia“ oświadcza się *Randa*, broniąc trafnie tego zdania przeciwko *Cansteinowi*. W obronie zdania przeciwnego wystąpił świeżo *Krainz*, który jednak mimoto onus probandi wkłada na pozwanego. Pogląd *Randy* uważam za uzasadniony.

[1] Wzgląd historyczny: „annus utilis“ prawa rz. był czasokresem przedawnienia. 2) Wzgląd logiczny: a) charakter ochrony possessoryjnej jest „tymczasowy“ czasokresy długie spieczne z jego naturą. b) Skutek upływu czasokresu niszczy roszczenie possessoryjne nie tylko co do formy ale i co do zaskarżalności stanowczo. Zdanie *Randy* uważam za uzasadnione, jakkolwiek z materiałów prawodawczych do przyt. ces. rozp. z r. 1849 okazuje się, że redaktorowie tegoż rozp. mieli raczej na myśli termin prekluzyjny aniżeli czas przedawnienia. Na tę opinię redaktorów dla tego wagi nie kładę, gdyż nie widzę, żeby sobie byli zdali jasno sprawę ze skutków poczytania tego czasokresu za termin prekluzyjny. Jeżeli redaktorowie mniemali — jak się zdaje — że po upływie dni 30. powód może wynieść roszczenie swoje in poss. ordinario, to byli w błędzie. Poss. ordinarium bowiem nie służy dla tego samego roszczenia z tytułu posiadania ale dla zupełnie innego roszczenia z tytułu prawnego. W każdym razie de lege ferenda uznać wypada, że zaczęcie biegu przedawnienia od chwili zaszłego naruszenia, tudzież dłuższy nieco termin byłyby zmianami pożądanymi. Zmiany podobne zawiera projekt do ustnej procedury sądowej ²⁾.]

Gdy roszczenie possessoryjne ulegnie przedawnieniu, wypływa z tego ważne następstwo, że jeżeli ten kto posiadanie powoła naruszył, sam wszedł w jakieś posiadanie, to jego posiadania nie wolno już odtąd naruszać. Temu nowemu posiadaczowi służy odtąd prawna ochrona. Jeżeli on powtórzy czyn, który stanowił poprzednio naruszenie posiadania przeciwnika, to teraz czyn ten będzie wprost wykonaniem własnego posiadania. A jeżeliby posiadacz dawniejszy wykonał jaki akt podobny, wtedy już on naruszy nowego posiadacza w jego posiadaniu.

(Błędna stylizacja ustawy.) Przytaczane powyżej ces. rozp. z r. 1849 stanowi w §. 2. że, gdy powód wniesie skargę o

¹⁾ Ob. u *Randy*, str. 250—251. uw. 37. 38.

²⁾ Co do szczegółów interpretacji pro i contra ob. *Menger* G. Z. 1876. Nr. 99. *Canstein*, VI. str. 156 — 158 *Randa*, str. 250 i uw. 37. *Burckhard*, str. 88—90

ochronę naruszonego posiadania po upływie dni 30. a tempore scientiae, natenczas należy go odesłać „do zwyczajnej skargi o posiadanie w drodze prawa“ („ordentliche Besitzklage im Rechtswege“). Ponieważ skargi wyносzone na podstawie ces. rozp. z r. 1849. różnią się i tém także od skarg innych, że toczą się w postępowaniu niezwykle szybkim, krótkim i w ogóle od zasad innych form procedury odmienném, które zatém przedstawia się co do formy jako nadzwyczajne (summariissimum), dla tego ów ustęp §. 2. przyt. ces. rozp. dał podstawę do następującego rozumowania: „Skargi possessoryjne mogą być wytaczane tak długo, dopóki nie upłynie prawidłowy czas przedawnienia (lat 30. wzgl. 3. 40); jeżeli skarga taka będzie wyniesioną w ciągu dni 30. a tempore scientiae, wtenczas spór ma się toczyć podług postępowania nadzwyczajnego „summariissimum“ t. j. podług form przyt. ces. rozp. z r. 1849; zaś jeżeli skarga zostanie wytoczoną po upływie owych dni 30, wtedy ta tylko zajdzie odmiana formalna, że spór toczyć się będzie podług form zwykłego postępowania, które w tém znaczeniu „ordinarium“ nazwano, ale co do istoty swojej skarga taka zawsze będzie possessoryjną, „ordentliche Besitzklage im Rechtswege“, jak mówi ustawa. Takie zapatrywanie znalazło po części przystęp do praktyki sądowej zwłaszcza dawniejszej. Jednakże i w praktyce przeważa już stanowczo to jedynie trafne zdanie, że „ordentliche Besitzklage im Rechtswege“, o której wspomina §. 2. przyt. ces. rozp. z r. 1849. nie jest skargą possessoryjną lecz petytoryjną. Jest to skarga, którą kodeks na wzór rzymskiej Actio Publiciana w tym celu ustanowił, (§. 372) ażeby posiadaczowi szczególnie uprzymiotnionemu (t. j. prawnemu, w dobrej wierze i niewadliwemu razem, por. §. 4. n.) dać osobny środek prawnej ochrony. Takie posiadanie nie jest jeszcze „prawem“. Ale ono doznaje szczególnej ochrony prawnej nie dla tego że jest „posiadaniem“, tylko dla tego, że w jego szczególném uprzymiotnieniu tkwi taki pierwiastek prawny“, który prawo uważa za dosyć ważny, ażeby udzielić mu osobnej ochrony. I ten to wzgląd na pierwiastek prawny nadaje skardze Actio Publ. zwanęj znamię petytoryjne. Kodeks, który posiadanie w ogóle prawem być mieni, tém téż bardziej posiadanie szczególnie uprzymiotnione jako prawo uważa. Kodeks, oceniając siłę tego t. zw. prawa, znajduje, że ono jest mocniejszym od posiadania (nie-

uprzymiotnionego szczególnie — §§. 324. 346. 347. „stärkeres Recht” zaś słabszém od własności (§. 372. „Vermuthetes Eigenthum”). Dla tego przeznaczają mu pod tym względem miejsce środkowe pomiędzy posiadaniem a własnością (§§. 851. 853.). A gdy na określenie tego t. zw. prawa kodeks sam w ogóle używa raz wyrażenia „rechtlicher Besitz” to znów „Besitzrecht” (por. §. 6. n.) nie więc dziwnego, że i w §. 2 ces. rozp. z r. 1849 skarga temu prawu dla ochrony dodana nazwaną jest „ordentliche Besitzklage”. Dokładniejsze przedstawienie istoty téj skargi należy do nauki o prawie własności. (W najnowszym czasie znów podnoszą się głosy za zdaniem, że wzmiankowana powyżej „ordentliche Besitzklage im Rechtswege” jestto skarga possessoryjna, którą wolno wynieść po upływie owych krytycznych dni 30. podług postępowania zwyczajnego. Tak świeżo i Burekhard).

II. Zarzut wadliwego nabycia posiadania (exceptio vitiosae possessionis ab adversario).

Kto utracił posiadanie wskutek czynu, przez który osoba działająca nabyła wadliwie posiadanie lub dzierżenie (por. §. 27. n.), ten nabył przeciw téjże osobie roszczenie osobiste (obligatoryjne) o przywrócenie posiadania (por. §. 24 n.). Jestto powszechną zasadą prawa pryw., że roszczeń wszelkich dochodzić można tak długo, dopóki one nie ulegną przedawnieniu, zarówno drogą skargi jak drogą zarzutu (ope exceptionis) podług wyboru uprawnionego. Wynika ztąd, że jeżeli posiadacz wyzuty z posiadania vi, clam, lub precario, dopóki roszczenie jego o przywrócenie posiadania nie uległo przedawnieniu, wykonał jaki akt posiadania, który sam z siebie narusza posiadanie przeciwnika wadliwie od niego nabyte — i jeżeli wskutek tego przeciwnik wytoczy przeciw niemu skargę possessoryjną — to skardze téj będzie mógł pozwany skutecznie przeciwstawić roszczenie o przywrócenie własnego posiadania. Będzie to bowiem właśnie taki wypadek, w którym posiadaczowi nastęrcza się sposobność dochodzenia swojego roszczenia drogą zarzutu. Inaczej takież sposobności nie miałby on nigdy, bo niebyłby zresztą nigdy w tém położeniu, ażeby mógł wybierać między dochodzeniem swojego roszczenia drogą skargi a dochodzeniem ope exceptionis. Zapatrywanie to chociaż sporne przeważa tak w praktyce jak i w nauce.

[Argumenta przeciwników (także *Unger*) a) § 339 „jeder“ § 346 „jeden unechten“, b) własna pomoc contra § 19. Zbija *Kramz*, *Randa*, *Mages* w *G. Z.* 1862. Nr. 61. 62. Tak O 106. 4483.]

Nadmienić zresztą wypada, że przypadki zarzutu *vitiosae possessionis* ab *adversario* w praktyce niezbyt często się zdarzają. Albowiem dotyczący posiadacz, który miałby uczynić taki zarzut, nie może mieć naprzód pewności, że w chwili, kiedyby mógł wnieść swój zarzut, nie upłynie jeszcze czas przedawnienia 30-dniowy. Okoliczność ta nie zależy od niego. Dla tego zazwyczaj nie naraża się na tę niebezpieczną niepewność, lecz sam skargę wytacza, zanim termin przedawnienia upłynie.

§. 30.

V. Skutek orzeczenia possessoryjnego (Wirkung des possessorischen Erkenntnisses).

Skutek orzeczenia sądowego, wydanego w sporze possessoryjnym, podług prawa austr. jest jednostronnym. To znaczy, że tylko posiadanie powoda może w orzeczeniu znaleźć uznanie (*präjudicium*), a tylko pozwany może uleść skazaniu (*condemnatio*) kiedy przeciwnie w prawie rzymskiem spór possessoryjny był *judicium duplex*. Są jednak wypadki, w których i podług austr. prawa orzeczenie sądowe co do posiadania działa podobnie, jak gdyby miało skutek obustronny, mianowicie: a) gdy posiadacz broni się od skargi wywoławczej zarzutem posiadania (por. §. 24. n.), b) gdy w toku sporu possessoryjnego sędzia w drodze zarządzenia tymczasowego przyzna posiadanie pozwanemu (por. §. 28. n.) c) gdy w toku postępowania o odnowienie granic z §. 851. okaże się, że się granica zatarła, albo o granicę powstanie spór między stronami; wtedy bowiem każda ze stron może się domagać uznania swojego posiadania.

Następujące są skutki materialne orzeczenia possessoryjnego: 1) Skutek najbliższy polega na uznaniu spornego posiadania, tudzież tego roszczenia osobistego, które czyn naruszenia wytworzył (por. §. 24. n.) Uznanie posiadania, wypowiedziane w orzeczeniu possessoryjnym załatwia spór „co do posiadania“ stanowczo (*definitiv*). Tymczasowe uznanie posiadania wypływa li tylko z za-

rzędzeń tymczasowych sędziego przed wydaniem orzeczenia wydanych (por. §. 24. n.).

[Nie sprzeciwia się temu bynajmniej] osnowa § 15 przyt. ces. 10zp. z r. 1849 („einstweilige Norm“ i „provisorisch“) Wyrok in petitorio później wydany może nadać jus possidendi — uznanie prawa stanowcze — ale to nie in possessorio tylko in petitorio]

2) Dalszy skutek orzeczenia possessoryjnego objawia się wtedy, jeżeli powoda pozwany z posiadania aktualnie wyzuł, a orzeczenie possessoryjne wypadło dla powoda pomyślnie. A mianowicie w takim razie pomimo, że aktualnie stan posiadania powoda został przerwany, to przecież wskutek zapadłego orzeczenia pod względem prawnym tak się uważa, jak gdyby żadna przerwa w jego posiadaniu nie była nastąpiła. Skutek ten bardzo ważny ze względu na ocenienie pytania: czy aktualna utrata posiadania przerywa zaczęte zasiedzenie, (§. 1460) wypowiada kodeks wyraźnie w §. 351 tylko co do posiadania praw i to tylko w stosunku do dłużnika. Jednakże *Zródłowski* ¹⁾ wykazał przekonująco przeciw *Randzie*, że skutek ten podług prawa austr. przyjąć należy także dla posiadania praw w stosunku do osób trzecich, tudzież dla posiadania rzeczy (§. 346. „Zurücksetzung in die vorige Lage“. Napis do §§. 344—346 „Erhaltung des Besitzstandes).

3) Nakoniec skutkiem istotnym orzeczenia possessoryjnego jest to, że ono urząda w sposób stanowczy role tych stron, które miały spór possessoryjny na wypadek, gdyby z sobą wieść miały spór petytoryjny. W sporze bowiem petytoryjnym temu przypadnie w udziale rola pozwanego, kto utrzymał się przy posiadaniu z mocy orzeczenia possessoryjnego. Wypływa ztąd to bardzo ważne następstwo, że gdy wierzyciel prawa osobistego, któremu odpowiada obowiązek polegający na świadczeniach dodatnich (n. p. prawa płynącego z ciężaru gruntowego, Reallast) utrzymał się in possessorio w posiadaniu tegoż prawa przeciw dłużnikowi, który posiadanie naruszył (por. §. 10. n.), wtedy in petitorio nie potrzebuje już wierzyciel pozywać dłużnika o uznanie prawa i skazanie dłużnika na uiszczenie. Przeciwnie dłużnik musi pozwać wierzyciela o uznanie, że takie prawo, jakie tenże posiada, nie istnieje. Tutaj

¹⁾ Ob. *Zródłowski*, Untersuchungen aus dem österr. Civilrecht. 1872. str 55 — 63

orzeczenie possessoryjne przerzuca wprost prawidłowe role wierzyciela i dłużnika w razie sporu. Słusznie też co do dopuszczalności ochrony posiadania na prawach tego rodzaju *de lege ferenda* z wielu stron ważne podnoszono już wątpliwości, (por. §. 3. 26. n.) Przedstawienie strony processowej orzeczeń possessoryjnych nie wchodzi w zakres nauki o materyalném prawie pryw.

§. 31.

VI. Skarga o zaprzestanie budowli (Einspruch gegen Bauführungen, Operis novi nunciatio).

Skargę possessoryjną szczególnego rodzaju określa kodeks w §§. 340—342 tudzież w §. 8. przyt. ces rozp. z r. 1849 (jako konsekwencyę zasady ogólnej §fu 339, por. napis do §. 340 „besonders“) Taka skarga szczególna służy:

1) tylko posiadaczowi (aktualnemu nie t. zw. tabularnemu, jak mniemają niektórzy) rzeczy nieruchomej lub prawa na rzeczy nieruchomej, bez względu czy to prawo jest rzeczowém czy osobistém (n. p. najemcy, dzierżawcy, interpretacya rozszerzająca §. 340.)

2) przeciwko temu, kto rozpoczyna budowlę (także wodną) lub rozbieranie budowli istniejącej — o ile do tych czynności potrzebne jest zezwolenie władzy policyi budowniczej — jeżeli tenże przedtém nie zachował tych ostrożności, które procedura sądowa i inne postanowienia w tej mierze przepisują (§. 72 proc. powsz. 72. 73. proc. gal., dekr. nadw. z d. 5 Marca 1787 l. 641. zb. u. s., dekr. kanc. nadw. z d. 25 Marca 1841, l. 8303 — §§. 8. 9. przyt. ces. rozp. z r. 1849) a to tak długo, dopóki stawianie lub rozbieranie budowli nie zostanie ukończoném;

3) jeżeli to stawianie lub rozbieranie budowli stanowi w ogóle naruszenie posiadania, t. j. jeżeli ma w sobie te wszystkie znamiona, jakich prawo według zasad ogólnych (por. §. 23. n.) wymaga do pojęcia „naruszenia“ posiadania. (§. 340 „in seinen Rechten“ oznacza „posiadanie“).

Do istoty zresztą i skutków skarga taka podlega ogólnym prawidłom dla skarg possessoryjnych podanym, z wyjątkiem następujących dwóch osobliwości, które jęj tylko są właściwe; a) po-

pierwsze, że przeciwko tój skardze służy pozwanemu dwojaki zarzut szczególnego rodzaju a mianowicie: albo ten, że powód ze względu na posiadanie, które teraz skargą chce ochronić, nie uczynił żadnego zarzutu wtenczas, gdy był obecnym przy komissyi zarządzonej w tym celu przed rozpoczęciem stawiania lub rozbierania budowli w myśl przyt. powyżej postanowień procedury sądowej i ustaw odnośnych; albo ten, że powód, chociaż otrzymał dotyczące wezwanie do udziału w owój komissyi, jednak przy niej się nie stawiał. W obudwóch tych wypadkach gaśnie roszczenie powoda do pozwanego z tytułu naruszenia posiadania przez stawianie lub rozbieranie budowli, o ile czynności te dokonywają się ściśle podług wydanego zezwolenia władzy budowniczo-policyjnej (§. 340 a contrario, przyt. dekr. nadw. z d. 5 Marca 1787, także praktyka sądowa);

b) powtóre, że jeżeli powód, niezawisłe od właściwego żądania skargi o naruszenie (por. §. 26. 27. n.) zażąda w toku sporu, ażeby w drodze zarządzenia tymczasowego pozwanemu nakazano zaprzestać rozpoczętego stawiania lub rozbierania budowli, to sędzia nie może, ale musi wydać taki nakaz (por. §. 28.) Od tego przepisu wtenczas tylko zachodzi wyjątek: a) jeżeli takie zaprzestanie budowli lub jej rozbierania naraziłoby pozwanego na niebezpieczeństwo, lub też b) jeżeliby pozwany na korzyść powoda dał odpowiednie zabezpieczenie (kaucyę) na wypadek zrządzonych mu szkód, zaś powód nie dałby nawzajem takiego zabezpieczenia.

§. 32.

VII. Skarga o zabezpieczenie od grożącej szkody (Cautio damni infecti).

Pomiędzy środkami ochrony posiadania kodeks zamieścił także w §. 343. skargę o zabezpieczenie, zwane pospolicie „cautio damni infecti“. Przepis ten kodeksu znajduje się także przytoczony w §. 15. ces. rozp. z d. 27 Paźdz. 1849, l. 12. określającego postępowanie sądowe dla skarg possessoryjnych. Koniecznym następstwem tych przepisów ustawy jest, że spór o cautio d. i. musi się toczyć podług tych prawideł proceduralnych, które wzmiankowane ces. rozporządzenie dla skarg possessoryjnych przepisuje. Mimo to

jednak taka forma postępowania sądowego nie może zmienić istoty samej tej skargi. A podług istoty swojej oceniona skarga ta nie należy do skarg possessoryjnych, ponieważ nie jest przywiązaną do samego tylko posiadania, a celem jęj nie jest ochrona posiadania. A mianowicie podstawą tej skargi jest prócz posiadania rzeczy lub prawa rzeczowego, także niebezpieczeństwo grożące posiadaczowi pewną szkodą (§. 343. „Schaden drohe“), na którą jest narażony. Na tym pierwiastku „grożącej szkody“ spoczywa waga tej skargi. Ona chroni posiadacza nie od naruszenia lub niepokojenia jego posiadania, ale wprost od „szkody“, która może spotkać jego osobę, z ujmą nie dla posiadania ale dla majątku. Jest to zatem jeden ze środków prawnej ochrony przeciw możliwym w przyszłości nadwreżeniom praw (Schutzmittel gegen mogliche Rechtsverletzungen). Mimoto niektórzy autorowie ¹⁾ zaliczają i tę skargę do skarg possessoryjnych, kładąc nacisk na to, że jęj podstawą nie jest pewne „prawo“ ale tylko posiadanie. Autorowie ci widzą w tej skardze środek ochrony posiadania „zagrożonego“ (des bedroheten Besitzes, w odróżnieniu od posiadania „naruszonego“ i „utraconego“.)

¹⁾ Tak *Canstem*, VI str 123—127 który zdanie swoje wywodami popiera

SKRÓCENIA.

Jeżeli przytoczone są same tylko §§., to oznacza, że przytoczono §§ powsz kodeksu cyw austr

Litera **n.** położona obok §. oznacza odwołanie się na „niniejszą książkę“

Ustawy przytoczone bez podania dziennika, w którym były obwieszczone, są to ustawy państwowe obwieszczone w dzienniku ust państwa

Litera **O** oznacza Orzeczenia najwyższego Sądu Jeżeli obok znajduje się **Rep**, to oznacza orzeczenie zamieszczone w „Spruchrepertorium“ naj Sądu, inaczej zaś oznacza orzeczenie zamieszczone w zbiorze Glasera, Ungera i Walthera

G Z oznacza allg osterr Gerichtszeitung

Ust. hip. oznacza ustawę o księgach gruntowych z d 25 Lipca 1871 r. l. 95. dz. u p.

Ust. karn. oznacza ustawę karną

Proc. powsz. oznacza powszechną ustawę o postępowaniu sądowém sporném

Proc. galic. zaś takąż ustawę dla Galicyi

Zb. u. s. znaczy zbiór ustaw sądowych.

