

WŁADYSŁAW ROZWADOWSKI (Poznań)

Posiadanie w prawie polskim na tle prawa rzymskiego *

Zbieżność tematu z tytułem, jaki nosi jedna z najlepszych monografii Stanisława Wróblewskiego¹, nie jest przypadkowa. Zamierzam bowiem z jednej strony skoncentrować uwagę na tym, jaki wpływ wywarły rzymskie koncepcje na instytucję posiadania w zunifikowanym prawie polskim, z drugiej zaś starać się będę analizować tę instytucję również z punktu widzenia ustaleń, jakie w swej pracy o posiadaniu poczynił właśnie Stanisław Wróblewski.

Wspomniane dzieło Wróblewskiego ukazało się w ostatnim roku *vacatio legis* niemieckiego kodeksu cywilnego BGB. Umożliwiło to autorowi analizę posiadania z punktu widzenia dwóch przeciwstawnych sobie w tym względzie systemów. Kodeks cywilny austriacki (ABGB) z roku 1811, stanowiący główną kanwę rozważań Wróblewskiego, hołdował w kwestii posiadania koncepcji romanistycznej, natomiast kodeks cywilny niemiecki uległ poważnie wpływom koncepcji germańskiej.

Co skłoniło Wróblewskiego do studium nad posiadaniem? Chyba wrodzona mu skłonność do zajmowania się problemami szczególnie trudnymi i kontrowersyjnymi, boć przecież do takich właśnie należała za jego czasów i należy także do dnia dzisiejszego instytucja posiadania w prawnym jego ujęciu.

W pierwszych latach ubiegłego stulecia nauka romanistyczna pozostawała pod urokiem przełomowego dla instytucji posiadania traktatu Savigny'ego *Das Recht des Besitzes*². Kiedy jego podstawowa i mister-

* Główne tezy niniejszego artykułu stanowiły treść referatu wygłoszonego na polsko-włoskim kolokwium w Jabłonninie w dniach 8-10 października 1985 r. poświęconym wpływom myśli romanistycznej na współczesne koncepcje cywilno-prawne na przykładzie dzieł Stanisława Wróblewskiego i Biagio Brugii. W skróconej wersji ukazał się on w języku włoskim w neapolitańskim czasopiśmie „Judex” (nr 16 z 1988 r., s. 231-244).

¹ S. Wróblewski, *Posiadanie na tle prawa rzymskiego*, Kraków 1899.

² Wydanie pierwsze tej pracy ukazało się w roku 1803, wydanie szóste w roku 1836, a wydanie siódme, w opracowaniu Rudorfa, w roku 1865.

nie zbudowana konstrukcja posiadania została w roku 1868 podważona przez Iheringa rozprawą *Über den Grund des Besitzschutzes*, spór wokół naszej instytucji rozgorzał z taką siłą, iż — jak powiada Wróblewski — „samo tylko zestawienie poglądów wygłoszonych co do tego przedmiotu w ostatnich 30 latach stworzyłoby książkę poważnej objętości”³. W 50 lat później włoski romanista Mario Lauria w tej samej kwestii stwierdza: „Jego historia [tj. historia posiadania] stara, pełna rozlicznych i głębokich skrzywień, obrazowana przez największych jurystów ubiegłego wieku, w swej ocenie nakłada skrajną powściągliwość; stąd awersja do jego kompleksowego opracowania, którego nikt nie jest w stanie odtworzyć we wszystkich jego poszczególnych znaczeniach”⁴.

Stopień trudności w badaniach nad posiadaniem w ogóle ilustrują najlepiej wypowiedzi trzech znakomitych romanistów. Bonfante stwierdzał: „Pojęcie posiadania jest najbardziej spornym wśród pojęć prawnych, geneza posiadania i motyw jego obrony — największą pasją historii i doktryny”⁵. Volterra pisał: „Doktryna posiadania i rekonstrukcja rzymskiej koncepcji tej instytucji przedstawia jeden z najtrudniejszych problemów romanistycznych”⁶. Wróblewski z kolei tak uzasadniał swe zainteresowanie posiadaniem: „Mimo tego [chodzi o liczne publikacje poświęcone posiadaniu — W. R.], czy dlatego, stan sprawy jest taki, że siła atrakcyjna posiadania zapewne przez długi czas jeszcze nie osłabnie [...] Sądzymy jednak, że konstrukcja posiadania nie jest niemożliwą, byleby tylko trzymała się właściwych granic i zadowoliła się określeniem pola, na którym prawo pozytywne normując posiadanie rysuje jego kontury. A gdyby ta nadzieja okazała się mylną, usprawiedliwieniem będzie to, że błędzących było więcej”⁷.

Ta ostatnia konkluzja Wróblewskiego skłoniła również autora niniejszej publikacji do przedstawienia własnego punktu widzenia na istotę i genezę posiadania rzymskiego, by następnie przyjrzeć się, w jakim stopniu rzymska koncepcja posiadania znalazła swe odbicie w dwóch kodyfikacjach polskiego prawa rzeczowego: w Dekrecie z roku 1946 i w Kodeksie cywilnym z roku 1964.

Powróćmy zatem do prawa rzymskiego. Istnieje w naszej dyscyplinie *communis opinio*, iż jednym z najbardziej spornych problemów wokół rzymskiego posiadania jest jego geneza⁸, a nadto sama terminologia, jaką posługiwali się prawnicy rzymscy dla określenia różnych postaci

³ S. Wróblewski, o.c., s. 2.

⁴ M. Lauria, *Note sul possesso*, w: Studi Solazzi, Napoli 1948, s. 780.

⁵ P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, III, Milano 1972, s. 170.

⁶ E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1972, s. 389.

⁷ S. Wróblewski, o.c., s. 2.

⁸ Zob. wyżej cytowaną wypowiedź Bonfantego, a nadto F. Bozza, *Sull'origine del possesso*, w: Ann. Univ. Macerata, 1931, nr 4, s. 189 i n.

władztwa faktycznego nad rzeczą⁹. Wydaje się, iż „rozrzut” w poglądach na istotę posiadania był wśród prawników rzymskich nie mniejszy niż wśród współczesnych cywilistów¹⁰. Nic więc dziwnego, że Ihering, usiłując wywrócić fundamentalną koncepcję posiadania, tak misternie skonstruowaną przez Savignyego, posługiwał się tymi samymi co on tekstami Digestów justyniańskich, odmiennie je tylko interpretując. Jakich granic sięgał brak w tej mierze konsekwencji, ilustrują dwie wypowiedzi tak znakomitego prawnika, jakim był Papinian: *possessio autem plurimum facti habet*¹¹ oraz *plurimum ex iure possessio mutuetur*¹².

Sporów tych zapewne nie bylibyśmy w stanie odtworzyć, gdyby kompilatorzy justyniańscy mieli klarowną wizję posiadania i pod tym kątem dokonali konsekwentnych interpolacji fragmentów przejętych do „Corpus Iuris Civilis”. Ponieważ tak się jednak nie stało, podzielić należy optymizm Wróblewskiego, który uważał, iż odtworzenie konstrukcji posiadania jako takiego jest w pełni możliwe. Pod jednym wszakże warunkiem — w oderwaniu od jakiegokolwiek systemu prawa stanowionego. Kwestię tę najbardziej syntetycznie ujął Bonfante: „Także posiadanie w swych składnikach jest zawsze stosunkiem faktycznym, choćby prawo go nie uznawało, na przykład w odniesieniu do niewolników, o tyle o ile nie może uznać skutków prawnych, jakie ów fakt winien powodować”¹³.

⁹ Faktyczne władanie rzeczą określano w źródłach rzymskich, posługując się stosunkowo zróżnicowaną terminologią. Obok najstarszego *usus* i nieco młodziej *possessio* w prawie klasycznym występują już takie terminy, jak: *possessio civilis*, *p. naturalis*, *p. iusta*, *p. iniusta*, *p. corpore*, *corporaliter possidere*, *naturaliter possidere*, *tenere*, *in possessionem esse* i in. Jeśli do tego dodamy, iż w prawie justyniańskim niektóre z tych terminów oznaczały co innego aniżeli w prawie klasycznym, trudności w rozwikłaniu tej mozaiki terminologicznej, a tym samym i rekonstrukcja skutków prawnych samego posiadania w prawie rzymskim rysują się nam wyjątkowo ostro. Problemom terminologii związanym z posiadaniem rzymskim poświęcone są zwłaszcza prace S. Riccobono, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse*, w: ZSS, 1910, nr 31, s. 231 i n.; tenże, *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, w: *Scritti in onore di G. P. Chironi*, Torino 1915, I, s. 377 i n.; tenże, *La teoria romana del rapporto di possesso. Le dottrine*, w: BIDR, 1948, nr 49-50, s. 40 i n.; E. Albertario, *Appunti per una critica moderne e le legislazioni*, w: BIDR 1911, nr 23, s. 51 i n.; tenże, *Le mie colpe, sulla terminologia del possesso*, Pavia 1915, tenże, *Distinzioni e qualificazioni in materia di possesso*, w: *Studi di diritto romano*, II, Milano 1941, s. 183 i n.; G. Scherillo, *Contributi alla dottrina romana del possesso. I. Possessio naturalis*, w: RIL, 1930, nr 63, s. 507 i n.; W. Kunkel, *Civilis und naturalis possessio*, w: *Symbolae Friburgenses*, Leipzig 1935, s. 40 i n.; C. A. Cannata, *Possesso. Diritto romano*, w: NNDI, XII, s. 323 i n.

¹⁰ Zbyt często, moim zdaniem, usiłuje się występujące w Digestach justyniańskich różnice zdań wśród jurystów rzymskich na temat posiadania zrzucić na karb justyniańskich interpolacji.

¹¹ D. 4, 6, 19.

¹² D. 41, 2, 49 pr.

¹³ P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, Milano 1963, s. 265.

Żadne prawo nie może kreować stanu faktycznego. Może co najwyżej z określonym stanem faktycznym łączyć rozmaite skutki prawne. Tak też stało się i w prawie rzymskim, gdy z faktem posiadania zaczęło ono na przykład łączyć nabycie na rzeczy prawa własności przez zasiedzenie (*usucapio*), a później otoczyło posiadanie ochroną interdyktalną. Aby jednak owe skutki mogły nastąpić, prawo stawiało posiadaniu pewne wymogi. Nie każde bowiem faktyczne władanie rzeczą skutki owe rodziło. Odtąd stosunek prawa do posiadania może być trojaki: 1. posiadanie prowadzić może do wywołania przewidzianych prawem skutków, jak zasiedzenie, ochrona posesoryjna¹⁴, 2. posiadanie może pozostawać prawnie obojętne¹⁵, wreszcie 3. posiadanie może być niezgodne z prawem¹⁶. Dostrzegamy tu pewną analogię z innym stanem faktycznym, jakim według prawa rzymskiego było małżeństwo: 1. *Iustum matrimonium* dla Rzymian to tylko takie pożycie mężczyzny z kobietą, któremu towarzyszy wola obojga traktowania tego związku jako małżeństwo. Prawnymi wymogami takiego związku było: *conubium* obojga małżonków, ich dojrzałość fizyczna oraz *consensus* tak małżonków, jak również ich zwierzchników rodzinnych, jeśli którekolwiek z nich znajdowało się *sub patria potestate*¹⁷. 2. Brak jednego z tych wymogów powodowało, iż pożycie dwojga osób odmiennej płci traktowane było jako *matrimonium iniustum*¹⁸ i nie wywoływało prawie żadnych skutków prawnych, czyli pozostawało prawnie obojętne. 3. Małżeństwo zawarte wbrew wyrażnym zakazom zwane było *nefariae et incestae nuptiae*¹⁹ i od czasów najdawniejszych obwarowane było sankcjami karnymi.

Tak jak nie można twierdzić, iż pożycie mężczyzny z kobietą w czasach przedhistorycznych nie było małżeństwem dlatego, że jako stan

¹⁴ W źródłach posiadanie takie określa się jako *possessio civilis*, *possessio iusta* albo po prostu *possessio*.

¹⁵ Ten typ posiadania określają źródła jako *possessio naturalis*. Do tej kategorii należy posiadanie *filius familias* czy też niewolnika (D. 41, 2, 24), jeśli władają rzeczą z zamiarem zachowania jej dla siebie. Niewolnik z punktu widzenia prawa cywilnego wykonywał tu władztwo w imieniu swego pana. Przekształcał się jednak w posiadacza z mocy samego prawa, według Paulusa — z chwilą gdy sądownie uznano go za osobę wolną (d. 41, 2, 10, 3), a według Gaiusa — już z chwilą *ordinatio iudicii* (D. 40, 12, 25, 2). W identycznej sytuacji znajdowały się osoby *alieni iuris*. Także ich *possessio* stawała się *iusta* skoro tylko wyszły one spod władzy ojcowskiej (D. 41, 3, 44, 4).

¹⁶ Źródła określają je jako *possessio iniusta* albo *possessio vitiosa*. Do tej kategorii należy posiadanie nabyte siłą, podstępnie, prekaryjnie albo też posiadanie złodzieja.

¹⁷ Ulp. 5, 2. Zob. też na ten temat liczne publikacje E. Volterry, a zwłaszcza jego *Matrimonio. Diritto romano*, w: ED, XXV, Milano 1973, s. 732 i n.

¹⁸ E. Volterra, *Iniustum matrimonium*, w: *Studia in onore di G. Scherillo*, Milano 1972, s. 441 i n.

¹⁹ Gaius, I, 59; 64.

faktyczny nie wywoływało żadnych skutków prawnych²⁰, tak samo nie można twierdzić, iż faktyczne władanie rzeczą *cum animo possidendi* nie było posiadaniem, o ile nie wywoływało skutków prawnych. Te ostatnie bowiem nigdy nie należały do istotnych elementów posiadania. Nie mogą należeć dopóty, dopóki posiadanie traktowane będzie jako stan faktyczny, a nie jako prawo podmiotowe²¹. Gdybyśmy zakładali, iż posiadaniem jest tylko takie władztwo nad rzeczą, które wywołuje jakieś skutki prawne, wtedy doskonałą definicję, określającą posiadanie jako „dysponowanie faktyczną rzeczą, stan władztwa nad nią (niezależnie od tego, czy się jest właścicielem czy też nie) z zamiarem posiadania jej, dzierżenia dla siebie, z wykluczeniem innych”²² musielibyśmy uzupełnić zwrotem „o ile wywołuje skutki prawne”. Bez tego bowiem uzupełnienia definicja ta byłaby nieprawdziwa.

Jeśli określony prawodawca np. w ustawie o ochronie zasobów rybnych stanowi, iż „w rozumieniu niniejszej ustawy rak jest rybą”, nie oznacza to bynajmniej, iż z mocy takiego postanowienia rak rzeczywiście stanie się rybą. W podobny sposób ingerencja czynnika prawotwórczego prowadzić może do wypaczenia istoty posiadania. A działo się tak już za czasów rzymskich, kiedy odmawiano przymiotu posiadaczy osobom pozbawionym pełnej zdolności prawnej²³ lub władającym rzeczami wyjętymi z obrotu gospodarczego (*res extra commercium*) mimo że ich władztwo połączone było z *animus possidendi*. Przyznawano też przymiot posiadaczy osobom, które władały rzeczami bez *animus possidendi*²⁴. Zjawisko deformacji posiadania przez czynniki prawotwórcze obserwować możemy również na gruncie zunifikowanego prawa polskiego²⁵.

Jeśli przyjmiemy założenie aprioryczne, że posiadanie jako faktyczne władztwo osoby nad rzeczą nie jest prawem, lecz stanem faktycznym²⁶, to musimy zgodzić się i z tym apriorycznym twierdzeniem, że

²⁰ Zob. na ten temat L. Wa hr m u n d, *Das Institut der Ehe im Altertum*, Weimar 1933, s. 14 i n.

²¹ Zob. na ten temat poniżej, a także przyp. 26.

²² E. V o l t e r r a, *Istituzioni*, s. 389.

²³ Zob. uwagi w przyp. 15.

²⁴ O posiadaniu nietypowym zob. niżej s. 26.

²⁵ Obszerniej na ten temat zob. dalej s. 28 i n.

²⁶ Spór w doktrynie, czy posiadanie jest prawem czy stanem faktycznym trwa od czasu postglasatorów. Szczególnie ostro występował on w literaturze niemieckiej ubiegłego stulecia. Dla Savignyego posiadanie jako takie było zwykłym stanem faktycznym, ale powstałe z niego skutki prawne traktował już jako prawo, określające je mianem *ius possessionis*. Drugi koryfeusz nauki o posiadaniu Ihering nie ma już tych wątpliwości i traktuje posiadanie jako czyste prawo podmiotowe. Ostatnim rzecznikiem tej koncepcji był Bekker, dla którego *possessio* w źródłach rzymskich służy określeniu konsekwencji prawnych faktu posiadania i stąd traktowane być musi jako prawo. W literaturze włoskiej pogląd taki reprezentował np. Branca, *Il possesso come diritto affievolle*, w: Studi Carnelutti, III, 1950,

jego byt może być absolutnie oderwany od jakiegokolwiek porządku prawnego. Początków posiadania należy zatem szukać tam, skąd Nerva filius wywodzi genezę własności. *Dominumque rerum ex naturali possessione*²⁷ *cepisse Nerva filius ait*²⁸. Zdaniem Nerwy, a wyraził on tu pogląd zdecydowanej większości jurysprudenencji rzymskiej, posiadanie jest właśnie tym stanem, który wyprzedzał ukształtowanie się prawa własności, stanowiąc jego *prius*. Skoro własność związana jest integralnie z istnieniem organizacji państwowej, początków posiadania szukać musimy w pogrążonej w mrokach przeszłości. Spróbujmy tę cenną wskazówkę Nerry rozwinąć i uzasadnić.

Czy wolno nam jednak stosować tu metodę retrospektywną i badać zjawisko przez pryzmat dobrze ukształtowanej dzisiaj instytucji, jaką jest posiadanie? Na to pytanie odpowiedzi udziela nam Grzybowski, twierdząc, że określonego zjawiska społecznego, nawet w samych jego początkach, nie da się nigdy ocenić przy całkowitym odizolowaniu ocen od sposobu myślenia i kształtowania pojęć według współczesnego nam ujmowania i rozumienia konsekwencji tego zjawiska²⁹. Kierując się tą dyrektywą metodologiczną, możemy stwierdzić, iż posiadanie jest tak stare, jak stara jest walka człowieka z otaczającą go rzeczywistością³⁰. Przedmiotem władania prymitywnego człowieka były niewątpliwie ta-

s. 383 i n. W polskiej literaturze romanistycznej taki pogląd reprezentował wyłącznie B. Łapicki, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1948, s. 308. Wśród cywilistów polskich podziela go również A. Stelmachowski, *Istota i funkcje posiadania*, Warszawa 1958, s. 54 oraz S. Ritterman, *Pojęcia materialne w prawie cywilnym*, Kraków 1962, s. 288. Mało przekonywający wydaje się być pogląd Z. K. Nowakowskiego (*Prawo rzeczowe*, Warszawa 1980, s. 232), jakoby wyżej przedstawiony problem charakteru posiadania należał do zagadnień „o wątpliwej wartości praktycznej”. Gdyby w sposób jednoznaczny zaliczono posiadanie do kategorii praw majątkowych, nie byłoby w naszym prawie kwestii wątpliwych co do dziedziczności posiadania. Wówczas też nie można by było wśród rodzajów posiadania wyodrębniać (zob. Z. K. Nowakowski, o.c., s. 239) to, które jest prawne od tego, które jest bezprawne, prowadziłoby to bowiem do zwykłej *contradictio in adiecto*. Przykłady takie można oczywiście mnożyć.

²⁷ Termin *naturalis possessio* jest w źródłach rzymskich wieloznaczny (zob. na ten temat literaturę cyt. w przyp. 9). Najczęściej oznacza on to, co dzisiaj określamy mianem detencji, dzierżenia. Nerva użył go jednak w innym znaczeniu. Chodziło mu o takie władanie, które w odróżnieniu od *possessio civilis*, nie wywołuje przewidzianych przez prawo skutków (zob. też przypis 15), mimo że na jego istotę składa się zarówno fakt władania rzeczą (*corpus*), jak i wola zatrzymania rzeczy dla siebie (*animus possidendi*). Zob. też na ten temat M. Kaser, *EB*, s. 337 i przyp. 30; tenże, *RPR*, I, s. 386 przyp. 10.

²⁸ D. 41, 2, 2, 1.

²⁹ S. Grzybowski, *Dzieje prawa*, Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk 1981, s. 18.

³⁰ Myśl tę z wyjątkową jasnością sprecyzował H. Hattenhauer, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts*, München 1981, s. 116: „Der Besitz ist so alt wie die Menschheit. Man kann sogar mit gutem Grund dem Hund Besitz an-

kie rzeczy, jak zebrane owoce, upolowana zwierzyna, narzędzia, broń, odzież, legowisko itp. Jeżeli władanie takie połączone było z wolą zachowania tej rzeczy dla siebie, a otoczenie władcy fakt ten tolerowało, to bez wątpienia było to posiadanie w ścisłym tego słowa znaczeniu. W prymitywnych stosunkach, które w tej chwili analizujemy, możemy sobie wyobrazić, iż władający mógł przekazać „swoją” rzecz w czasowe władanie osobie trzeciej, np. użyczyć broni bliskiej mu osobie. Jeśli ta, np. po skończonym polowaniu, zamierzała zwrócić broń poprzednio władającemu, będziemy mieli do czynienia z typową postacią dzierżenia. Tym, co odróżniało jedno władztwo faktyczne od drugiego, był wyłącznie subiektywny stosunek obu władających osób do tej samej rzeczy, określanej przez jurystów rzymskich mianem *animus*.

Nie jesteśmy w stanie ustalić, przez ile tysięcy człowiek władał rzeczami jako ich posiadacz ani też kiedy pojawiło się zjawisko dzierżenia. Jedno jest jednak pewne, że dla ochrony obu form władania człowiek prymitywny posługiwał się dwoma znanymi do dzisiaj środkami służącymi do ochrony władztwa faktycznego: obronę konieczną — przy odpieraniu bezpośredniego ataku godzącego w sferę tego władztwa oraz samopomocą — w celu przywrócenia stanu naruszonego gwałtem³¹.

Dopiero z tą chwilą, w której w przywracaniu stanu poprzedniego przyszło człowiekowi z pomocą państwo, stwierdzić możemy, iż ukształtowane zostało prawo własności. I taki właśnie był tok myślenia Nerry, gdy formułował przytoczoną wyżej wypowiedź.

Z tą chwilą posiadanie jako instytucja straciło poważnie na swoim znaczeniu. Zasada bowiem pierwotnych porządków prawnych jest to, iż posiadaczem jest z reguły właściciel. Oto główna przyczyna, dla której najstarsze systemy prawne nie przywiązują większej wagi do instytucji posiadania. Być może zna je prawo babilońsko-asyryjskie czy też grecko-egipskie³², ale już prawo greckie w sposób precyzyjny posiadania od własności nie odgraniczało³³. Pod tym względem absolutny wyjątek sta-

seinem Knochen zusprechen. Demgegenüber ist das Eigentum als Rechtsbegriff noch jung und dazu besonders starken Wandlungen unterworfen gewesen”.

³¹ W prawie polskim (art. 343 k.c.) tak posiadacz, jak i dzierżyciel stosować mogą obronę konieczną dla utrzymania się przy rzeczy, a bezpośrednio po samowolnym pozbawieniu ich władztwa nad rzeczą mogą również stosować samopomoc w celu przywrócenia stanu poprzedniego, jeśli brak tego środka mógłby spowodować niepowetowaną szkodę. W prawie rzymskim usankcjonowanie samopomocy znajdowało swój wyraz m.in. w przyznaniu pozwanemu w postępowaniu interdyktalnym *exceptio vitiosae possessionis*. Jej skutkiem było to, że *qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario impune deicitur*. Na ten temat zob. również S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego. Prawo rzeczowe*. Kraków 1919, s. 106.

³² R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 106 i n.

³³ A. Kränzlein, *Eigentum und Besitz im griechischen Recht des fünften und vierten Jahrhunderts v. Chr.*, Berlin 1963, s. 147 i n. W literaturze przeważa

nowiło prawo rzymskie. Wkład pretora i jurysprudence rzymskiej w rozwój koncepcji posiadania jest bezsprzecznie jednym z najpoważniejszych osiągnięć w historii dorobku myśli prawniczej. A stało się to możliwe tylko dlatego, że stosunkowo wcześniej odkryli oni tę oczywistą prawdę, iż *separata esse debet possessio a proprietate*³⁴.

Najdawniejsze prawo rzymskie udzielało pozytywnej ochrony tylko posiadaczom właścicielskim, a to poprzez ochronę samego prawa własności. Stąd to pozwany za pomocą *legis actio sacramento in rem*, aby wygrać proces, musiał kontrawindykować. Posiadaniem niewłaścicielskim ówczesne prawo interesowało się o tyle, o ile prowadziło ono do nabycia własności w drodze *usucapio*. Takie posiadanie określali Rzymianie jako *usus*. Zewnętrznym bowiem wyrazem tego władztwa było używanie rzeczy, a jeśli towarzyszyła mu wola zachowania jej dla władcy, po upływie określonego prawem czasu zyskiwał on ochronę w drodze *legis actio sacramento in rem*³⁵.

Na tym etapie rozwoju nie do pomyslenia jest jeszcze ochrona posesoryjna przeciwko prawu własności. I oto w tym uświęconym tradycją wielowiekowego szacunku dla prawa własności wyłom robił pretor, przyznając ochronę komuś, kto nie jest bynajmniej właścicielem. Stało się to po raz pierwszy prawdopodobnie w odniesieniu do ekspluatatorów gruntów publicznych (*ager publicus*), które, zgodnie z doktryną rzymską, stanowiły własność narodu rzymskiego³⁶ i jako takie nie mogły być przedmiotem *usucapio*. Władanie tych gruntów, chronione pozaprocesowymi środkami, jakimi były interdykty, określa się mianem *possessio*³⁷. Na to, iż rzymska *possessio* wywodzi swój rodowód z władztwa na nieruchomościach, wskazuje wiele źródeł. Najbardziej dobitnie ujmuje to Festus: *possessio est usus quidam agri aut aedificii*. Spośród interdyktów

pogląd, iż prawo greckie, podobnie zresztą jak i inne prawa starożytności, znały własność pod postacią prawa względnego jako prawo o charakterze potestatywnym. Stąd brak też możliwości wyodrębnienia tam, obok własności jako prawa, również posiadania, czyli stanu faktycznego, który miałby własny byt autonomiczny. W tym sensie G. Luzzatto, rec. cyt. powyżej pracy Kränzleina, w: SDHI, 1964, nr 30, s. 405.

³⁴ D. 43, 17, 1, 2.

³⁵ Prawdopodobnie jedynymi wymogami najstarszej *usucapio* było używanie nadającej się do zasiedzenia rzeczy z zamiarem zachowania jej dla siebie i to przez czas prawem wymagany. Od kiedy słuszny tytuł i dobra wiara stały się równorzędnymi wymogami zasiedzenia, tego dokładnie stwierdzić nie możemy. Zob. na ten temat M. Kaser, EB, dyt., s. 296 i n.; tenże, RPR, cyt., s. 135 i n. W. Wołodkiewicz, *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986, s. 205 utrzymuje, iż wymogi te wprowadziło dopiero prawo klasyczne.

³⁶ Gaius 2, 7. Zob. też na ten temat W. Rozwadowski, *Definicje prawa własności w rozwoju dziejowym*, w: CPH, t. XXXVI, 1984, z. 2, s. 8, 12.

³⁷ Etymologicznie *possessio* wywodzi się od wyrazów *pote* i *sedeo*, a zatem wyraża pewną władzę, *potestas*. Zob. na ten temat obszerne wywody z dalszą literaturą u P. Bonfante, Corso III, s. 179 i n.; M. Kaser, EB, s. 139 i n.

posesoryjnych najstarszym jest także bez wątpienia *interdictum uti possidetis*³⁸, służący do ochrony posiadania nieruchomości.

Wzorem *ager publicus* zaczęto już w okresie republiki otaczać ochroną interdyktalną trzech innych dzierżycieli rzeczy cudzej, a mianowicie wierzycieli zastawniczych (*pignus*), prekarzystów (*precarium*) i depozytariuszy sekwestrowych (*sequester*). Tak więc w pierwszym okresie udzielano ochrony posesoryjnej przede wszystkim tym władcom, którzy pozbawieni byli ochrony petytoryjnej. Ich też określano mianem *possessores*.

Z biegiem czasu, kierując się zapewne troską o zachowanie ładu społecznego, taką samą ochroną otoczył pretor posiadanie *suo nomine*, jeśli pozbawione było ochrony petytoryjnej, a także posiadających właścicieli. Odtąd termin *possessio* zaczął wypierać dawną jej nazwę *usus*, stając się synonimem władztwa chronionego w drodze interdyktów posesoryjnych³⁹.

W świetle dotychczasowych wywodów trudno nam zgodzić się z poglądem, iż genezy posiadania szukać należy w początkach ochrony interdyktalnej. Pogląd taki można by uznać jako trafny, ale tylko w odniesieniu do samego terminu *possessio*, nie zaś w odniesieniu do posiadania jako faktycznego władztwa. Ono bowiem starsze jest nawet od prawa własności. Stąd też trudno zgodzić się z twierdzeniem Wróblewskiego, iż „dopiero przez ochronę skierowaną przeciw własności tzn. przez interdykt zaistniało posiadanie w znaczeniu technicznym”⁴⁰.

W świetle tych samych wywodów wzbudzać musi nasze zastrzeżenie aprioryczne twierdzenie, że koncepcja posiadania w prawie rzymskim uległa istotnym zmianom na przestrzeni całej historii rozwoju prawa rzymskiego⁴¹. To chyba nie koncepcja posiadania uległa zmianie, lecz zmieniało się jedynie podejście do niego czynników prawotwórczych oraz związana z tym terminologia służąca odzwierciedleniu skutków prawnych tego stanu faktycznego, jakim jest posiadanie.

Kiedy prawnicy epoki klasycznej przystąpili do teoretycznej analizy *possessio*, instytucja ta była już mocno wpleciona w cały system rzym-

³⁸ S. Wróblewski, *Posiadanie*, s. 83 i n.; P. Bonfante, *Corso III*, cyt., s. 194; M. Kaser, *RPR*, s. 398.

³⁹ Przy odtwarzaniu genezy rzymskiej *possessio*, ze względu na znikomą liczbę źródeł, zdani jesteśmy w dużej mierze na intuicję. Nic więc dziwnego, że M. Kaser (EB, s. 245) prezentując swą hipotezę co do rozwoju tej instytucji w prawie rzymskim, konkluduje: „Ein solcher Entwicklungsverlauf ist zwar nich sicher beweisbar, aber immerhin möglich”.

⁴⁰ S. Wróblewski, *Posiadanie*, s. 83.

⁴¹ E. Albertario, *Il possesso*, w: *Studi di diritto romano*, II, Milano 1941, s. 110: „Un punto potrebbe, anzi dovrebbe, aprioristicamente essere considerato fermo: la impossibilità che il concetto di possesso sia sempre stato uno solo, non modificatosi mai nel millenario corso del tempo, identico nel precetto decemvirale e nelle costituzioni giustiniane”.

skiego prawa majątkowego. Największe zasługi położył tu bezsprzecznie Paulus⁴². Ta właśnie analiza doprowadziła jurystów rzymskich do wyodrębnienia w posiadaniu dwóch jego elementów składowych: obiektywnego, a więc władztwa faktycznego, określanego przez naukę późniejszą w sposób nieprawidłowy jako *corpus*⁴³ i subiektywnego, a więc woli zachowania rzeczy dla siebie, tak jak swojej własnej, z wykluczeniem osób trzecich, określanego jako *animus possidendi*, albo po prostu *animus*⁴⁴.

W źródłach rzymskich są jednak dobrze znane sytuacje, w których władającemu rzeczą brak było zamiaru zachowania jej dla siebie, a mimo to źródła takie władztwo *alieno nomine* określają mianem *possessio*. Ale prawnicy rzymscy mieli tu pełną świadomość, iż takie władanie faktyczne rzeczą cudzą, chronione nawet w drodze interdyktów posesoryjnych, to postać *possessio* nietypowa i wyjątkowa⁴⁵. Te źródłowo udokumentowane stany wyjątkowe stanowiły jednak dla Iheringa najsilniejszy argument w jego krytyce savignyańskiej koncepcji posiadania i stały się podstawą twierdzenia, iż tzw. *animus domini* nie jest żadnym wymogiem posiadania w znaczeniu technicznym. O nim decyduje bowiem tylko to, czy ktoś rzeczą włada faktycznie, niezależnie od tego, jaki jest jego subiektywny stosunek do władania. Teoria Iheringa leży

⁴² Wróblewski nadaje mu miano specjalisty nauki o posiadaniu (*Posiadanie*, s. 75).

⁴³ W źródłach mowa jest wyłącznie o posiadaniu *corpore*, czy też *corporaliter*, w sensie władztwa fizycznego, materialnego

⁴⁴ Niektórzy autorzy określają go jako *animus rem sibi habendi*. Zob. np. B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1965, s. 326; W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1981, s. 251; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1969, s. 120; B. Lesiński, W. Rozwadowski, *Historia prawa*, Warszawa 1985, s. 99.

⁴⁵ *Animus possidendi* stanowił dla jurystów rzymskich podstawowe i jedyne kryterium odróżniające posiadacza od zwykłego dzierżyciela. Każde dzierżenie, czyli władanie rzeczą za kogoś innego, zakłada istnienie posiadacza, w którego imieniu dzierżyciel rzeczą włada. Savigny określa go mianem *dominus possessionis*. Ponieważ Rzymianie jako zasadę przyjmowali, iż *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* (D. 41, 2, 3, 5; D. 13, 6, 5, 15), przeto absolutnie wykluczone było (co z kolei możliwe jest na gruncie BGB oraz naszego Kodeksu cywilnego — zob. na ten temat poniżej, s. 30 — aby dzierżyciel mógł w świetle prawa rzymskiego uchodzić za posiadacza rzeczy. Stąd też juryści rzymscy mieli pełną świadomość tego, że posiadanie wierzyciela zastawniczego, prekarzysty i depozytariusza sekwestrowego to postacie dzierżenia, chronione jedynie interdyktami posesoryjnymi i jako takie traktowane były jako zjawiska nietypowe i wyjątkowe. Mylił się E. Meinscheider (*Besitz und Besitzschutz*, Berlin 1876, s. 8 i n.), twierdząc, iż w źródłach brak jakichkolwiek śladów, by prawnicy rzymscy te trzy wyjątki traktowali jako zjawisko anormalne. Bezpodstawność tego twierdzenia wykazał w sposób przekonywający P. Bonfante (*Corso III*, s. 195), dokumentując to licznymi przykładami źródłowymi.

więc u podstaw tzw. germańskiej koncepcji posiadania, której hołduje BGB, a która swój rodowód wywodzi ze starogermańskiej *Gewere*⁴⁶

Doktryna Iheringa wywarła niewątpliwie wpływ na poglądy Wróblewskiego. Także on w swej monografii o posiadaniu neguje rolę czynnika subiektywnego. Urzeczony genialną tezą Iheringa, iż posiadanie to strona zewnętrzna, czyli stan faktyczny prawa własności, definiuje on posiadanie jako „wykonywanie własności, w którym nikt nie narusza chroniących właściciela norm prawnych”⁴⁷. *Novum* w wywodach Wróblewskiego stanowi to, co on sam nazywa „negatywą”, czyli stosunek otoczenia do posiadacza wyrażający się w nieingerencji obcych w sferę jego władztwa⁴⁸.

Czy pogląd Wróblewskiego, a właściwie jego koncepcja posiadania, wywarła bezpośredni wpływ na ustawowe regulacje tej instytucji w prawie polskim? Na pytanie to trudno udzielić odpowiedzi kategorycznej. Gdy w okresie międzywojennym przystąpiono do unifikacji prawa polskiego, głównymi referentami projektu prawa rzeczowego byli Fryderyk Zoll junior oraz Jan Wasilkowski. Pierwszy, syn znakomitego romanisty krakowskiego Fryderyka Zolla, seniora, w całej swej pracy naukowej pozostawał pod przemożnym urokiem prawa rzymskiego. On również w trzy lata po opublikowaniu przez Wróblewskiego monografii o posiadaniu, ogłosił drukiem własną obszerną pracę pod tytułem *Posiadanie według prawa cywilno-austriackiego w zarysie*⁴⁹. Na samym początku tej 112-stronicowej rozprawy Zoll wyznaje, iż wykład nauki o posia-

⁴⁶ Co do charakteru *Gewere* zob. K. Koranyi, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 1976, s. 151, 275; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1986, s. 113; B. Lesiński, W. Rozadowski, o.c., s. 266 i n.

⁴⁷ S. Wróblewski, *Posiadanie*, s. 22 i n.; tenże, *Zarys*, s. 97. Koncepcja Iheringa traktująca posiadanie jako „odbicie, albo wysuniętą pozycję” prawa własności, skrytykowana została także przez Arangio-Ruiza (*Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1947, s. 270 i n.). Według niego bowiem atrybut tego władztwa jakim jest ochrona posesoryjna, musiałby odpaść, gdyby okazało się, że posiadaczowi nie przysługuje prawo własności. Pojmowanie posiadania jako „wykonywanie własności” zakłada też, iż nikt inny poza posiadaczem nie wykonuje żadnego z licznych uprawnień, które mieszczą się w treści prawa własności (na temat tych uprawnień zob. W. Rozadowski, *Definicje*, s. 14 i n.). Ponieważ suma tych uprawnień jest bardzo szeroka, zdarza się często, że są one wykonywane nie przez jedną, lecz przez więcej osób. Nie ma wątpliwości, iż „wykonywaniem własności” jest wnoszenie *rei vindicatio* przeciw posiadającemu niewłaścicielowi. To samo powiedzieć można o dysponowaniu własnością przez właściciela pozbawionego posiadania rzeczy. W obu przypadkach „wykonywanie własności” nie kreuje żadnego stanu faktycznego chronionego normami prawnymi.

⁴⁸ S. Wróblewski, *Posiadanie*, s. 5.

⁴⁹ *Przegląd prawa i administracji*, Lwów 1902, s. 477 - 489, 557 - 581, 637 - 652, 717 - 735, 797 - 808.

niu oparł również na rozprawie Wróblewskiego, zwłaszcza jeśli chodzi o wywody dotyczące konstrukcji posiadania⁵⁰.

Projekt zunifikowanego prawa rzeczowego był już gotów w roku 1937, ale moc prawną nadano mu dopiero 1 stycznia 1947 r. Dekretem z dnia 11 X 1946 r.⁵¹ Posiadanie uregulowane tam zostało w tytule XI w 20 artykułach. Pierwszy z nich (art. 296) podaje ustawową definicję posiadania: § 1. Kto rzeczą faktycznie włada jak właściciel, jest jej posiadaczem. § 2. Kto rzeczą faktycznie włada w zakresie odpowiadającym treści użytkowania, służebności, zastawu, prawa najmu lub dzierżawy albo innego prawa, z którym łączy się władza nad rzeczą, jest posiadaczem prawa, którego treści jego władza faktyczna odpowiada. Art. 297: Kto włada faktycznie rzeczą za kogo innego, jest dzierżycielem.

Wpływ myśli romanistycznej na treść tych trzech paragrafów jest aż nazbyt widoczny, a walna w tym zasługa głównego referenta projektu, Fryderyka Zolla. Dekret formułuje więc trzy postacie władztwa. Pierwsze to posiadanie właścicielskie, na które — jak to prawie jednomyślnie przyjęto w doktrynie⁵² składają się dwa elementy: *corpus* i *animus rem sibi habendi*. Drugie to posiadanie prawa, z którym łączy się władza nad rzeczą. Trzecie to zwykłe dzierżenie.

W pierwszej i trzeciej postaci władania rzeczą dekret pozostaje w pełni wierny tradycji rzymskiej. Odbiega nieco od niej przyjmując koncepcję posiadania prawa. Niewątpliwie jej zaczątków szukać należy również w prawie rzymskim, ale w okresie klasycznym zna ono tylko tzw. *quasi possessio servitutis* (jak gdyby posiadanie służebności). Tu bowiem korzystanie z rzeczy cudzej miało zawsze charakter nie stały, lecz sporadyczny i to o różnym zakresie. Ponadto przedmiotem *possessio* w rzymskim prawie klasycznym mogły być tylko rzeczy materialne, a nie prawa⁵³. Zasadę tę przełamało jednak prawo bizantyńskie, które ochroną posesoryjną objęło faktyczne wykonywanie prawa rzeczowego, niezależnie od tego, czy osobie wykonującej jego treść prawo to przysługiwało czy też nie. Ten wyłom w rzymskiej konstrukcji posiadania dał asumpt do ukształtowania w czasach późniejszych całej rozległej doktryny o tzw. posiadaniu praw, pod które podciągano nie tylko dzierżenie rzeczy z mocy prawa rzeczowego czy obligacyjnego, lecz także posiadanie innych praw, czasem nawet zupełnie oderwanych od władztwa osoby nad rzeczą⁵⁴.

⁵⁰ F. Zoll, o.c., s. 477, przyp. 2.

⁵¹ Dz.U. nr 57 poz. 319.

⁵² J. Wasilkowski, *Prawo rzeczowe w zarysie*, Warszawa 1957, s. 368 i n.; A. Stelmachowski, o.c., s. 79; J. Ignatowicz, *Ochrona posiadania*, Warszawa 1963, s. 64 i n.

⁵³ D. 41, 2, 3 pr.: *possideri autem possunt, quae sunt corporalia*; D. 41, 3, 4, 36: *ne possideri intellegitur ius incorporale*.

⁵⁴ W średniowiecznym prawie kanonicznym ochroną posesoryjną otoczono także wykonywanie praw o charakterze obligacyjnym, a celowi temu służyła tzw. *actio*

Z punktu widzenia posiadania rzeczy posiadacz prawa władał rzeczą *alieno nomine* i jako taki pozostawał tylko jej dzierżycielem⁵⁵. Z punktu widzenia subiektywnego stosunku do rzeczy dekret zatem nie pogwałcił wielowiekowej tradycji wyodrębniania tylko dwóch postaci władztwa osoby nad rzeczą: pełnego, z zamiarem zachowania rzeczy dla siebie (jak właściciel), nazywając je posiadaniem, oraz wykonywanego w cudzym imieniu, nazywając je posiadaniem prawa lub dzierżeniem. Jeśli jednak ustawodawca w dekreście zamierzał z określonym dzierżeniem (które nazwał posiadaniem prawa) wiązać skutki prawne właściwe posiadaniu rzeczy, a chodziło w tym przypadku wyłącznie o ochronę posesoryjną, to cel ten osiągnął i w jakimś stopniu ów cel uświęcił przyjęcie tego rodzaju konstrukcji posiadania. Przyznać jednak należy, iż ten sam cel można było osiągnąć również bez odwoływania się do sztucznej konstrukcji posiadania prawa. Wystarczyło tu tylko do artykułu traktującego o ochronie posesoryjnej (art. 305) dodać artykuł następny, stanowiąc: „Przepis artykułu poprzedzającego stosuje się odpowiednio do dzierżyciela władającego rzeczą cudzą we własnym interesie”.

Dokładnie w 18 lat po wejściu w życie dekret o prawie rzeczowym zastąpiony został nowym kodeksem cywilnym uchwalonym ustawą z dnia 23 IV 1964 r.⁵⁶ Istoty faktycznego władztwa nad rzeczą⁵⁷ dotyczą dwa artykuły: Art. 336 stanowi: Posiadaczem rzeczy jest zarówno ten, kto nią faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nią faktycznie włada jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny). Art. 338 stanowi: Kto rzeczą faktycznie włada za kogo innego, jest dzierżycielem.

Instytucja posiadania poddana więc została w kodeksie gruntownej rewizji. Jakimi motywami kierował się w tym przedsięwzięciu ustawodawca, tego niestety nie udało mi się ustalić. Również w nauce prawa cywilnego nie wykazano w sposób przekonywający wyższości obecnego uregulowania nad poprzednim stanem prawnym⁵⁸. Gdyby nawet obecne uregulowanie w równym stopniu jak poprzednie zaspokajało potrzeby obrotu

spolii. W prawie germańskim temu samemu celowi służyło wzmiankowane już *Gewere*. Zob. też na ten temat S. Wróblewski, *Zarys*, s. 123 i n.; E. Volterra, *Istituzioni*, s. 404 i przyp. 2.

⁵⁵ Por. Orz. S.N. z 20 IV 1962, OSN 1963, poz. 131, a nadto J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1986, s. 284; A. Kunicki, *System prawa cywilnego*, II, Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk 1977, s. 838 i n.

⁵⁶ Dz.U. nr 16 poz. 93.

⁵⁷ Kodeks w odrębnym dziale (V) zatytułowanym Ochrona własności, uregulował odpowiedzialność za władcę cudzą rzeczą bez podstawy prawnej. Materia ta w dekreście uregulowana była łącznie z posiadaniem i dzierżeniem.

⁵⁸ Mało przekonujące są w tej mierze argumenty Z. K. Nowakowskiego (o.c., s. 237 i n.) jak i A. Kunickiego (o.c., s. 848 i n.). Dotyczą one bowiem bardziej błędnej wykładni zawartych w dekreście przepisów o posiadaniu aniżeli ich treści.

prawnego, wtedy wszelkie tego rodzaju stawianie kwestii nie sprowadzałoby się tylko do czystych rozważań teoretycznych o wątpliwej doniosłości praktycznej. Na nauce prawa zawsze ciąży obowiązek troski o czystość konstrukcji teoretycznych, a nadto poszanowanie tradycji, która dla stabilności porządku prawnego ma znaczenie fundamentalne. Gwałt zadany tradycji historycznej, jak twierdzi Aleksander Dumas, może być usprawiedliwiony tylko w jednym przypadku: gdy owocem jego będą twory społecznie udane. Przyjrzyjmy się zatem, jakim tworem jest nowa konstrukcja posiadania na tle ogólnego w tym zakresie dorobku myśli prawniczej.

W kodeksie bez zmiany pozostawiono jedynie dzierżenie. Na miejsce poprzedniego posiadania właścicielskiego wprowadzono posiadanie samoistne. Było to zwykłym następstwem przekształcenia posiadacza prawa w posiadacza rzeczy. Ponieważ ten pierwszy zawsze włada rzeczą cudzą, kodeks określił go jako posiadacza zależnego. Zerwanie z poprzednią koncepcją posiadania prawa nie jest bynajmniej przejawem nawrotu do koncepcji rzymskiej, ale stanowi zwrot ku germańskiej wizji posiadania, wzorowanej na znanej jeszcze w średniowieczu Gewere⁵⁹. Ponieważ w myśl tej koncepcji posiadaczem jest każdy, kto rzeczą włada jako ktoś komu przysługuje prawo do władania jakąś rzeczą, kodeks przyjąć musiał fikcję, stanowiąc w art. 337, iż posiadacz samoistny nie traci posiadania przez to, że oddaje drugiemu rzecz w posiadanie zależne.

W tym miejscu zadano największy cios tradycji rzymskiej, w myśl której do rangi kanonu podniesiona została zasada *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*⁶⁰. Dokonano zatem podziału posiadania, ale nie w linii poziomej, lecz pionowej, czyli zrobiono to, co w średniowieczu prawo uczyniło z własnością, dzieląc ją na *dominium directum* i *dominium utile*. Podobne rozwiązanie wprowadziło już co prawda BGB, ale uczyniło to w sposób bardziej konsekwentny: zarzuciło ono bowiem koncepcję dzierżenia, a za posiadacza uznało każdego, kto uzyskał władzę faktyczną nad rzeczą, przyznając status posiadacza pośredniego temu, w którym imieniu posiadacz bezpośredni wykonuje władzę faktyczną. Konsekwentnie też zgodnie z tradycją germańską, BGB oderwało w zasadzie posiadanie od psychicznego stosunku posiadacza do wykonywanego władztwa, czego już nasz kodeks cywilny nie uczynił. Otrzymaliśmy zatem dziwny konglomerat elementów romanistycznych (tzw. *corpus* i *animus*) i germańskich (posiadanie samoistne i zależne)⁶¹.

Przeprowadzając tak daleko idącą reformę posiadania, kodeks nie zer-

⁵⁹ Zob. przyp. 46.

⁶⁰ D. 13, 6, 5, 15. Tę samą zasadę sprecyzowano w D. 41, 2, 3, 5: *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt*.

⁶¹ Analizę posiadania pod tym kątem widzenia przeprowadza A. Kunicki, *Elementy romańskie i germańskie w konstrukcji posiadania według kodeksu cywilnego*, *Studia prawnicze* 1970, z. 26 - 27, s. 69 i n.

wał definitywnie z koncepcją posiadania prawa⁶², zachowując je jednak tylko w odniesieniu do służebności. W tym punkcie ustawodawca powrócił do klasycznej koncepcji tzw. *quasi possessio servitutis*. Korzystający bowiem ze służebności nie może być w żadnym razie uznany za posiadacza rzeczy. Skoro więc ustawodawca chciał mu przyznać ochronę posesoryjną, najprościej było przyjąć tu koncepcję posiadania prawa.

W toku prac redakcyjnych nad kodeksem cywilnym, po zmianie przepisów dotyczących istoty posiadania, dokonano odpowiedniej korekty innych przepisów traktujących o posiadaniu, nie zawsze zastanawiając się nad jej konsekwencjami, albo też nie dokonano zmian, które powinny być przeprowadzone. I tak przenosząc z dekretu do kodeksu treść art. 339 w brzmieniu: „Domniemywa się, że osoba, która rzeczą faktycznie włada, jest posiadaczem”, dodano na końcu wyraz „samoistnym”. Taka zmiana oznacza, że jeśli wniosek o stwierdzeniu zasiedzenia, obowiązek dowodu iż jest on tylko posiadaczem zależnym obciąża posiadacza samoistnego. Nie miało to miejsca pod rządem dekretu, albowiem wnioskodawca musiał udowodnić fakt posiadania rzeczy, co nie wynikało z domniemania określonego w art. 298 dekretu. *Constitutum possessorium* przewidziane w art. 349 k.c. możliwe jest tylko w odniesieniu do posiadania samoistnego. Kodeks nie zna sposobu wyzbycia się posiadania zależnego przy zachowaniu detencji rzeczy. Jeśli np. najemca zawrze umowę podnajmu i podnajętą rzecz zatrzyma tytułem przechowania, w świetle art. 349 k.c. uchodzić będzie nadal za posiadacza, mimo że włada rzeczą jako ten, komu posiadanie zależne nie przysługuje.

Uznając bierną legitymację procesową w skardze windykacyjnej każdego, kto włada faktycznie rzeczą właściciela, ustawodawca uregulował szczegółowo roszczenia właściciela z tytułu pobranych przez pozwanego pożytków, pogorszenia rzeczy i wynagrodzenia za korzystanie z rzeczy. Kodeks odpowiedzialnym czyni tu posiadacza samoistnego, a następnie w art. 230 rozciąga te przepisy także na posiadacza zależnego. Pominęto natomiast odpowiedzialność, gdy pozwanym jest zwykły dzierżyciel, pozostawiając tu jedynie możliwość dochodzenia odszkodowania z tytułu czynu niedozwolonego. To przeoczenie ustawodawcy może mieć doniosłe konsekwencje praktyczne. Posiadacz bowiem spodziewając się windykacji rzeczy, dla uniknięcia związanej z nią surowej odpowiedzialności, przekazać może celowo rzecz osobie trzeciej w zwykłe dzierżenie.

Niekonsekwencja występuje też w redakcji przepisu art. 155 § 2 k.c. W myśl tegoż przepisu umowa zobowiązująca do przeniesienia własności

⁶² Nie do przyjęcia jest sugestia A. Kunickiego (*System*, s. 834 i n., s. 850), iż posiadanie służebności uregulowane w art. 352 k.c. jest postacią posiadania rzeczy, nie zaś odrębną kategorią posiadania prawa. Jeśli w § 2 tegoż artykułu ustawodawca stwierdza, iż do posiadania służebności stosuje się odpowiednio przepisy o posiadaniu rzeczy, uznaje tym samym, iż posiadać służebność to nie to samo, co posiadać rzecz.

rzeczy oznaczonej co do gatunku lub rzeczy przyszłej wywołuje skutek szerszy w postaci przejścia własności w momencie przeniesienia na nabywcę posiadania tych rzeczy. Ustawodawca zapewne zapomniał dodać, iż chodzi tu o posiadanie samoistne. Dość często dokonuje się dzisiaj np. sprzedaży samochodu, na którego wyprodukowanie sprzedawca czeka z tytułu tzw. przedpłaty. Jeśli po odebraniu tego samochodu sprzedawca użyczy go kupującemu, ten nabędzie na nim prawo własności z mocy cytowanego przepisu.

Przejęcie z dekretu, bez jakichkolwiek zmian, definicji dzierżyciela, rodzić może wątpliwości, czy posiadacz zależny jest zarazem dzierżycielem⁶³. Intencją ustawodawcy było raczej wprowadzenie tu stosunku wykluczania, na co pośrednio zdaje się wskazywać treść przepisu art. 351 k.c. Stąd tym bardziej szokować może fakt, iż na gruncie kodeksowej koncepcji posiadania nawet posiadacz samoistny wystąpić może w roli dzierżyciela. Jeśli np. użytkownik odda właścicielowi użytkowaną rzecz w najem, ten ostatni jako posiadacz samoistny staje się również posiadaczem zależnym własnej rzeczy, a jeśli odda mu ją tylko w przechowanie — posiadacz samoistny wystąpi w roli dzierżyciela⁶⁴.

Podniesione powyżej uwagi krytyczne pod adresem regulacji instytucji posiadania w kodeksie cywilnym dowodzą, iż ustawodawca, mimo teoretycznej onnipotencji, nie powinien lekceważyć dorobku myśli prawniczej, sprawdzonego w wielowiekowej praktyce obrotu prawnego. Jakkolwiek uregulowanie omawianej kwestii w dekreście również nie było pozbawione wad, to jednak stało ono na wyższym poziomie. Dlatego też przy okazji kodyfikacji prawa cywilnego należało raczej dokonać drobnych korekt aniżeli tak radykalnych zmian⁶⁵.

⁶³ Negatywnie w tej kwestii wypowiada się Z. K. Nowakowski, o.c., s. 242. Inaczej J. Ignatowicz, l.c. w przyp. 55. Kontrowersję na tym tle odnotowuje również A. Kunicki, l.c. w przyp. 55.

⁶⁴ Przykłady te dowodzą, iż o charakterze władztwa faktycznego w polskim kodeksie cywilnym nie zawsze decyduje element subiektywny, czyli *animus*, lecz często element obiektywny, czyli norma prawna, na podstawie której władztwo to jest wykonywane.

⁶⁵ W celu przywrócenia instytucji posiadania w prawie polskim jego tradycyjnego charakteru i funkcji należałoby przereklamować kilka przepisów kodeksu cywilnego. I tak art. 336 powinien otrzymać brzmienie następujące: „Kto rzeczą faktycznie włada jak właściciel, jest jej posiadaczem”. Art. 337 powinien mieć treść: „Kto rzeczą faktycznie włada za kogo innego, jest dzierżycielem”. Art. 338 powinien stwierdzać, iż „Kto faktycznie korzysta z cudzej nieruchomości w zakresie odpowiadającym treści służebności, jest posiadaczem służebności”. W celu przyznania ochrony posesoryjnej obecnemu posiadaczowi zależnemu wystarczyłoby w art. 344 k.c. między paragraf 1 i paragraf 2 wprowadzić przepis o treści następującej: „Roszczenie, o którym mowa w paragrafie poprzedzającym, przysługuje odpowiednio dzierżycielowi, który władał rzeczą cudzą we własnym interesie”. Wprowadzenie takich innowacji do kodeksu cywilnego wymagałoby oczywiście drobnych zmian redakcyjnych w treści niektórych innych jego postanowień.

LA POSSESSION DANS LE DROIT POLONAIS ET LA POSSESSIO DU DROIT ROMAIN

Résumé

La possession est une disposition de fait, un état d'exercer un pouvoir sur une chose, lié avec l'intention de la garder pour soi-même. Cela veut dire que cette disposition n'est aucun droit subjectif, puisqu'elle constitue un simple état de fait. Par conséquent, la structure de la possession doit s'étudier en faisant abstraction de l'ordre juridique, parce que, du point de vue historique, la possession existait avant l'apparition du droit de propriété. Cet ordre historique fut relevé déjà par Paulus qui écrivit: *dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait...* (D. 41, 2, 1, 1).

Même si certaines formes du pouvoir sur la chose étaient dénommées *possessio* par les Romains (cela concernait le gagiste, l'occupant précaire et le dépositaire du sequestre), les Romains le faisaient à cause de la protection de ce pouvoir par le moyen de l'*interdictum*, en réalisant pourtant qu'il s'agissait d'un simple pouvoir, et pas de la possession au sens strict. Cette forme du pouvoir sur une chose d'autrui protégé par l'*interdictum* de possession apparut pour la première fois, vraisemblablement, pour protéger des détenteurs des biens immeubles publics, et le terme nouveau *possessio* commença alors à supplanter l'ancien mot *usus*.

En examinant la conception de possession du droit polonais dans l'optique de l'idée romaine de *possessio*, on peut constater que les solutions bien proches de la dernière se trouvèrent dans le décret-loi sur le droit réel du 11 novembre 1946. Cependant, le Code civil de 1964, toujours en vigueur, apporta un changement radical de l'idée de possession. Le législateur introduisit ainsi la conception, toute étrangère au droit polonais, de possession originaire (est possesseur originaire de la chose „celui qui exerce sur elle un pouvoir de fait en qualité de propriétaire”) et de possession dérivée („celui qui exerce [...] un pouvoir de fait [...] en vertu d'un [...] droit auquel s'attache un pouvoir déterminé sur la chose d'autrui”), en gardant seulement l'idée romaine de détention. La réforme représente une étrange combinaison d'éléments romanistes (*corpus, animus*) et germaniques (possession originaire et dérivée). En procédant, pour faire introduire une telle combinaison, à une nouvelle rédaction des dispositions datant de 1946, le législateur n'évita pas d'erreurs qui ne sont qu'une conséquence de l'abandon de l'idée romaine de possession.