

Salvatore Riccobono

## Zur Terminologie der Besitzverhältnisse (Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta)

Con una introduzione di Giovanni Nicosia

A cura di Pierangelo Buongiorno (\*)

*Introduzione*, di Giovanni Nicosia — [Vorraussetzung] - I. DIE KLASSISCHE TERMINOLOGIE: 1. *Possessio naturalis* - 2. *Civilis possessio* - 3. *Possessio ad interdicta* - 4. Rückblick - 5. Der klassische Sprachgebrauch am Fragm. 2 § 2 D. 41, 5 erprobt — II. DIE JUSTINIANISCHE TERMINOLOGIE: 1. [*Naturaliter possidere / civiliter possidere*] - 2. [Fragm. 3 § 15 D. 10, 4] - 3. [Fragm. 5 *pr.* D. 10, 4 und Fragm. 30 § 1 D. 41, 3] - 4. [Fragm. 24 D. 41, 2 und Fragm. 44 § 1 *h.t.*] - 5. [Fragm. 38 §§ 7-8 D. 45, 1] - 6. [Fragm. 11 D. 41, 1] - 7. [Fragm. 53 *h.t.*] — III. DIE BYZANTINISCHE TERMINOLOGIE DER BESITZVERHÄLTNISSE — Schluß — Zusatz [zu Anm. 51].

### Introduzione

Nel suo primo scritto sul possesso, *La teoria del possesso nel diritto romano*, pubblicato nel 1893<sup>1</sup>, quindi qualche anno dopo *Der Besitzwille* di Jhering (1889), Riccobono mise anzitutto in rilievo che dell'*animus possidendi* non si rinviene menzione prima di Labeone, e sostenne che fino all'età di questo giurista si sarebbe dato rilievo alla causa dei singoli rapporti, riconoscendo quali *causae possessionis* quelle ritenute per motivi pratici meritevoli di tutela, mentre a partire da Labeone la concezione dell'*animus possidendi* e della sua rilevanza, nata nell'ambito della scuola proculiana, venne sempre più estesamente accolta dalla giurisprudenza, fino all'elaborazione degli ultimi giuristi classici (fra cui soprattutto Paolo). La visuale di Jhering verrebbe così a corrispondere alla concezione più antica, quella di Savigny alla concezione dell'età classica.

\*) [Nota del curatore] Lo studio di Salvatore Riccobono qui riproposto – la scelta è dovuta a Matteo Marrone – è apparso nella «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung» numero XXXI del 1910, alle pagine 321-370. Il testo originale è oggi consultabile in rete nella *Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, all'indirizzo <http://dlib-zs.mpi.rwth-aachen.de/pdf/2085098/31/1910/20850983119100327.pdf>. Nella trascrizione del testo è stato mantenuto l'uso del tondo e del corsivo secondo le scelte del Riccobono; le citazioni dei *Digesta* e del *Codex Iustinianus* sono invece state omogeneizzate (talora correggendo qualche refuso) secondo l'uso corrente, tranne che nei titoli (cfr. ad esempio § 1.5). Le *inscriptions* dei singoli frammenti sono invece state riportate solo quando presenti nel testo originale. Le opere della dottrina sono state citate nell'edizione consultata dal Riccobono, o – laddove non fosse possibile stabilire con certezza quella adoperata dallo studioso – nell'edizione più recente (indicata fra parentesi quadre) rispetto alla stesura del saggio in questa sede ripubblicato (è questo il caso delle citazioni dell'*Heumanns Handlexikon* alle nt. 27 e 47 e delle *Pandette* di Windscheid e di Dernburg alla nt. 64). Per quanto attiene al sommario, i titoli dei §§ II.1-5 sono stati attribuiti dal curatore sulla base dei frammenti oggetto di esegesi in ciascun paragrafo [Pierangelo Buongiorno].

<sup>1</sup>) In «AG.», I, 1983, p. 227 ss.

Circa vent'anni dopo, nel fondamentale contributo del 1910 (in lingua tedesca) che qui si ripubblica<sup>2</sup>, Riccobono ricordava che, convinto che le faticose ricerche condotte durante i quattro anni del suo soggiorno in Germania in varie Università (Monaco, Lipsia, Berlino, Strasburgo) avevano partorito un *ridiculus mus* (eppure, come ho appena riferito, i risultati di quel primo lavoro erano di grande rilevanza), aveva affidato alle maestose onde del Reno il giuramento che mai più si sarebbe occupato di possesso.

Tuttavia, mentre portava avanti altre ricerche, in particolare sull'usufrutto, venne incidentalmente a fare quella che egli stesso qualificò una vera e propria «scoperta» («eine wahre, echte Entdeckung»), per comunicare la quale si indusse ad intraprendere questa nuova ricerca sul possesso, che in effetti era destinata ad imprimere una svolta decisiva alla ricostruzione della terminologia possessoria romana, e più in generale a spianare la via ad ogni successiva indagine sui problemi possessori.

Riccobono si rese conto che in un testo fondamentale, D. 43.16.1.9 di Ulpiano relativo all'interdetto *unde vi*, l'espressione '*sive civiliter sive naturaliter possideat*' e la menzione della '*naturalis possessio*' non risalivano ad Ulpiano, ma erano state introdotte dai giustinianeici, al posto di un originario riferimento al '*iuste vel iniuste possidere*' e alla '*iniusta possessio*'.

Questa felice diagnosi, che ha permesso di sgombrare il campo da equivoci secolari, costituì la base per il conseguimento di risultati fortemente innovativi, che Riccobono strenuamente e reiteratamente difese in contributi successivi<sup>3</sup>.

Come Riccobono sottolineò fin dall'inizio, soprattutto questo testo «die Schuld trägt, die ganze Verwirrung in unsere Materie gebracht zu haben», ribadendo successivamente che «è questo il testo che ha creato le più grandi difficoltà» e che «in questo testo appunto si trovava la sede di tutte le difficoltà per la determinazione precisa della terminologia classica del possesso»<sup>4</sup>.

Secondo Riccobono, che per ripristinare l'originario dettato ulpiano utilizzava anche quanto detto da Paolo in D. 43.17.2, il testo di D. 43.16.1.9 andava ricostruito come segue: '*Deicitur is qui possidet [sive civiliter sive naturaliter] <nec vi nec clam nec precario ab adversario; iuste autem vel iniuste adversus ceteros> possideat <nihil refert>: nam et [naturalis] <iniusta> possessio ad hoc interdictum pertinet*'.

La tesi riccoboniana che erano stati i compilatori (in coerenza all'unificazione giustiniana del regime del *de vi*)<sup>5</sup> a sostituire '*civiliter*', '*naturaliter*' e '*naturalis*' all'originario riferimento a '*iuste*' o '*iniuste possidere*' e alla '*iniusta possessio*', fu da subito salutata come rivelatrice; già nel 1912 il Mitteis scriveva<sup>6</sup> che tale contributo costituiva «der grösste seit langer Zeit in der Besitzlehre gemachte Fortschritt».

E nella letteratura successiva i consensi si moltiplicarono. Basti ricordare, tra le più significative, le adesioni di Rotondi<sup>7</sup> («con felice confronto ... si dimostra che nel testo classico l'antitesi era tra *p. iusta* e *iniusta*»), di Bonfante<sup>8</sup> («con sicuro intuito e con opportuno raffronto il Riccobono ha messo in luce l'interpolazione della L. 1 § 9 e ha mostrato che la celebre dichiarazione '*deicitur ... pertinet*' è stata così alterata dai compilatori (il testo originario parlava di *iusta* e *iniusta possessio*)» —, e anche di Albertario, che, nonostante per altri aspetti (soprattutto per la valutazione della terminologia possessoria giustiniana) si oppose nettamente alle deduzioni di Riccobono, accolse senz'altro la proposta di restituzione del nostro testo («il Riccobono ha con grande acutezza rilevato ... l'inter-

---

<sup>2</sup>) *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse* (*Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta*), in «ZSS.», XXXI, 1910, p. 321 ss.

<sup>3</sup>) *La teoria romana dei rapporti di possesso, le dottrine dei moderni e le legislazioni*, in «BIDR.», XXIII, 1911, p. 5 ss., *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in «Scritti G. Chironi», I, Torino, 1915, p. 377 ss., *Corso di diritto romano. Il possesso*, Roma, 1934, e *Le mie colpe*, VI, *Terminologia del possesso*, in «BIDR.» IL-L, 1947, p. 40 ss.

<sup>4</sup>) Cfr., rispettivamente, *Zur Terminologie*, cit., p. 342, *Corso*, cit., p. 22, e *Le mie colpe*, cit., p. 41.

<sup>5</sup>) Rammentata, come è noto, in *Iust. Inst.* 4.15.6. Sulla connessione tra la riforma del '*de vi*' e l'interpolazione di D. 43.16.1.9 Riccobono insistette ulteriormente in *Corso*, cit., p. 22 s.

<sup>6</sup>) Recensioni ad Emilio Albertario, in «ZSS.», XXXIII, 1912, p. 638.

<sup>7</sup>) *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi* (1920), in *Scritti giuridici*, Milano, 1922, III, p. 238 e nt. 1.

<sup>8</sup>) *Corso di Diritto Romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 107.

polazione», «la ricostruzione del testo romano è acuta e felicemente indovinata»<sup>9</sup>.

Tuttavia, mentre è da considerare effettivamente come una verità scientifica indiscutibile la scoperta riccoboniana dell'estraneità al testo classico di ogni riferimento alla *possessio civilis* e alla *possessio naturalis*, nonché l'esatta individuazione dell'originario riferimento alla *insta* ed *iniusta possessio*, lo stesso non può dirsi riguardo alla concreta restituzione del dettato originario del testo da Riccobono proposta e successivamente, in più occasioni<sup>10</sup>, difesa.

Il Lenel<sup>11</sup>, muovendo da una preoccupazione di ordine sistematico, aveva osservato che egli non poteva seguire la ricostruzione del Riccobono, in quanto essa presupponeva un ordine del commento ulpiano diverso da quello ricostruito da lui stesso nella *Palingenesia*. Infatti, dato che secondo quell'ordine il commento relativo all'*exceptio vitiosae possessionis* trovava posto nei §§ da 27 a 30 di D. 43.16.1<sup>12</sup>, non si spiegherebbe come mai nel § 9 (secondo la restituzione di questo brano proposta dal Riccobono) il giurista facesse menzione di tale *exceptio*.

La riserva espressa dal Lenel veniva poi valorizzata dal Kunkel<sup>13</sup>, il quale ne faceva un'obiezione di fondo contro la diagnosi critica riccoboniana, e, in contrasto con le molteplici e incondizionate adesioni che frattanto (in circa un ventennio) quella diagnosi aveva riscosso, si spingeva addirittura a sostenere la genuinità del testo.

L'affermazione della classicità del nostro testo era destinata a rimanere meritatamente isolata<sup>14</sup>. Ed anzi si può dire che la dottrina successiva, sostanzialmente e giustamente convinta della luminosa verità della scoperta riccoboniana, non si è troppo preoccupata dell'ostacolo (contro la restituzione proposta dal Riccobono) rilevato dal Lenel e portato alle estreme conseguenze dal Kunkel.

Ma quell'ostacolo in realtà esiste e di ciò si rese conto, onestamente, Riccobono stesso, il quale tornando sull'argomento, si adoperò nel tentativo di superarlo.

Dedicando al punto un'ampia discussione<sup>15</sup>, Riccobono lealmente riconobbe che la ricostruzione leneliana dell'ordine del commento ulpiano «è interamente inattaccabile»<sup>16</sup> e si propose di ricercare come si potesse «spiegare la menzione dei *vitia possessionis* ricordata nel § 9», e di sostenere che fra la sua «ricostruzione del § 9 e l'ordine della trattazione ulpiana osservato dal Lenel non c'è contrasto irrimediabile». Nel § 9 Ulpiano non avrebbe commentato l'*exceptio vitiosae possessionis*, «la quale, come ben vide il Lenel era commentata ai §§ 27-30», ma avrebbe definito «il concetto di *deiectio*», dichiarando «che era ritenuto *deiectus* solo colui che non possedeva *vi aut clam aut precario*».

La conciliazione, però, è palesemente forzata e per nulla convincente. Infatti, se fosse vero che «l'assenza dei *vitia possessionis*» era «essenziale per determinare il concetto di *deiectio*», come riteneva Riccobono, sicché Ulpiano per definire la *deiectio* «doveva necessariamente far menzione dell'assenza dei *vitia*» e «doveva determinare la *possessio* di chi possiede *nec vi nec clam nec precario*»<sup>17</sup>, non si riuscirebbe a comprendere perché il giurista rinviasse a molto dopo (ai §§ 27-30) il commento appunto all'*exceptio vitiosae possessionis*.

Del testo mi sono occupato più volte, a partire dalle mie ricerche sulla *deiectio*<sup>18</sup>, e fin da allora mi sono reso conto che la restituzione propostane da Riccobono non poteva essere accolta tale e

<sup>9</sup>) *La possessio civilis e la possessio naturalis nelle fonti giustiniane*, in «Filangieri», XXXVII, 1912, p. 380 ss., in particolare p. 390, e *La terminologia del possesso nella compilazione giustiniana e nelle fonti bizantine*, in «BIDR.», XXVII, 1914, p. 275 s. e 279. Il primo scritto, che come ho accennato contrastava decisamente le vedute riccoboniane, suscitò una durissima reazione di Riccobono (*Vecchi e nuovi problemi*, cit., p. 413 ss.).

<sup>10</sup>) *Vecchi e nuovi problemi*, cit., p. 384 ss., *Corso*, cit., p. 21 ss., e *Le mie colpe*, cit., p. 41 ss.

<sup>11</sup>) *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, p. 463 nt. 3.

<sup>12</sup>) *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, II, c. 816 e nt. 4.

<sup>13</sup>) *Civilis und naturalis possessio*, in «Symbolae O. Leneb», Leipzig, 1931, p. 40 ss., in particolare p. 51 ss.

<sup>14</sup>) La confutazione della tesi del Kunkel fu svolta da Riccobono, con ampia argomentazione, in *Corso*, cit., p. 32 ss. (cfr. anche *Le mie colpe*, cit., p. 44 s.).

<sup>15</sup>) *Corso*, cit., p. 37 ss.

<sup>16</sup>) In *Zur Terminologie* (p. 345 e nt. 5) aveva sostenuto che il commento all'*exceptio vitiosae possessionis* si trovasse nel § 9 e non nei §§ 27-30.

<sup>17</sup>) *Corso*, cit., p. 39 e 41.

<sup>18</sup>) *Studi sulla «deiectio»*, I, Milano, 1965, p. 14 ss.; da ultimo *Il possesso*, I<sup>2</sup>, Catania, 2008, p. 16 e 30 ss.

quale, ma poteva essere opportunamente emendata.

Analizzando attentamente le testimonianze relative al *'de vi'*, accertai che lo spossessamento violento da un immobile costituiva *deiectio* sia che l'espulso possedesse *inste* sia che possedesse *iniuste*, e che tale distinzione aveva rilevanza solo ai fini dell'applicabilità dell'interdetto: infatti, come chiaramente attestato anche da Gai., *inst.* 4.154, se nei confronti dell'avversario l'espulso possedeva *vi aut clam aut precario* veniva *'impune deiectus'* (quindi si riconosceva che nei suoi confronti, anche se *impune*, era stata attuata una *deiectio*)<sup>19</sup>.

In base a questi chiarimenti, mi è risultato agevole superare il punto debole della restituzione di D. 43.16.1.9 proposta da Riccobono e rettificarla opportunamente.

In realtà quella restituzione muove da un'esatta diagnosi dello spirito dell'intervento giustiniano, ma è poi viziata dal falso presupposto che nella concezione classica esistesse una «connessione inscindibile» tra *deiectio* e *vitia possessionis*, che «l'assenza dei *vitia*» fosse «la qualifica inseparabile della *deiectio*», e che quindi chi possedesse «con vizio rispetto all'avversario» non venisse considerato *deiectus*<sup>20</sup>.

Invece l'intervento dei compilatori fu, a mio avviso, assai più semplice di quello supposto da Riccobono, e si limitò alla sostituzione di *'civiliter'* e *'naturaliter'* al posto di *'inste'* ed *'iniuste'*, e di *'naturalis'* al posto di *'iniusta'*, lasciando per il resto immutata la struttura del passo ulpiano: *'Deicitur is qui possidet, sive <inste> [civiliter] sive <iniuste> [naturaliter] possideat: nam et <iniusta> [naturalis] possessio ad hoc interdictum pertinet'*.

Commentando il *'deiectisti'* del testo editale Ulpiano insegnava che era considerato *'deiectus'* chi all'atto dell'espulsione possedeva, tanto se possedesse *inste*, quanto se possedesse *iniuste*; ed il commento era esatto ed esauriente, dato che, come il giurista stesso esplicitamente rilevava, l'interdetto in sé e per sé tutelava anche la *possessio iniusta*.

Altra questione era quella relativa all'opponibilità dell'*exceptio vitiosae possessionis*, per il caso che il possessore *iniustus* fosse stato *deiectus* proprio da colui nei cui confronti egli possedeva *vi aut clam aut precario*; e di essa Ulpiano si occupava successivamente, al luogo opportuno, quando commentava appunto le parole dell'editto *'quod nec vi nec clam nec precario a te possidebat'* (§§ 27-30).

Credo che con questa rettifica<sup>21</sup> si rafforza, rendendola inattaccabile, la fondamentale intuizione riccoboniana che il testo si riferiva originariamente alla *iniusta possessio*. La quale apparve tanto illuminante, che la dottrina successiva (poco curandosi delle difficoltà relative alla concreta ricostruzione del testo) accolse con generale entusiasmo tale risultato, che venne acquisito come definitivo.

Le indagini di Riccobono hanno pure contribuito in maniera determinante al consolidamento dell'opinione che nella concezione classica venissero distinti vari tipi di possesso, o rapporti possessori (o situazioni possessorie), individuati da Riccobono già nel sottotitolo del contributo sulla terminologia possessoria (*naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta*).

Questa impostazione, difesa e portata avanti da Riccobono negli scritti successivi<sup>22</sup> e divenuta dominante, non è però desumibile dalle fonti e non corrisponde al pensiero dei giuristi romani. Come ho avuto occasione (sia pure sinteticamente) di rilevare<sup>23</sup>, proprio l'espressione *'possessio ad interdicta'* è ignota alle fonti, dove non ricorrono neppure espressioni come *'possidere ad interdicta'*, *'possessor ad interdicta'*, o simili, sicché l'adozione di essa (e di espressioni equivalenti) da parte degli

---

<sup>19</sup>) Cfr. *Studi sulla «deiectio»*, cit., p. 5 ss. e 13 ss.; per un quadro sintetico, si veda da ultimo i miei *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*<sup>5</sup>, Catania, 2010, p. 234.

<sup>20</sup>) *Corso*, cit., p. 39.

<sup>21</sup>) Pienamente condivisa da G. BROGGINI, *rec. a G. NICOSIA, Studi sulla «deiectio»*, I, cit., in «ZSS.», LXXXIII, 1966, p. 451, il quale ha riconosciuto che la ricostruzione riccoboniana del testo si basava «auf der falschen Voraussetzung, dass die *vitiosa possessio* schon die *deiectio* ausschliesse» e che accogliendo la rettifica da me proposta «behandelt der Text – systematisch richtig – den Begriff der *deiectio* und stellt fest, dass *deiectio* bei *insta* und bei *iniusta possessio* des Deijzierten vorliegt».

<sup>22</sup>) *Vecchi e nuovi problemi*, cit., p. 378 ss., *Corso*, cit., p. 20 ss. (cfr. anche p. 41 s.), e *Le mie colpe*, cit., p. 40 ss.

<sup>23</sup>) Voce *'Possesso nel diritto romano'*, in «Digesto<sup>4</sup>. Discipline privatistiche. Sezione civile», XIV, Torino, 1996, p. 79 ss., specie p. 95 ss. (= *Il possesso nella plurisecolare esperienza giuridica romana. Profilo storico-dogmatico*, in G. NICOSIA, *Sillogie. Scritti 1956-1996*, Catania, 1998, p. 759 ss., in particolare p. 812 ss.).

interpreti non ha avuto il ruolo di mero espediente terminologico, ma è servita a coprire la creazione di una categoria concettuale estranea al pensiero giuridico romano. E d'altro canto va osservato che nei testi in cui ricorrono le espressioni 'civiliter' (o 'iure civili') 'possidere'<sup>24</sup> o 'civilis possessio' (che in effetti compare soltanto in un testo, Iul. D. 41.5.2.1)<sup>25</sup> esse servivano a chiarire aspetti e problemi attinenti alle particolari situazioni di volta in volta prese in considerazione, non ad individuare una categoria astratta; correlativamente l'espressione 'possidere ad usucapionem' viene adoperata non per indicare un tipo (o grado) superiore di possesso, ma al contrario per sottolineare che poteva darsi il caso che taluno, come il creditore pignoratizio, possedesse 'ad usucapionem tantum' (o 'ad unam tantum causam', 'ad usucapionem')<sup>26</sup>, quindi solo limitatamente all'effetto dell'usucapione.

Anche per questo aspetto si constata comunque che le idee di Riccobono hanno condizionato ed influenzato (anche se, a mio avviso, non sempre positivamente) la successiva letteratura sul possesso.

Nella storia secolare delle dottrine possessorie, della loro impostazione e dei molteplici risvolti problematici, una svolta decisiva, quasi uno spartiacque, è costituito dalle indagini riccoboniane<sup>27</sup>: si impone la distinzione tra prima e dopo Riccobono.

E vorrei osservare che questo non vale solo in materia di possesso.

In qualunque tema è intervenuto Riccobono, dopo di lui si è voltata pagina: le sue impostazioni e le sue fondamentali intuizioni, talora dopo aspri contrasti e prolungate polemiche<sup>28</sup>, hanno finito col trionfare<sup>29</sup>.

L'innovativa considerazione dei giuristi (non persone fungibili, come da secoli erano stati ritenuti) e soprattutto delle loro opere<sup>30</sup>, la «crociata» in difesa della classicità dell' 'animus' e della prevalenza della *voluntas* sui *verba*<sup>31</sup>, la ricerca e la valutazione delle ragioni di fondo delle alterazioni giustinianee<sup>32</sup> e la precoce (e premonitrice) presa di posizione contro gli eccessi dell'interpolazionismo<sup>33</sup>, la distinzione tra interpolazioni formali e sostanziali (e quella ulteriore tra innovative e non

<sup>24</sup>) A prescindere dai dubbi sulla loro genuinità, proprio da Riccobono sistematicamente negata.

<sup>25</sup>) E tuttavia (come ho osservato in *Possesso*, I, cit., p. 13) questa espressione è stata poi utilizzata largamente e in maniera generalizzata dagli interpreti di tutti i tempi.

<sup>26</sup>) Cfr., rispettivamente, Iul. D. 41.3.16 e Paul. D. 41.2.1.15. Su questi due testi si veda quanto ho osservato in *La pretesa possessio del sequestrelario*, in «Cunabula iuris. Studi G. Broggin», Milano, 2002, p. 277 ss., in particolare p. 288 ss.

<sup>27</sup>) Per tutti, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, München, 1971, p. 385 nt. 5: «unsere heutige Erkenntnis der Besitzkategorien und ihrer Geschichte beruht zu einem wesentlichen Teil auf den Arbeiten Riccobonos».

<sup>28</sup>) V. ARANGIO-RUIZ, *Salvatore Riccobono e il «Bullettino»*, in «BIDR.», LII, 1959, p. VII ss., e specificamente p. XIV: «era naturale che un così radicale spostamento di punti di vista desse luogo a vivaci discussioni e a decisi contrasti, e che in Italia e fuori scendessero in lizza i più fra i romanisti».

<sup>29</sup>) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. XV: «ognuno di noi sa quanto la grande battaglia abbia inciso sulla formazione dei romanisti odierni, anche di quelli che sono stati in principio più refrattari»; p. XVII: «ognuno potrà vedere quanto io stesso mi avvicini a idee che altra volta combattevo». Già G. BAVIERA, *Salvatore Riccobono e l'opera sua*, in «Studi S. Riccobono», Palermo, 1936, I, p. XXI ss., scriveva (p. XXXII): «quale sia il contributo del Riccobono al progresso degli studi romanistici può apprezzarsi esponendo non solo i singoli originali risultati delle sue ricerche, ma indicando quanta parte di esse sia diventata 'communis opinio'»; e L. CHIAZZESE, *L'opera scientifica di Salvatore Riccobono*, in «AUPA.», XVIII, 1939, p. XLII ss., osservava (p. LVI): «è tutto un mondo nuovo che il Riccobono ha aperto agli studiosi; tutto un complesso organico di metodi e di dottrine, di cui il valore non consiste soltanto nei risultati conseguiti, ma ancora di più consiste nell'indirizzo che ne risulta tracciato per le indagini future».

<sup>30</sup>) V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. X: «che i giuristi di Roma non fossero, come si era preteso, persone fungibili, e che anche nella età classica (come per comune consenso nella repubblicana) si fossero avuti sempre nuovi sviluppi, Riccobono volle dimostrare soprattutto attraverso lo studio dei brandelli che il Digesto conserva di opere in cui i giuristi del Principato ne commentavano altre di recenti o remoti predecessori»; sul punto v. già G. BAVIERA, *op. cit.*, specie p. XXVIII e LXXX, e più di recente M. MARRONE, *Salvatore Riccobono*, in «Siciliani illustri», Palermo, 1990, p. 3 ss., ora in *Scritti giuridici*, Palermo, 2003, II, p. 855 ss., in particolare p. 860 e nt. 15 (nonché p. 866 nt. 25).

<sup>31</sup>) In proposito va particolarmente ricordata – «naturalmente» – la straordinaria rievocazione di R. ORESTANO, *L' 'animus' di Salvatore Riccobono*, in «Iura», XXIX, 1978 (*pubbl.* 1981), p. 1 ss. (ora in *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 713 ss.).

<sup>32</sup>) Si veda specialmente BAVIERA, *op. cit.*, p. XXVIII ss. e LXXVII.

<sup>33</sup>) ORESTANO, *op. cit.*, p. 5 s. [= p. 718]: «Riccobono – di fronte allo studio di Pringsheim che dichiarava interpolati al 99% i testi del *Corpus iuris* nei quali ricorreva la parola *animus* – era esploso come una polveriera ... le costruzioni intorno alla *voluntas* e all'*animus* gli apparivano gli apporti più freschi e genuini che la giurisprudenza roma-

innovative)<sup>34</sup>, non sono che alcune delle aperture e acquisizioni riccoboniane divenute dominanti.

Soprattutto la dimostrazione che nel *Corpus Iuris*, e in particolare nei *Digesta*, non è rispecchiato un preteso diritto romano-ellenico, ma sono in massima parte conservate le dottrine giuridiche romane, e la diversa ricostruzione delle linee evolutive dell'intera esperienza giuridica romana, sono i risultati<sup>35</sup> dell'immane sforzo e della grandiosa opera di Riccobono<sup>36</sup> che hanno impresso una svolta epocale alle ricerche romanistiche.

Mi si consenta di chiudere richiamando le parole con le quali il mio Maestro, «ultimo fra i discepoli diretti» di Riccobono, alla fine del commosso ricordo *in memoriam*<sup>37</sup>, sottolineava che Egli «aveva impresso un'orma indelebile su la via della conoscenza storica del diritto sì da dividere in due epoche la moderna storiografia romanistica: prima e dopo Riccobono».

Giovanni Nicosia

---

na dall'età repubblicana ai Severi avesse dato alla grandezza del diritto di Roma»; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. XVII: «quella disordinata e presuntuosa caccia alle interpolazioni, contro la quale Riccobono rivolgeva gli strali più acuminati della Sua polemica».

<sup>34</sup>) Distinzioni date per scontate e poste a base di tutte le successive ricerche.

<sup>35</sup>) Si veda ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. XIV: «e soprattutto era da respingere come vera falsificazione della storia il nome di diritto romano-ellenico, che nei primi anni di questo secolo studiosi di altissimo valore avevano dato a quello che si riflette nella compilazione di Giustiniano»; p. XVII: «nessun romanista vorrebbe oggi negare il carattere sostanzialmente romano del diritto che si rispecchia nella grande compilazione»; MARRONE, *op. cit.*, p. 865: «si tratta di risultati nel loro complesso definitivamente acquisiti alla scienza romanistica ... si deve a Salvatore Riccobono se nessuno crede più che le scuole orientali abbiano avuto un ruolo determinante nella formazione del diritto giustiniano e non si parla più di diritto romano-ellenico; ... se tutti sono ormai convinti, in definitiva – ed è questo il lato più significativo del Suo magistero che sostanzialmente tutto quanto lo sintetizza –, della fondamentale 'romania' delle dottrine giuridiche contenute nel Digesto»; si vedano pure le belle pagine dedicate a Riccobono, da ultimo, da M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, 2007, p. 33 ss., che prendono l'avvio dal «contributo stimolante» delle «ricostruzioni di Salvatore Riccobono, il quale, reagendo al dilagare dell'interpolazionismo e ad i suoi eccessi, intese superare ciò che alla storiografia precedente era apparso, invece, come un fondamentale elemento di discontinuità nella storia giuridica romana: il 'balzo' dalla tradizione classica alla codificazione di Giustiniano».

<sup>36</sup>) Un quadro della quale è stato magistralmente delineato da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 553 ss., il quale ha tra l'altro rimarcato (p. 554) che «ponendosi decisamente e con estremo vigore in opposizione a tutte le concezioni del tempo, egli venne ricercando – attraverso una serie imponente di studi che si susseguono con ritmo incessante per circa un quarantennio» (così Orestano; ma si potrebbe dire per un sessantennio, dal 1893 al 1954) – «un'interpretazione e spiegazione diversa dell'intero svolgimento del diritto romano», considerando «lo sforzo immane da lui compiuto, pari al deviare un grande fiume da un corso ormai consolidato», ed ha altresì messo in rilievo (p. 555) «l'importanza dell'azione del Riccobono e l'influenza che ha esercitato sui suoi stessi avversari, imprimendo un nuovo indirizzo e un nuovo carattere agli studi romanistici del nostro tempo, con l'aprire la via ad una più profonda visione della storicità del diritto romano».

<sup>37</sup>) C. SANFILIPPO, *Salvatore Riccobono (13.1.1864 - 6.4.1958)*, in «Jura», IX, 1958, p. 123 ss.

## Zur Terminologie der Besitzverhältnisse (Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta)

Im letzten Jahre meiner Universitätsstudien, 1889 in Palermo, hatte ich mich eingehend mit der Besitzlehre beschäftigt, und im Dezember desselben Jahres reiste ich nach Deutschland mit einer reichen Ausrüstung von Notizen über die Materie, welche dann während meines Aufenthaltes in München, Leipzig, Berlin einen täglichen Zuwachs erhielt. Ich fühle mich gedrängt, dem Prof. O. Gradenwitz und dem unvergeßlichen Pernice noch jetzt meine Dankbarkeit auszusprechen für den wertvollen Rat, den dieselben mir gaben, nämlich diesen Ballast abzustoßen und mich anderen Studien zuzuwenden, ein Vorschlag, der mir sogleich einleuchtete. In Straßburg, im Jahre 1893, sagte ich mich los von meinen vierjährigen Aufzeichnungen. Aus diesen entstand ein «*ridiculus mus*», aber für mich war es die Entlastung, die Freiheit. Und an einem schönen Maitage vertraute ich den majestätischen Wellen des Rheines den Schwur an, daß ich mich nie mehr mit der Besitzlehre plagen würde.

Dieser Schwur wird heute nicht gebrochen. Denn wenn ich es unternehme über ein Thema aus der Besitzlehre zu handeln, so teile ich einfach ein Ergebnis mit, das mir zufällig in die Hände gekommen, indem ich andere Rechtsfragen auf einem benachbarten Gebiete, in der Nießbrauchlehre, durchforschte. Es handelt sich daher um eine wahre, echte Entdeckung; daß das Entdeckte ein Schatz sei, darf ich selbst nicht behaupten.

Ein ungünstiges Schicksal liegt schwer auf dem ganzen Gebiete der Besitzlehre, wenn wir nach so vielen mühsamen Forschungen und lebhaften Debatten, an welchen die berühmtesten Schriftsteller und hervorragendsten Persönlichkeiten der romanistischen Schule teilgenommen, die Bedeutung der technischen Ausdrücke noch nicht kennen, welche in den Quellen vorkommen. Konnte doch noch Jhering in seiner geistreichen Kritik der herrschenden Besitzlehre besonderes Gewicht darauf legen, daß die römischen Quellen für einen Grundbegriff der ganzen Lehre, d.h. für die Innehabung keinen Terminus *technicus* gehabt hätten. Und im Hinblick auf die Literatur hatte er völlig recht. Auch wenn man die Quellen in ihrer rohen Gestalt in Betracht nimmt, so kann er wenigstens entschuldigt werden.

Aber billigerweise sind wir deshalb noch nicht berechtigt, ein abfälliges Urteil gegen die römische Jurisprudenz auszusprechen; denn trotz allem ist es auch möglich, daß die ursprüngliche Terminologie erst durch Beifügungen und Übertünchungen der Kompilatoren unklar geworden ist, so daß man dieselbe natürlich nicht verstehen, ja sogar nicht einmal wahrnehmen kann, bevor man nicht durch eine Reinigungsarbeit den Stand der Urquellen ans Licht und dadurch die römische Jurisprudenz wieder zu Ehren gebracht hat.

Alle bisherigen Versuche aufzuzählen, welche unternommen wurden, um die Wahrheit aufzufinden, das liegt außerhalb des Rahmens dieser Schrift, nicht nur, weil es zu weit führen würde, sondern auch und vor allem, weil es unnötig ist. Denn der Titel allein dieser Abhandlung ruft jedem Romanisten eine Fülle der verschiedensten und verwickeltesten Vorstellungen ins Gedächtnis zurück, womit man bestrebt war die Ausdrücke zu erklären, welche die Quellen in der Besitzlehre aufweisen. Die mächtige Hand Savignys hatte es versucht, die künftigen Geschlechter aus jenem

Labyrinth von Verwicklungen zu befreien, und er wurde von vielen als ein Befreier gepriesen. Die Savignysche Auslegung steht, alles in allem, auch jetzt noch in großem Ansehen. Nach Savigny ist «civilis possessio» nur der zur Ersitzung geeignete Besitz, aus dem Grunde, weil eben die Ersitzung die einzige vom Zivilrecht anerkannte Wirkung des Besitzes sei. Im Gegensatz dazu heiße jedes nicht zur Ersitzung führende Besitzverhältnis «naturalis possessio», einerlei ob es vom prätorischen Rechte anerkannt und geschützt sei oder ob es jedes Schutzes entbehre.

Die Angriffe auf diese Lehre sind unzählige gewesen. Als herrschende kann heute jene bezeichnet werden, welche erklärt: die «civilis possessio» schließe sowohl den zur Ersitzung geeigneten Besitz, als den mit Interdikenschutz aus-gestatteten ein. Diese Auslegung entspricht, wie wir sehen werden, ganz genau den justinianischen Quellen. Dennoch gehen die Meinungen stark auseinander. Z.B. Jhering nimmt selbst einen Doppelsinn des Ausdruckes «civilis possessio» an. Nach seiner Auslegung bedeutet «civilis possessio» einmal «rechtlich geschütztes Besitzverhältnis», ein anders Mal «Annahme eines Besitzverhältnisses von seiten des Rechts», trotz mangelnder «corporalis possessio». Jhering<sup>1</sup> wie Savigny<sup>2</sup> fügen hinzu, daß man in den einzelnen Quellenstellen immer erst aus den Umständen entnehmen müsse, in welchem Sinne der Ausdruck «civilis possessio», beziehungsweise «natur. poss.» gemeint sei. Ich verweise auch auf Meischeider und Bekker, die nach gründlicher Erwägung folgendes sagten. Meischeider: «der ... bestrittene Gegensatz von possessio civilis und possessio naturalis hat für das römische Recht selbst so geringe Bedeutung, daß er aus der römischen Besitzlehre verschwinden könnte, ohne daß dieselbe Schaden litte ... Seine Hauptbedeutung besteht in den Mißverständnissen, die er veranlaßt hat, und durch die er einer der Hebel geworden ist, mittelst deren die Juristen des Mittelalters die römische Besitztheorie aus den Angeln gehoben haben»<sup>3</sup>. Und zustimmend fügte Bekker<sup>4</sup> hinzu: «über die Resultatlosigkeit der zum Überdruß traktierten Kontroverse über civilis und naturalis possessio vgl. Meischeider, dessen Urteil «die possessio naturalis leidet an dem Mangel der Bestimmbarkeit» auch in dem nicht von ihm benutzten Teile des Materials Bestätigung findet»<sup>5</sup>.

Dies alles ist wahr!

Wenn man den römischen Juristen einen solchen Stand der Sprache zumuten könnte, so müßte man es aufgeben, seine Zeit an ein so mangelhaftes Produkt zu verlieren, obgleich es uns von der aufgeklärtesten Jurisprudenz, welche uns die Geschichte aufweist, geboten wird, da sie aus Mangelhaftigkeit der Sprache und der Ideen in dieser Materie nur dazu gekommen wäre, die wesentlichste juristische Einrichtung des täglichen Lebens zu verwirren.

Wem es also gelingt, diesen Knoten zu lösen, der leistet dem guten Namen der römischen Juristen und zugleich der Rechtswissenschaft einen Dienst; denn die klare und genaue Kenntnis des Sinnes der Worte ist die erste Bedingung von jedem Wissen; sie ist das Oxygen der Wissenschaft, sie reinigt die Begriffe, macht sie klar und wirksam. Liegt denn nicht der glänzendste und dauerndste Ruhm der römischen Jurisprudenz gerade in der Würde, Genauigkeit und Einfachheit der Rechtssprache, die immer noch die Welt beherrscht?

Sehen wir uns also die Sache nochmals an. Das Richtige liegt vielleicht so nahe, wie beim Ei des Kolumbus; man muß nur die verderbtesten Stellen einer strengeren kritischen Prüfung unterziehen.

---

<sup>1</sup>) R. VON JHERING, *Der Besitzwille: zugleich eine Kritik der herrschenden Juristischen Methode*, Jena, 1889, S. 42

<sup>2</sup>) K.F. VON SAVIGNY, *Traité de la possession d'après les principes du droit romain; traduit de l'allemand (sur la 6. édition)* par J. BEVING, Bruxelles, 1840, vgl. S. 86 und 77.

<sup>3</sup>) E. MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz: Studien über alte Probleme*, Berlin, 1876, S. 77; vgl. S. 84.

<sup>4</sup>) I.E. BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, in der «Festgabe an Johann Caspar Bluntschli zum Doktorjubiläum», Leipzig, 1880, S. 325 A. 3.

<sup>5</sup>) Weitere Auskünfte über die Literatur siehe in der trefflichen und die Lehre eingehend behandelnden Schrift von P. BONFANTE, *La possessio civilis e naturalis*, Torino, 1894.

## I. Die klassische Terminologie

### 1. *Possessio naturalis*

«*Naturalis possessio*» bezeichnet stets und nur das materielle, körperliche Haben einer Sache, also ganz genau dasselbe, was auch «*corporalis possessio*» genannt wird. Dieses sinnlich wahrnehmbare Verhältnis ist schon an sich eine wesentliche Voraussetzung jeden Besitzes. Der Ausdruck kommt, also ganz natürlicherweise in zwei verschiedenen Anwendungen vor: erstens, um das äußere, physische Element des wahren Besitzes zu bezeichnen, welches man oft besonders hervorheben muß, ganz unabhängig von den andern Voraussetzungen<sup>6</sup>, und ist dann gleichbedeutend mit dem Ausdruck «*corporalis possessio*», der ja in dieser Anwendung öfters vorkommt<sup>7</sup>; und dann zweitens: um das nackte Faktum, d. h. die bloße Innehabung zu bezeichnen, insofern ein Besitzverhältnis, welches auch der Grund der Ausschließung sein mag, gar nicht besteht oder nicht anerkannt werden kann. Der Ausdruck gibt also in dieser letzten technischen Bedeutung ein bloß faktisches Verhältnis kund, ohne jedwede juristischen Folgen. Gleichbedeutende Ausdrücke, um dieses Faktum zu bezeichnen, sind «*tenere*», «*detinere*», «*habere*», «*in fundo esse*», «*in possessione esse*»<sup>8</sup>.

So verschieden nun auch die Anwendungen des Beisatzes «*naturalis*» sind, so dürfen sie doch nicht als inhaltlich verschieden gelten. Der Beisatz stellt uns vielmehr beidemal ein und dasselbe vor, nämlich das sinnliche, körperliche Verhältnis des Menschen zu einem Objekte. Er kann also sehr gut in zwei Erscheinungen vorkommen, indem jener natürliche Zustand grundsätzlich bei der Detention wie beim eigentlichen Besitz erfordert wird. Genau so geschieht es bei anderen Spracherscheinungen. Das Adjektiv «*naturalis*» dem Substantiv «*filius*» beigefügt bezeichnet stets das Erzeugungsverhältnis und nichts anderes. Dennoch wird es in zwei verschiedenen Anwendungen gebraucht; einmal um die außer der Ehe geborenen Kinder im Gegensatze zu ehelichen zu kennzeichnen, ein anderes Mal um die ellichen von den Adoptivkindern zu unterscheiden<sup>9</sup>. Im ersten Falle ist das Erzeugungsverhältnis in den Vordergrund gestellt, und damit ist besagt, daß das außer der Ehe geborene Kind außerhalb der Familienordnung bleibt; im zweiten Falle ist das Erzeugungsverhältnis nur eine zugrunde liegende Voraussetzung der legitimen Kindschaft, welche man in diesem Fall hervorheben muß. Der Vorwurf also, den Jhering gegen die römische Jurisprudenz erhebt, das Wort «*naturalis*» in dem Besitzverhältnisse «als einen leidigen Notbehelf»<sup>10</sup> im Doppelsinne gebraucht zu haben, ist nicht gerechtfertigt und ist ein voreiliger.

Nachdem wir das vorausgeschickt, gehen wir auf die verschiedenen Fälle der Innehabung über und wollen zusehen, inwiefern uns bei dieser Wendung das physische Haben der Sache als solches entgegentritt, d.h. als ein Verhältnis, welches jeden Schutzes des prätorischen Rechts entbehrt und

<sup>6</sup>) Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.1.pr.: «*quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit*»; § 1 «*Dominiumque rerum ex naturali possessione caepisse*»; Iav. 1 *epist.*, D. 41.2.23.pr.: «*... adita hereditate ... possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*»; Paul. 6 *ad Plant.*, D. 22.1.38.10: «*Si possessionem naturalem revocem proprietatis mea manet*»; Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.3.3: «*... si non antecedit naturalis possessio*»; § 13 «*... quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus*»; Gaius 21 *ad ed. prov.*, D. 41.3.5: «*Naturaliter interruptitur possessio, cum quis de possessione vi deiectur*»; Paul. 4 *ad Sab.*, D. 15.1.8: «*... naturalem dationem*».

<sup>7</sup>) Paul. 54 *ad ed.*, 42.1.15: «*Per servum corporaliter pignori datum non acquirere nos possessionem ...*»; Iav. 1 *epist.*, D. 41.2.23.1: «*corporaliter tamen possessionem amittunt*»; Paul. *Sent.* 5.11.2: «*si rem corporaliter teneant*» (vgl. JHERING, *Der Besitzwille*, S. 9); Ulp. 30 *ad Sab.*, D. 41.2.29: «*... ut corpore desinat possidere*»; Pap. 3 *resp.*, D. 13.7.40.2: «*creditor possessionem pignoris quae corporaliter apud eum fuit, restituere debet*»; Pomp. 23 *ad Q. Muc.*, D. 41.2.25.2: «*ut potior sit illius corporaliter possessio*»; Ulp. 67 *ad ed.*, D. 43.3.1.5: «*et si corporaliter res in solidum translatae sunt*».

<sup>8</sup>) Vgl. D. 41.2.10.1 und D. 45.1.38.9.

<sup>9</sup>) So im D. 1.9.10: «*sive naturales sive adoptivi sint liberi senatorum*»; D. 38.8.1.4: «*in familia naturalis patris ... in familia adoptiva*».

<sup>10</sup>) JHERING, *Der Besitzwille*, S. 43.

sonst im Rechte gar keine Rolle spielt<sup>11</sup>.

Diese Ausschließung nun von jeder Anerkennung des Besitzes kann aus verschiedenen Gründen herkommen.

a) Aus Mangel am Willen. Die physische Innehabung bildet dann kein Besitzverhältnis, wenn das Subjekt die qualifizierte Absicht, die Sache besitzen zu wollen, nicht hat. Das ist im Fragment D. 41.2.3.3 (Paul. 54 *ad ed.*) ersichtlich:

Neratius et Proculus et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio.

Abgesehen von dem Beispiele, welches im Texte folgt, wird hier als ein allgemeiner Grundsatz ausdrücklich hingestellt, daß das materielle Innehaben der Sache im voraus bestehen kann und dasselbe erst in dem Augenblicke zum Besitze erhoben wird, wenn das Subjekt die Absicht gefaßt hat, die Sache besitzen zu wollen. Die Angriffe Jherings gegen die Subjektivitätstheorie in der Besitzlehre zerfallen gegenüber einem solchen Texte. Bei anderen Quellenentscheidungen tritt dasselbe Ergebnis scharf hervor. So überhaupt im D. 41.2.47 (Pap. 26 *quaest.*):

Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris confestim amississe, me possessionem vel ignorantem responsum est<sup>12</sup>.

b) Wegen des Grundes des Habens selbst. Das Verhältnis gilt als bloße Innehabung, weil im gegebenen Falle der rechtlich anerkannte Grund des Habens jedes Besitzverhältnis ausschließt. Es gehören hierher, wie bekannt, die Fälle des Kommodatars, des Kolonen, des Depositars, des Nießbrauchers usw., wo das Recht selbst, indem es jemandem auf Grund des Rechtsgeschäfts eine Macht über die Sache verleiht, sie nur in einem bestimmten Maße, in gewissen Grenzen erteilt, welche gerade die juristische Folge des Besitzes ausschließen. Diese sogenannte Objektivitätstheorie mag einstweilen nur mit einem Hinweis auf Jherings Werk «der Besitzwille» erwähnt werden; uns steht nur zu, die Terminologie der Quellen in allen diesen Anwendungen hervorzuheben, und in diesen heißt es wie folgt:

Ulp. 44 *dig.*, D. 41.5.2.1: possessio non solum civilis sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est neque colonum neque eum apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

Ulp. 20 *ad ed.*, D. 10.3.7.11: Neque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant.

Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43.26.6.2: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.

Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.3.20: Sed si is, qui apud me. deposuit [vel commodavit], qui ne possidebam quidem.

C.I. 7.32.12 (Iust., a. 531-532): sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius per quem licentia est nobis possidere corporaliter<sup>13</sup>.

Für den Nießbraucher:

Ulp. 70 *ad ed.*, D. 41.2.12.pr.: Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet.

Pap. 2 *definit.*, D. 41.2.49.pr.: cum naturaliter teneatur a fructuario.

Ulp. 67 *ad ed.*, D. 43.3.1.8: neque ususfructus . . . possidetur, sed magis tenetur.

---

<sup>11</sup>) Über die Bedeutung der Innehabung im Rechte vgl. im übrigen JHERING, *Der Besitzwille*, S. 47 f.

<sup>12</sup>) Vgl. noch fr. D. 41.2.20 (Marcell. 19 *dig.*).

<sup>13</sup>) Vgl. fr. D. 41.2.25.1 (Pomp. 23 *ad Q. Muc.*).

Ulp. 1 *de interd.*, *Fragm. Vat.* 90: quia non possidet legatum sed potius fruitur<sup>14</sup>.

c) Wegen Vermögensunfähigkeit. Haussöhne und Sklaven können nichts besitzen, sie sind vielmehr kraft ihres Standes in jedem einzelnen Besitzfall bloße Inhaber. Die Quellen äußern sich so<sup>15</sup>:

für die Haussöhne:

Iul. 44 *dig.*, D. 41.5.2.2: Filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre.

Papin. 12 *resp.*, *Vat. Fragma.* 258 (= D. 10.2.35): filiam etenim, quae naturaliter agros tenuit.

Für Sklaven:

Papin. 2 *definit.*, D. 41.2.49.1: Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est.

Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45.1.38.7: sed quamvis civili iure servus non possideat, ad possessionem naturalem hoc referendum est.

d) Wegen Unfähigkeit des Objekts. Die Sache ist dem Kreise der Privatberechtigung ganz entzogen, und daher gilt jedes faktische Herrschaftsverhältnis über dieselbe, ohne Rücksicht auf seinen Grund und auf die Auffassung des Subjektes als bloße Innehabung.

Paulus 15 *ad Sab.*, D. 41.2.30.1: locum religiosum aut sacrum non possumus possidere ... sicut hominem liberum<sup>16</sup>.

e) Wegen Unselbständigkeit des Objekts. Endlich ist ein Besitz von Sachen, die ihre juristische Selbständigkeit verloren haben, indem sie als Bestandteile einer andern Sache oder eines größeren Ganzen erscheinen, nicht möglich (siehe weiter unten II.3). Die Meinungsverschiedenheit der Juristen in einem hierher gehörigen Falle wollen wir einstweilen hier nicht berühren.

Die Quellen sprechen also mit der Wendung «*naturalis possessio*» oder «*naturaliter tenere*», «*possidere*» das Innehabungsverhältnis aus. Alle so bezeichneten Fälle tragen ein und dasselbe Gepräge: das faktische Haben der Sache wird nie als Besitz anerkannt, was immer auch der Grund einer solchen Ausschließung sein mag. Die Sprache stellt nur das dar, was in der Tat da ist; denn außer dieser Tat sache erkennt das Recht nichts an. Die Beziehung der Person zur Sache gilt als bloße Innehabung.

Was uns anbelangt, müssen wir nun feststellen, daß die Quellen nur eine Bedeutung der Wendung «*naturalis possessio*» kennen, deren Sinn klar ist wie das Sonnenlicht. Einen Doppelsinn wie von Savigny gemeint hat, gibt es nicht. Noch mehr: die Wendung erscheint nie im Gegensatz zu «*possessio civilis*». Die Quellenzeugnisse, welche mit dieser Terminologie nicht vereinigt werden können, sollen später in Betracht gezogen werden.

## 2. *Civilis possessio*

*Possessio civilis* ist das Besitzverhältnis, welches auf eine «*iusta causa*» des Habens gegründet ist. Das ist schon von vornherein ganz in Ordnung und selbstverständlich, da der Beisatz «*civilis*», wo er erscheint, bedeutet, daß das so bezeichnete Verhältnis vom Zivilrecht anerkannt und mit besonderen zivil-

---

<sup>14</sup>) Vgl. Gai., *inst.* 4.153; D. 43.26.6.2 (Ulp. 71 *ad ed.*).

<sup>15</sup>) Vgl. P. VON SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, Halle a.S., I-II, 1902-1907, Bd. II, S. 164 f.

<sup>16</sup>) Vgl. D. 41.2.23.2; D. 45.3.34.

rechtlichen Folgen ausgestattet ist. Und es will nichts besagen, daß der Besitz eine «*res facti*» ist; denn es ist nichtsdestoweniger wahr, daß sich an diese Tatsache, wenn besondere Voraussetzungen vorhanden sind, juristische Folgen von großer Bedeutung anknüpfen. Jene Voraussetzungen gehen eben vom «*ius civile*» aus, und wo sie erscheinen, spricht man ganz korrekt von «*civilis possessio*». So können Sklaven und Haussöhne «*iure civili*»<sup>17</sup> nicht besitzen, da sie nach den grundsätzlichen Prinzipien des Zivilrechts die Vermögensfähigkeit gänzlich entbehren. Der beschenkte Ehegatte besitzt nicht die ihm von dem anderen übergebene Sache wegen des vom *ius civile* festgesetzten Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten, wodurch der Grund der Übergabe der Sache vernichtet wird<sup>18</sup>. Der Unmündige kann «*civilis possessio*» nicht erwerben oder übertragen ohne die Bevollmächtigung des Vormundes, da er wegen Mangels voller Handlungsfähigkeit keine «*iusta causa*» hervorbringen kann<sup>19</sup>.

Daß von Rechts wegen der Besitzerwerb dem Gewalthaber beigemessen wird, ist möglich, insofern die Gewalt des Herrn eine zivilrechtlich begründete ist<sup>20</sup>. So sagt Javolen in D. 41.2.23 i.f.:

Iav. 1 *epist.*: ... respondit: si vinxeris hominem liberum ... multo minus per illum res eius a te possidebuntur: neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter<sup>21</sup> in mea potestate non habeo.

Also die «*possessio civilis*» erkennt man daran, daß sie durchaus den Grundprinzipien des Zivilrechts untersteht. Ihr Merkmal besteht in dem gerechten Grunde der Besitzerlangung. Ohne dieses gibt's keine «*civilis possessio*» höchstens Interdiktenbesitz, vorausgesetzt, daß im gegebenen Falle die Fähigkeit des Subjekts zu besitzen vorhanden und das Objekt von der Privatberechtigung nicht ausgeschlossen ist.

Bemerkenswert ist noch, daß nach dem Rechte der republikanischen Zeit in besonderen Fällen, in welchen die Anerkennung der «*civilis possessio*» durch eine Norm des Zivilrechts ausgeschlossen war, auch die Anerkennung jedweden Besitzes ausgeschlossen blieb, also auch des Interdiktenbesitzes. Die Jurisprudenz der Kaiserzeit dagegen hat das Prinzip durchgeführt, daß in Fällen, wo der Grund der Ausschließung des Besitzverhältnisses nur relativ und nicht absolut war, der Annahme des Interdiktenbesitzes kein Hindernis im Wege stehen sollte. Das hat nämlich Julian zugunsten des beschenkten Ehegatten durchgeführt<sup>22</sup>; und zugunsten des Pupills schon Ofilius und dann Nerva, der Sohn, wenigstens behauptet<sup>23</sup>.

Die weitere Entwicklung dieses Gedankens kann einstweilen unterbleiben. Hier ist von Belang, bei der Beobachtung zu verweilen, daß der gerechte Grund bei der Besitzerlangung von grundsätzlicher Bedeutung war für alle weiteren Folgen, welche sich an das Besitzverhältnis im Gebiete des Zivilrechts knüpfen konnten. Die Theorie der Kaiserzeit hat in dieser Richtung kaum etwas geändert. Nun wird eine «*iusta causa*» bei Besitzerlangung gefordert für den Eigentumserwerb und für die Möglichkeit der Ersitzung; folglich auch für den Schutz durch die *Publiciana* und für

---

<sup>17</sup>) Vgl. Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45.1.38.7: '*quamvis civili iure servus non possideat*'.

<sup>18</sup>) Paul. 7 *ad Sab.*, D. 24.1.26.pr.: '*licet illa iure civili possidere non intellegatur*'.

<sup>19</sup>) Vgl. unten II.6.

<sup>20</sup>) Der Fall, wo diese Möglichkeit im klassischen Rechte gegeben war, ist unten ausgeführt (vgl. II.4).

<sup>21</sup>) Javolen hat sehr wahrscheinlich *iure civili* geschrieben. Es wird sich nachher [unten II] zeigen, daß die Kompilatoren die adverbiale Wendung '*civiliter*' besonders vorgezogen haben.

<sup>22</sup>) Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.6.1 in f.: '*possidere autem uxorem rem a viro donatam Iulianus putat*'; Ulp. 15 *ad ed.*, D. 5.3.13.1: '*item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: [et placet nobis] Iuliani sententia pro possessore possidere [eum]*'; die Stelle ist sonst von den Kompilatoren verkürzt, um die Meinungsverschiedenheit der Juristen in diesem Punkte zu beseitigen. Ein klares Merkmal der Interpolation ist in der Wendung '*placet nobis*' zu sehen, darüber vgl. M. PAMPALONI, *Contributi alla determinazione degli emblemi nelle Pandette*, im «*Archivio giuridico*», LV, 1895, S. 510f. Und endlich: fr. D. 41.2.1.4 (Paul. 54 *ad ed.*): '*Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest*'.

<sup>23</sup>) Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.1.3: '*Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti non iuris esse*'.

die «*accessio possessionis*», soweit sie im klassischen Rechte anerkannt ist.

Savigny hat diesen Punkt in gewissem Sinne erkannt und hervorgehoben. Dennoch übertrieb er, indem er die «*civilis possessio*» überhaupt nur als den zur Ersitzung geeigneten Besitz bezeichnete.

So kam er dazu, als einzige maßgebende Folge derselben jene zu betrachten, welche eben am meisten in die Augen fällt wegen des schwebenden Zustandes, der in solchem Falle für den Eigentumserwerb eintritt. Aber diese Folge ist gewiß nicht die gewöhnlichste, auch nicht die bedeutendste, um so weniger denn die einzige der «*civilis possessio*». Vielmehr ist letztere, soweit es sich um den Verkehr unter Lebenden handelt, die unerläßliche Voraussetzung für den Eigentumserwerb. Dieser vollzieht sich stets mittels Besitzübertragung, genauer durch Besitzerlangung von seiten des Berechtigten, und ein solcher Besitz ist eben eine «*civilis possessio*», d.h. die Verwirklichung einer gerechten Beziehung der Person zur Sache.

Eigentumserwerb kann, andererseits, trotz der gerechten Besitzerlangung, wegen besonderer Umstände unterbleiben, so wegen Mangels im Recht des Übertragenden; es kann auch die Ersitzung ausgeschlossen sein wegen des bösen Glaubens des Erwerbers, und dennoch darf bei allen diesen Fällen nicht unbeachtet bleiben, daß eine tatsächliche Beziehung besteht, und zwar hervorgerufen durch einen vom Zivilrecht anerkannten Grund. Solcher rechtmäßigen Gründe der Besitzerlangung gibt es also so viele wie für den Eigentumserwerb, nur daß der Besitz in den Vordergrund tritt, wo der Erwerb des Eigentums einstweilen oder überhaupt in besonderen Fällen unterbleibt. In alter Zeit wurden solche rechtliche Gründe vom Zivilrecht bestimmt: *mancipatio*, *cessio in iure* usw. Mit dem Fortschritte des römischen Rechtssystems wurden neue, im Gebiete des *ius gentium* erwachsene Gründe den älteren völlig gleichgestellt: *occupatio*, *specificatio*, *emptio* usw.

Ein berühmter Pandektentext wird dadurch klar und verständlich erscheinen. Denn Paulus (54 *ad ed.*) schreibt:

D. 41.2.3.21: Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae<sup>24</sup>.

Der Jurist betrachtete gewiß in diesem Punkte unmittelbar die «*civilis possessio*». Der Inhalt der Stelle deckt sich genau mit meiner Ausführung, und ich brauche daher nichts hinzuzufügen. Das «*unum genus possidendi*», wovon hier Paulus spricht, bezieht sich zweifellos auf die *civilis possessio*, und diese nähere Bezeichnung erschien vielleicht in irgendeiner Weise im Kommentar von Paulus und verschwand in der Kompilation. Denn es ist bemerkenswert und wurde auch stets beobachtet, daß in den Justinianischen Quellen der Ausdruck «*civilis possessio*» nur sporadisch zu lesen ist.

Was dann die Kritik von Paulus gegen Q. Mucius, im § 23, anbelangt, so gehört sie nicht in den Rahmen dieser Abhandlung; dennoch kann ich mich nicht enthalten zu sagen, daß der große republikanische Jurist in seiner Einteilung der Besitzverhältnisse gerade von dem rechtlichen Grunde des Habens der Sache geleitet war; und so konnte er besondere Fälle einfacher Innehabung an diese Kategorie der «*civilis possessio*» anschließen. Ob wohl die Meinung des Q. Mucius und die Kritik von Paulus uns genau überliefert sind?

Jedenfalls beweist Paulus' Vorwurf gegen Q. Mucius in der greifbarsten Weise den großen Fortschritt, der im Gebiete der Besitzlehre durch die Arbeit der klassischen Jurisprudenz sich vollzogen hatte.

---

<sup>24</sup>) Die Kompilatoren haben gewiß die eigentlichen Erwerbsgründe des Zivilrechts aus diesem Texte gestrichen. In dieser Richtung belehren schon andere Texte, wovon ich nur zwei zur Übersicht vorlegen will:

Gai., *inst.* 2.87. *Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel extraditione nanciscuntur, sine quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis adquirunt.*

Paul. 54 *ad ed.*, D. 41.2.1.15: *Per servum corporaliter pignori datum non acquirere nos possessionem Iulianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri ad usucapionem) nec creditor, quia nec stipulando nec ullo alio modo per eum adquirat cet.*

Dadurch ist auf die unwiderleglichste Weise die Savignysche Vorstellung von der «*civilis possessio*» verbessert und auf ihre richtigen Grenzen zurückgeführt. Nicht in der Möglichkeit der Ersitzung liegt das Erkenntnismerkmal der «*civilis possessio*», sondern im rechtlichen Grunde der Besitzerlangung. Die Ersitzung ist nur eine Folge, die begreiflicherweise in den Quellen in hellerem Lichte hervortritt. Warum sollte denn eine «*civilis possessio*», abgesehen von der Ersitzung, nicht angenommen werden können? Im D.45.1.38.7 ist von folgender Stipulation die Rede: *possidere mihi spondes?* Ulpian antwortet: *utilis est*. Worin könnte denn in einem solchen Fall der Grund zum Zweifel liegen? Als Inhalt der Obligation ist hier m.E. nur das «besitzen können», nicht das Haben des Eigentums gemeint. Eine solche Obligation kann wohl verschiedenen Zwecken dienen. Die Frage der Ersitzung kommt dabei einstweilen und vielleicht überhaupt gar nicht in Betracht. Daß es sich in dem obigen Falle um eine «*civilis possessio*» handelt, ist m.E. in der Fortsetzung des Textes klar ausgedrückt, indem Ulpian in bezug auf einen als Stipulator gemeinten Sklaven hinzufügt: *quamvis civili iure servus non possideat*; also, wenn wir von dem Sklaven absehen, dann mußte aus einer solchen «*Stipulatio*» notwendigerweise eine «*civilis possessio*» folgen; eben weil dieselbe sich auf eine vom *ius civile* anerkannte «*causa*» gründet.

Nach alledem kann man sagen, daß die «*civilis possessio*» eine besondere Kategorie des Besitzes und zwar eine höhere, vollkommene bildet, welche im Bereich des Zivilrechts wirkungsvoll erscheint.

Gegen diesen Standpunkt hat man hervorgehoben, daß in den Quellen sich wirklich Fälle von «*iusta possessio*» zeigen, die gewiß mit der «*civilis possessio*» nichts zu tun haben; z.B. in zwei Erscheinungen: beim Besitze des Pfandgläubigers und des Prekaristen.

Gaius 7 *ad ed. prov.*, D. 6.2.13.1: *Interdum quibusdam nec iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.*

Paul. 18 *ad ed.*, D. 9.4.22.1: *Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione: licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intellegi, si facultatem repetendi eos dominus habeat.*

Es ist einleuchtend, daß hier die Juristen diese Erscheinungen ganz besonders hervorheben. Die «*iusta possessio*» ist hier im weiteren Sinne gemeint, im Gebiete des honorarischen Rechts, also des Interdiktenbesitzes. Diese «*causa possidendi*», vom honorarischen Rechte anerkannt, liegt ganz außer dem Zivilrecht und dem gleichgestellten «*ius gentium*». Folglich können jene Besitzverhältnisse schon deswegen nicht als Fälle der «*civilis possessio*» genannt werden.

Wir schließen also auch hier die Erörterung mit der bestimmten Behauptung, daß das römische Recht nur einen einheitlichen Begriff der «*civilis possessio*» kennt, welcher sich auszeichnet durch den rechtlichen Grund der Erlangung und daher mit den mannigfachsten zivilrechtlichen Folgen ausgestattet ist. Sie unterscheidet sich scharf von der Kategorie des Interdiktenbesitzes, der nur prätorische Anerkennung genießt und seinen Ursprung im Honorarrechte fand. Die Quellenzeugnisse, in denen der Ausdruck «*civilis possessio*» jedes Besitzverhältnis umschließend, im Gegensatze zur bloßen Innehabung steht, sind eben byzantinischer Mache.

### 3. *Possessio ad interdicta*

*Possessio* antonomastisch bezeichnet, ist der Interdiktenbesitz, also jene Beziehung der Person zur Sache, die als solche vom honorarischen Rechte geschützt ist, gleichgültig, ob der Grund, worauf sich das tatsächliche Haben stützt, ein gerechter oder ungerechter ist. Das Verhältnis entsteht, sobald die beiden Voraussetzungen, die zur Annahme des Besitzes überhaupt erforderlich sind, zusammentreffen: d.h. die körperliche Beziehung zur Sache und die Absicht, dieselbe besitzen zu wollen. Die Abschwächung des einen oder des anderen Elements hinsichtlich der Erlangung, der Dauer

und des Verlustes des Besitzes gehört der fortgeschrittenen Verarbeitung der Lehre an und wird hier nicht weiter verfolgt. Hier ist vielmehr zu erwähnen, daß für den Interdiktschutz nur besondere «*vitia*» des Besitzes in Betracht kommen, nämlich Gewalt, Heimlichkeit und *precarium*, soweit dieselben gegenüber dem Gegner platzgreifen; sonst genießt jedwedes Besitzverhältnis den prätorischen Schutz: *qualiscunque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet*<sup>25</sup>.

Das alles ist in den Quellen klar und in der Literatur über die Besitzlehre unbestritten anerkannt.

Nun haben die Römer zur genauen Bezeichnung dieses Besitzes keinen Beisatz nötig gehabt. Das versteht man jetzt ganz von selbst. Denn das Wort *possessio* selbst nach seiner gewöhnlichen Anwendung und im Volkssprachgebrauche drückt den Begriff der Willensbehauptung, der vollen Beherrschung der Sache aus, was schon in der Etymologie des Wortes «*potis sedere*» oder «*potē sedere*» ganz energisch hervortritt, wie Bonfante sehr schön ausgeführt hat<sup>26</sup>. Der Interdiktenbesitz bildet eben die große und allgemeine Kategorie der Besitzverhältnisse, war in der klassischen Jurisprudenz der Schwerpunkt der ganzen Lehre und unterschied sich, wo nötig, ganz scharf von den anderen Gattungen, insofern diese schon besondere Bezeichnungen hatten. Um diesen Besitz jedoch zu bezeichnen, wird hier und da eine Umschreibung gebraucht, mit Erwähnung des prätorischen Schutzes. Er wird also bezeichnet als: *possessio, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi*<sup>27</sup> (Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.1.9); *sed et eam rem, cuius possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim* (Venul. 3 *int.*, D. 43.26.7)<sup>28</sup>.

Dieser prätorische Schutz ist also das einzige Merkmal solcher Besitzgattung.

#### 4. Rückblick

Die römische Terminologie der Besitzverhältnisse ist, wie wir schon ersehen haben, fest und klar und überhaupt von überraschender Einfachheit. An dieser Terminologie können wir jetzt festhalten; sie ist kurz zusammengestellt folgende:

*Possessio naturalis* ist stets das äußere, körperliche Verhältnis der Person zur Sache, und weiter nichts. Wenn also ein Besitzverhältnis aus irgendeinem Grunde nicht anerkannt werden kann, dann tritt dieses physische Haben in den Vordergrund und heißt «*naturalis possessio*» = Innehabung.

*Possessio civilis* ist das Besitzverhältnis, welches sich auf einen vom *ius civile* (und *gentium*) anerkannten Grund stützt und deswegen vom Rechte mit den mannigfachsten Folgen gebilligt wird.

*Possessio*, schlechthin gesagt, ist das faktische Verhältnis der Person zur Sache, das als solches vom *ius honorarium* mit Interdiktschutz gegen jede Störung und jeden Angriff geschützt wird.

Diese Terminologie entspricht vollkommen der Realität des Lebens, also der Volkssprache und den Rechtsordnungen. Denn der Beisatz «*naturalis*» zu Besitz wie zu «*obligatio*», «*filius*», «*familia*», «*vis*»

---

<sup>25</sup>) D. 43.17.2 ; vgl. D. 41.2.3.5.

<sup>26</sup>) P. BONFANTE, *Il punto di partenza nella teoria romana del possesso*, im «Studi Senesi» («Scritti giuridici L. Moriani», I), Torino, 1906, S. 176 f. Vgl. A. WALDE, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1906, II, s.v. 'potis'.

<sup>27</sup>) Diese Worte sind im obigen Texte unverdächtig und werden von niemandem beanstandet. Im übrigen ist das Fragm. stark durch die Kompilatoren bearbeitet. Das ist heutzutage von vielen Seiten hervorgehoben und liegt auf der Hand. Vgl. H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig, 1907, S. 26 f.; B. KÜBLER, *Rez. von Siber, Heinrich, Die Passivlegitimation bei der Rei Vindicatio*, in dieser Zeitschrift, Bd. 29 («SZ.», XXIX, 1908), S. 481 f.; «Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts»<sup>9</sup> (neu bearbeitet von E. SECKEL), Jena, 1907, s.v. 'vindicare': vgl. s. v. 'possidere', und s.v. 'tenere'; R. DE RUGGIERO, «*Depositum vel commodatum*». *Contributo alla teoria delle interpolazioni*, im «BIDR.», XIX, 1907, S. 54. Das alles betone ich ausdrücklich, da G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen, 1910, S. 20, auch gegen die Worte: 'quidam tarnen ut Pegasus reliq.'. Verdacht erhoben hat, ohne jedoch bestimmte Grenzen der Interpolation zu ziehen und Gründe anzugeben. Wenn dieser Verfasser die Restitution dieses Textes im Sinn Seckels annimmt, so habe ich nichts einzuwenden; andernfalls müßte ich sagen, daß er einen grundlosen Verdacht aufgeworfen hat.

<sup>28</sup>) Vgl. D. 41.3.16; D. 41.2.1.15.

dient stets dazu, eine Beziehung, einen Zustand, eine Tat, ein Ereignis anzudeuten, welches wohl im menschlichen Leben oder in der Natur wirkt, aber außer dem Bereiche der Rechtsordnung liegt. *Possessio civilis* ist im Gegensatz dazu bloß die für das Recht vollkommene faktische Beziehung der Person zur Sache, welche wenigstens alle äußeren und unmittelbaren von der Rechtsordnung gestellten Voraussetzungen in sich begreift und daher rechtliche Wirkungen erzeugt.

Als *possessio* wird endlich das, als solches vom Menschen gewollte und verwirklichte faktische Haben bezeichnet. Dieses ist vom *ius honorarium* vorläufig geschützt, unabhängig von jeder Nachforschung über seinen Ursprung, der ein ungerechter sein mag.

Die drei Gattungen der Besitzverhältnisse stehen unter sich in keinem Gegensatze, da sie verschiedenen Ordnungen angehören, die erste sogar außer jeder Rechtsordnung liegt. Einen Gegensatz gibt es zwischen diesen Besitzkategorien, gewiß, aber nur *einen* wesentlichen, d.h. den Gegensatz vom «*ius*» und «*factum*». Die «*civilis possessio*» hat zivilrechtliche Voraussetzungen und ist in diesem Sinne eine «*res iuris*», oder besser, sie nimmt viel vom Rechte auf<sup>29</sup>. Dagegen ist die «*possessio*» als solche weiter nichts als ein faktisches Verhältnis; wo daher die Juristen sagen «der Besitz ist eine *res facti*», betrachten sie ausschließlich und unmittelbar die «*possessio ad interdicta*»<sup>30</sup>.

Auch stehen die Besitzkategorien in einer Abstufung zueinander, wobei die «*possessio naturalis*» die niedrigste Stufe bildet, die «*poss. civilis*» die höchste und vollkommenste, die «*possessio ad interdicta*» die mittlere und zugleich die breiteste. Merkwürdigerweise finden wir diese Abstufung der Besitzverhältnisse, so wie hier klargelegt, auch in der griechischen Erläuterung des D. 10.4.3.15, die folglich lautet:

τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσιν ἔννομοι καὶ πολιτικά, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίωνι κυρίως γὰρ νομὴ ἐστὶ ψυχῆ δεσπόζοντος κατοχῆ· αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ἐπὶ τῶν ἰντερδίκτων· αἱ δὲ φυσικά, ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίᾳ· ἕτεροι γὰρ νέμονται<sup>31</sup>.

Eine beachtenswerte Erläuterung; wir finden hier die drei Besitzkategorien ganz scharf und genau gesondert. Nur einen Fehler zeigt der Text, indem er den Besitz des Pfandgläubigers zu der Inhabungskategorie zählt. Das beweist aber, daß unsere griechische Auseinandersetzung, obschon aus klassischen Elementen zusammengesetzt, dennoch ein Flickwerk späterer Zeit ist, und als solches mußte es notwendigerweise aus dem D. 10.4.3.15, zu dessen Erläuterung es dienen sollte, auch etwas aufnehmen. Die Erläuterung wird dem Anon. zugeschrieben.

So ist die Terminologie, die wir in den römischen Rechtsquellen finden, und sie findet sieh auch in der justinianischeu Kompilation; sie ist klar, einleuchtend und daher allen bekannt und auf den ersten Blick verständlich; sie bildet überhaupt den Ausgangspunkt für alle Erklärungen der Schriftsteller, wurde jedoch verdunkelt durch einzelne Texte, welche, von Justinian geändert und in der Kompilation besonders hervorgehoben, die Kraft gehabt haben, einen undurchdringlichen Schleier über jene lichtvollen Wendungen der Römer zu werfen.

## 5. Der klassische Sprachgebrauch am *Fragm. 2 § 2 D. 41, 5 erprobt*

Zum Schlusse dieser Ausführung soll wenigstens eine Stelle erläutert werden, welche dazu dient, die Richtigkeit unserer Ergebnisse zu bestätigen. Dieselbe gibt uns den einzigen klassischen Text, worin uns zwei Fachausdrücke des Besitzes nach römischem Sprachgebrauch nebeneinander geboten sind.

---

<sup>29</sup>) Vgl. Papin. 2 *definit.*, D. 41.2.49.pr.: «*et plurimum ex iure possessio mutuetur*»; § 1: «*sed et iuris est*». Daß dann auch die *poss. civilis* faktische Elemente voraussetzt, soll nicht übersehen werden, und wird gerade von Papinian hervorgehoben: D.4.6.19: «*placet interruptam [usucapionem] postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet; causa vero facti non continetur postliminio*».

<sup>30</sup>) Siehe die Texte oben, in den Anmerkungen 22 und 23. Manchmal bezieht sich das Wort «*factum*» ausschließlich auf das physische Element im Gegensatze zum «*animus*»: vgl. Ulp. 30 *ad Sab.*, D. 41.2.29 und D. 47.4.1.15 («*... possessionem ... quae facti est et animi*»).

<sup>31</sup>) *Bas.* 15.4.3, sch. 25 (vgl. C. ZACHARIAE A LINGENTHAL, *Supplementum editionis Basilicorum*, Leipzig, 1846, S. 53).

Der Text stammt von Julian und ist uns, wie gesagt, in echter Gestalt erhalten:

Julian. 44 *dig.*: Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum. est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturali intellegatur, et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata. est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

Hier sind offenbar mehrere Beispiele der «*possessio naturalis*» angegeben, und es sind durchweg Innehabungsfälle. In dieser Hinsicht also, ist alles sicher und klar. Die «*possessio naturalis*» bedeutet nichts anderes als die bloße Innehabung.

Die «*possessio civilis*» ist dann gewiß als höchste Stufe der Besitzverhältnisse an erster Stelle genannt. Die Regel des Zivilrechts: *neminem sibi causam possessionis posse mutare* findet in ihr ganz. natürlicherweise unmittelbare Anwendung, ist sogar ihretwegen im Zivilrecht erwachsen, um die zivilrechtlichen Wirkungen des Besitzes auszuschließen, wo der gerechte Grund des Habens der Sache von vornherein nicht zureichend ist.

Der Besitz «*pro possessore*» gilt gewiß nicht als «*possessio civilis*», weil das Verhältnis eines rechtmäßigen Grundes entbehrt; aber es ist auch nicht eine «*possessio naturalis*», wie wir später in bezug auf den Fall des beschenkten Ehegatten sehen werden, und doch findet die genannte Regel ohne Zweifel auch auf diesen Besitz volle Anwendung<sup>32</sup>.

Die Auslegung der Julianischen Stelle ist also notwendigerweise folgende:

Der Jurist bezeichnet, um die umfassende Kraft der Regel darzustellen, in seiner Ausführung die Extreme der Besitzverhältnisse, das höchste und das niedrigste, die *possessio civilis* und die *possessio naturalis*; und so drückt er ganz scharf und genau die allgemeine Wirkungskraft der Regel in ihrer ganzen Ausdehnung aus. Sonach gilt sie nicht nur für den Besitz, welcher sich auf einen rechtmäßigen Grund stützt, sondern auch für die bloße Innehabung. Alle anderen Besitzverhältnisse sind eingeschlossen. Also ist auch die *possessio pro possessore* und im allgemeinen der Interdiktenbesitz, da er in der Mitte der Abstufung steht, von der Regel inbegriffen. Der Text stellt folglich nicht einen einfachen Gegensatz zwischen *possessio civilis* und *possessio naturalis* dar, wie man glaubte, sondern betrifft geradezu alle Besitzverhältnisse. Da diese eine Abstufung bilden, so war es genügend, die zwei Extreme hervorzuheben, um uns eine vollständige Übersicht über das Ganze zu geben.

Die umfassende Kraft der Regel ist somit scharf ausgedrückt. Unser Text bietet denn eine erste und klare Bestätigung der römischen Terminologie in der Besitzlehre, die in dieser Schrift ans Licht gebracht ist und im folgenden ganz außer Zweifel gestellt werden soll.

## II. Die Justinianische Terminologie

Wenn nun nach der bisher gegebenen Übersicht der Quellenzeugnisse alles klar und glatt ist, so müssen wir jetzt jene Pandektenfragmente, welche die ganze Verwirrung in die Lehre gebracht haben, einer genaueren Prüfung unterziehen. Es sind dies übrigens wenige Stellen, aus denen Savigny hauptsächlich den Begriff der *civilis* und *naturalis possessio* abgeleitet hat und welche andere Schriftsteller zu den verschiedensten Erklärungen veranlaßt haben.

### 1

Wir müssen bei jener unheilvollen Stelle anfangen, welche die Schuld trägt, die ganze Verwirrung in unsere Materie gebracht zu haben. Ich meine D. 43.16.1.9-10. Ich lasse die Stelle wie sie lautet, und

---

<sup>32</sup>) Ulp. 71 *ad ed.*, D. 43.26.6.3: 'Iulianus ait, eum qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario: neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare cet.'

zwar die von Tribonian eingesetzten Worte in Kursivschrift abdrucken.

Deicitur is qui possidet, [*sive civiliter sive naturaliter*] possideat: nam et [*naturalis*] possessio ad hoc interdictum pertinet.

Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: [*non tamen si colonus*].

Was sagt diese Stelle? Bei unbefangener Auslegung kann sie nur das bedeuten, daß jede *naturalis possessio* den Schutz dieses Interdikts genieße. Dieses Ergebnis hat freilich fast allgemeinen Widerspruch erregt, und vom Standpunkt des klassischen Rechts ist derselbe wohl berechtigt. Daher blieb kein anderer Ausweg als anzunehmen, daß die *naturalis possessio* hier im Gegensatz zur *civilis possessio* den Interdiktenbesitz bedeute. Folglich – *denique* – erwerbe der beschenkte Ehegatte an der auf ihn übertragenen Sache *naturalis possessio*, eben im Sinne des Interdiktenbesitzes. Auf diese Weise wurde die römische Terminologie des Besitzes plötzlich verschoben. Um die Scylla zu vermeiden, zerschellte man an der Charybdis. Die Verwirrung triumphierte.

Es lohnt sich aber die Sache näher zu betrachten. Wir wollen es versuchen, mit wenigen ganz scharfen Zügen diese unüberwindlichen Schwierigkeiten zu bemeistern. Zu diesem Zwecke müssen wir mit unserer Prüfung etwas weiter zurückgreifen.

A. Es ist außer jedem Zweifel, daß das klassische Recht dem bloßen Inhaber jedweden Besitzschutz absprach. Der Interdiktenschutz setzt eben stets den eigentlichen Besitz voraus<sup>33</sup>. Folglich hatten weder der Nießbraucher noch der Kolone irgendeinen Schutz; der Nießbraucher wenigstens nicht in der gewöhnlichen Form. Das ist glücklicherweise für den Nießbraucher in den *Fragmenta Vaticana* bezeugt, wo wir folgendes lesen:

§ 91. Idem libro II de interdictis sub titulo «si uti frui prohibitus esse dicitur». Non is, ad quem usus fructus [venit] *in* tum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus ad eum [non pertineat in aliqua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est.

Dem Nießbraucher also, sagt Ulpian, wird vom Prätor ein besonderes Interdikt gegeben *quia non possidet*<sup>34</sup>. Dies alles ist unbestreitbar.

Im Justinianischen Recht ist es im Gegensatz dazu klar ersichtlich, daß dem Nießbraucher das Interdikt in der Vulgarform zugestanden wird. Die Ausführung Ulpians über den Schutz des Nießbrauchers «*si uti frui prohibitus esse dicitur*», welche als Zusatz dem Kommentar des unde vi beigefügt war, wurde in der Kompilation mit der Hauptbehandlung verschmolzen und D. 43.16.3 in den §§ 13-17 einverleibt. Die Stellen mußten natürlich entsprechende Veränderungen erleiden, um dem neuen Interdiktum «*de vi*» einverleibt zu werden. So lesen wir im § 13:

Unde vi interdictum [*necessarium fuisse*] fructuario [*apparet*], si probibeatur uti frui [*usufructu fundi*].

Der Abschnitt dient als Verknüpfung. Aber die Hand der Compiler ist sichtbar; man erkennt sie schon in dem geschmacklosen Satze «uti frui *usufructu fundi*». Ulpian wird sich gewiß wie im § 91 der *Fragmenta Vaticana* ausgedrückt haben, etwa so:

Unde vi interdictum [non datur] fructuario [quia non possidet;] ideo specialiter interdictum « si uti frui prohibitus esse dicitur » hoc nomine proponitur.

Andere Veränderungen sind hier ohne Interesse.

---

<sup>33</sup>) Vgl. D. 43.16.1.23; 43.17.3.8.

<sup>34</sup>) Ulp. 1 *de interd.*, *Fragm. Vat.* 90; vgl. Gai., *inst.* 2.93.

Da nun das «*unde vi*» im Justinianischen Rechte dem Nießbraucher in gewöhnlicher Form gegeben wurde, so ist die unvermeidliche Folge, daß unser Interdikt auch auf den Inhaber ausgedehnt wurde: denn der Nießbraucher war, wie wir wissen, im klassischen Rechte und blieb in der Kompilation Justinians ein bloßer Inhaber. Dieser Konsequenz können wir auf keine Weise entgehen. Einstweilen ergibt sich aus dem oben Gesagten, daß die Worte unseres Textes «*sive civiliter sive naturaliter*» als eine Einschlebung der Kompilatoren betrachtet werden können, geschehen, um das *Unde vi* auf den Nießbraucher auszudehnen. In diesem Zusammenhange kann das Wort «*naturaliter*» nichts anderes als die Innehabung bedeuten. Und dieser Sinn des Wortes, welcher jetzt schon so einleuchtend ist, wird ganz außer Zweifel gesetzt durch die dem Schlusse des § 10 angehängten Worte: *non tamen si colonus*. Diese Einschlebung hat im Texte, den die Kompilatoren herstellten, offenbar eine einschränkende Wirkung. Sie waren sich wohl bewußt, daß sich der Satz «*naturaliter possideat*» auf den Inhaber bezog, und waren genötigt, dessen Tragweite einzuschränken, da sie den Interdiktschutz nicht allgemein ausdehnen wollten<sup>35</sup>. Die Ausdehnung zugunsten des Nießbrauchers ist leicht verständlich; sie mußte sogar den Kompilatoren notwendig erscheinen, welche die Rechte des Nießbrauchers über die Sache in allen Richtungen erweitert hatten. Ja, es ist verwunderlich, daß Justinian nicht, wie er eigentlich hätte tun sollen, die Macht des Nießbrauchers über die Sache zum Besitze erhoben hat. Die Neuerungen Justinians in dieser Materie, welche ich in meinen Vorlesungen seit Jahren darstelle, sind den Lesern dieser Zeitschrift durch den Bericht von Zanzucchi<sup>36</sup> bekannt.

So haben wir nicht nur ermittelt, was die Kompilatoren im Texte eingesetzt, sondern auch den Grund dieser Einsetzung selbst erkannt.

B. Versuchen wir nun, soweit es möglich ist, festzustellen, was im Urtexte an dieser Stelle stand, und was die Kompilatoren gestrichen haben. Wenn dieser Versuch gelingt, dann erhebt sich der Beweis der Einschaltung zum höchsten Grade der Glaubwürdigkeit. Und zum großen Glücke führt der Versuch zum besten Erfolge. Es ist folgendes zu bemerken.

Bekannt ist, daß Ulpian an dieser Stelle seines Kommentars das *Interdictum de vi cottidiana* erläuterte<sup>37</sup>; und ferner ist uns ausdrücklich überliefert, daß bei diesem Interdikt, wie in dem «*Uti possidetis*», im klassischen Recht die *Exceptio vitiosae possessionis* Platz fand<sup>38</sup>.

Nun haben die Kompilatoren, wie bekannt, die beiden im klassischen Rechte getrennten Interdikte «*de vi*» und «*de vi armata*» in eins verschmolzen und bei dem neuen Interdikt die *Exceptio* ausgeschlossen<sup>39</sup>. Noch mehr. Es ist anzunehmen, daß die *Exceptio* in Ulpian's Kommentar eben an dieser Stelle ihren Sitz haben mußte. Und ich meine, daß gerade dieses der Punkt ist, wo im echten Texte die Ausführung über die *exceptio* eingeschaltet war<sup>40</sup>. Diese Behauptung findet eine nicht zu

<sup>35</sup> In echten Texten kommt die Redensart '*naturaliter possidere*' in folgendem Umfang vor: 2 mal für den Nießbraucher: D. 41.2.12 e 49; 1 mal für Kolone und Depositar: D. 10.3.7.11; 1 mal für den Sklaven: D. 41.2.24; 1 mal für den Sohn: *Fragm. Vat.* 258.

<sup>36</sup> P.P. ZANZUCCHI, *Rivista della letteratura romanistica italiana 1907-1908*, in «SZ.», XXX, 1909, S. 509 f.

<sup>37</sup> Vgl. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>2</sup>, Leipzig, 1907, S. 445, und *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, II, S. 815.

<sup>38</sup> Gai., *inst.* 4.154: '*per quod is qui deiecit cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is qui deiectus est nec vi nec clam nec precario ab eo possederit*'.

<sup>39</sup> *Inst. inst.* 4.15.6: '*per quod is qui deiecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi deiecit vi vel clam vel precario possidebat*'.

<sup>40</sup> Gegen F.L. VON KELLER, *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem*, I, Turici, 1842, S. 313, vgl. LENEL, *Das Edictum*, S. 447, mit welchem ich mich jedoch nicht einverstanden erklären kann. Denn es ist unleugbar, daß im Kommentar von Ulpian, wie er uns in der Kompilation vorliegt, die Interdiktsprüche: '*cum ille possideret*' zweimal klargelegt erscheinen, nämlich in den §§ 9, 10 und dann in den §§ 23ff. Diese Schwierigkeit wird in der einfachsten Weise gelöst, wenn wir folgende Ordnung von Ulpian's Ausführungen annehmen: §§ 9, 10 über das Wort '*deiecit*' und zugleich über die durchaus (siehe unten im Texte) zusammenhängende Klausel «*quod nec vi nec clam nec precario*»: §§ 11-22 über die Worte '*aut familia tua deiecit*'. § 23f. kommentierte Ulpian das Erfordernis '*cum ille possideret*'. Die §§ 27-30 handeln noch immer vom Erfordernisse des Besitzes.

verachtende Stütze in den Sententiae von Paulus, die bei der Behandlung dieses Gegenstands zu dem Kommentar Ulpian in starker Beziehung stehen. Das können wir deutlich erkennen, wenn wir die beiden Texte nebeneinander halten. Zu diesem Zwecke müssen wir etwas weiter hinter den Text zurückgreifen, als zu jenem Punkte, von wo wir mit unserer Untersuchung ausgingen. Zur besseren Übersicht lasse ich hier die Texte von Ulpian und Paul zweispaltig abdrucken; die Worte, welche die Kompilatoren gestrichen haben, werde ich, natürlich dem Sinne nach, wieder an ihren Platz setzen und in Kursivschrift drucken lassen.

Ulp. 29 *ad ed.* (D. 43.16.1).

§ 7. Si quis de nave vi deiectus est, hoc interdicto locus non est, argumento eius, qui de vehiculo destractus est, quem nemo dixit interdicto hoc uti posse<sup>41</sup>.

§ 8 ... ..

§ 9. Deicitur is qui possidet [*nec vi nec clam nec precario ab adversario; iuste autem vel iniuste adversus ceteros*] possideat [*nihil refert*]: nam et [*iniusta*] possessio ad hoc interdictum pertinet.

§ 10. Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecit sit, poterit interdicto uti: [...]

*Paul. sent.* 5.6.5-7

§ 5. De navi vi deiectus hoc interdicto experiri non potest: sed utilis ei actio 'de rebus recuperandis exemplo vi bonorum raptorum datur. Idemque in eo dicendum est qui carruca aut equo deicitur: quibus non abductis iniuriarum actio datur.

§ 6. (verschieden)

§ 7. Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur.

Mit dem ersten Satz: *deicitur is qui possidet nec vi nec clam nec precario* zu vergleichen ist besonders Gaius, *inst.* 4.154:

eum qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio.

Also Worte und Zusammenhang, welche ich in Ulpian's Kommentar wiederhergestellt habe, sind eben in diesem Punkte sozusagen bei allen Juristen<sup>42</sup> stereotypisch. Was den Satz: «*iuste autem vel iniuste possideat nihil refert*» betrifft, mache ich darauf aufmerksam, daß wir ihn mit den gleichen Worten im Kommentar des *Interdictum Uti possidetis* bei Paulus wiederfinden, und mit größter Wahrscheinlichkeit in demselben Zusammenhange, d.h. im Anschluß der Behandlung der exceptio<sup>43</sup>.

So schreibt Paulus:

D. 43.17.2 (Paul. 65 *ad ed.*): Iusta enim an iniusta adversus ceteros. possessio sit in hoc interdicto nihil refert.

Endlich für den Satz: *nam et iniusta possessio ad hoc interdictum pertinet* bitte ich zu vergleichen den Schluß des D. 43.26.15.5 von Pomponius: *nihil refert, quod ad hoc interdictum pertinet*. So besitzt meine Wiederherstellung des Stückes bis in die kleinsten Einzelheiten eine feste Quellengrundlage.

Alles in Betracht gezogen, ist min das Rätsel gelöst. Die Auslegung des unseligen Fragments ist gegeben. Die Konsequenzen dieses Ergebnisses sind jedoch in jeder Hinsicht bemerkenswert. Jetzt können wir mit bestem Grunde behaupten, daß das «*unde vi*» auf die Inhaber, wenigstens auf den Nießbraucher ausgedehnt wurde; wir wissen, daß die Redensart «*naturaliter possideat*» von den Kompilatoren in dem gewöhnlichen Sinne der Innehabung angewendet wurde. Ferner daß die Worte «*non tamen si colonus*» mit einschränkender Tendenz von Tribonian beigefügt wurden<sup>44</sup>. Und endlich, daß

---

<sup>41</sup>) BESELER, *Beiträge*, S. 43, hat diesen ganzen Paragraphen wegen der Form beanstandet, wohl mit Recht; aber der Vergleich mit Paulus beweist, daß die Kompilatoren einen Auszug aus dem breiteren ulpianischen Texte gemacht haben.

<sup>42</sup>) Vgl. Cic., *Tull.* 45: 'vel non possedissee eum, qui deiectus sit, vel vi ab se possedissee vel clam vel precario'; *Caec.* 32: 'ita se possedissee, ut nec vi nec clam nec precario possederit'; *lex agraria* (111 v. Chr.), lin. 18: 'vi eiectus est, quod eius is quei eiectus est possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo'.

<sup>43</sup>) Dieser Zusammenhang erscheint wenigstens in den Digesten: vgl. D. 43.17.1.9 und das folgende fr. 43.17.2.

<sup>44</sup>) Es braucht nur hervorgehoben zu werden, daß Ulpian an dieser Stelle nicht über den Kolonen reden

der § 10, wo vom beschenkten Ehegatten die Rede ist, in Ulpian's Kommentar am rechten Platze stand, daß er aber unpassend wurde durch die Veränderung des § 9, wodurch er gewaltsam in anderen Zusammenhang kam. Der Ehegatte erwirbt wohl Interdiktenbesitz an der von seiner Ehehälfte geschenkten Sache, nicht *naturalis possessio*. Sein Besitz aber, wie bekannt, ist ein ungerechter, und das «*denique*» stand im Urtexte in der gewöhnlichen konklusiven Bedeutung an seinem Platze.

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist bezüglich der Terminologie noch zu bemerken: Die Wendung «*naturaliter possidere*» behält auch in unserem Texte den gewöhnlichen Sinn, d.h. den des körperlichen Habens; doch wurde der Gegensatz «*civiliter possidere*» in einer ganz neuen Bedeutung angewendet. Dies erhellt ganz deutlich, wenn man beobachtet, daß in dem Satze «*sive civiliter sive naturaliter possideat*» alle Besitzkategorien wiedergegeben sind die *civilis possessio* im Gegensatz zur *naturalis*; und so können wir nicht umhin anzuerkennen, daß «*civiliter possidere*» hier eben das, was wir «juristischen Besitz» nennen, bedeutet und daher jedes mit juristischen Folgen ausgestattete Besitzverhältnis einschließt; mögen dann die Folgen vom prätorischen oder vom Zivilrecht ausgehen.

Nachdem wir nun dieses in fr. 1 § 9 *Unde vi* gelegene ungeheure Hemmnis für die richtige Würdigung der Terminologie der Besitzverhältnisse weggeschafft haben, sind die übrigen Hindernisse leicht zu überwinden. Doch sind die Fragmente, welche sie darbieten, für unsere Aufgabe nicht weniger wichtig und müssen daher sorgfältig geprüft werden.

## 2

Vor allem müssen wir zwei Texte in Betracht ziehen, welche sich auf die *actio ad exhibendum* beziehen, deren erster in vielen Beziehungen in enger Verwandtschaft mit dem eben geprüften zu stehen scheint.

D. 10.4.3.15 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum [non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni], denique creditorem, qui pignori rem accipit, ad exhibendum teneri placet.*

Die volle Ähnlichkeit dieses Textes mit den §§ 9 und 10 *Unde vi* fällt sogleich ins Auge. Nicht nur die Terminologie ist dieselbe, sondern auch die Verkettung mit dem Beispiele, das darauf folgt, ist die gleiche. Das Wort «*denique*» verbindet auch hier die Wendung *naturaliter possidere* mit dem Besitz des Pfandgläubigers. So wurde die vermeintliche Doppelbedeutung der *naturalis possessio*, wie sie Savigny verstand, immer mehr befestigt und verschärft. Um solch einer Folge zu entgehen, bemühte man sich in verschiedener Weise, auch um die konsekutive Kraft des «*denique*» zu brechen oder wenigstens zu entnerven. Eine wahre *Batrachomyomachia* möge es mit allem Respekt vor den Kämpfern genannt sein. Wir sehen aber jetzt die Sache mit schärferen Augen, und die Waffen dürfen niedergelegt werden. Der ganze kursiv gedruckte Satz ist justinianischen Ursprunges. Das wird vor allem durch die Beobachtung außer Zweifel gesetzt, daß die Passivlegitimation zur *actio ad exhibendum* in erster Linie gewiß nur dem Eigenbesitzer zustand und der Inhaber grundsätzlich ausgeschlossen blieb. Und dies versteht sich ganz von selbst, wenn man bedenkt, daß die *actio ad exhibendum* nur eine vorbereitende Bedeutung hatte und den Prozeß über das Recht selbst vorbereiten und stützen sollte; ferner im Falle einer dolosen Besitzentäußerung<sup>45</sup> die *reivindicatio* ersetzen

konnte, denn er beschäftigt sich mit ihm ganz unten im § 22 mit folgenden Worten: '*quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his deiectis ipse deici de possessione videtur*'. Eine solch unnütze Wiederholung ist Ulpian nicht zuzumuten, abgesehen davon, daß die hier angefügten Worte ganz in der Luft schweben. Savigny (*Traite de la possession*, § 7 S. 70) versuchte zwar die Sache zurechtzubringen, indem er den Satz ergänzte durch Hinzufügung der Worte: '*. . . deiectus erit, poterit interdicto uti*', aber das nennen wir heutzutage wohl kaum Auslegung der Quellen.

<sup>45</sup> Vgl. SIBER, *Die Passivlegitimation*, S. 31 f.; BESELER, *Beiträge*, S. 20 f.; und jetzt O. GRADENWITZ, *10. L.27.3 de R.V. und der bössliche Entsetzer*, im «Festgabe für K. Güterbock», Königsberg, 1910, S. 306. Das sieht man auch ganz

mußte; abgesehen von diesem letzten Fall aber, wo die *reivindicatio* nicht möglich und unstatthaft war, auch die *actio ad exhibendum* nicht Platz greifen konnte. Es leuchtet also ein, daß der Depositar, der Kommodatar, der Kolone, der Mieter und derartige bloße Inhaber sich nicht in solche Prozesse einzulassen brauchen, denn sie können und müssen jederzeit vom Eigenbesitzer Hilfe und Sicherstellung verlangen. Neuere Arbeiten haben das alles sehr klar gemacht. Aber Beseler ist in der oben angeführten Schrift zu weit gegangen, indem er in unumschränkter Weise der *actio ad exhibendum* die Ausdehnung abspricht, welche ihr in einigen Fällen gegen den Inhaber selbst gestattet ist. Dem entgegen behaupte ich, daß in den Fällen, wo der Inhaber zugleich der einzige ist, der die «*facultas exhibendi*» hat, auch gegen ihn, im klassischen Recht, die *actio* stattfinden kann. Diese Fälle sind verschieden. Vor allem ist der von Celsus besprochene und von Ulpian wiedergegebene Fall zu erwähnen:

D. 10.4.5.pr.: Celsus scribit: si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest: item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum. sed si nemo heres existat, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere. idem ait: quomodo autem possidet qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? quae species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

Bei dieser Stelle sind die Worte: *si a nullo, inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere* – besonders bedeutsam –. Die Annahme einer Interpolation in der Mitte der Stelle – so Beseler<sup>46</sup> – ist nicht gerechtfertigt. Der Schluß mag wohl ein justinianischer Zusatz sein, doch ist er dem Vorstehenden sehr gut angepaßt und für die Lehre ganz gleichgiltig.

An diesen reihen sich noch andere, verschiedene Fälle: erstens die Reihe der *missi in possessionem*, sofern ihnen der Besitz vom Prätor noch nicht zugesprochen ist; und dann der Fall des Besitzes einer zusammengesetzten Sache, wenn ein unselbständiger Teil derselben von einem Dritten verlangt wird. Eben in solchen Fällen, glaube ich, kann die *actio ad exhibendum* gegen den Inhaber selbst nicht versagt werden, und ist in Wirklichkeit von den klassischen Juristen auch nicht versagt worden. Genau so verhielt es sich auch mit der *reivindicatio*. In dieser Beziehung erkläre ich mich völlig einverstanden mit Kübler<sup>47</sup>.

All das vorausgeschickt, kann man nun nicht mehr daran zweifeln, daß der oben angeführte Grundsatz, den wir im § 15 lesen, von Justinian sei. Eben deshalb steht er schon oben an der Spitze der Ausführung über die Passivlegitimation bei der *actio ad exhibendum*, welche gerade in Ulpian's Kommentar mit unserem Paragraphen beginnt. Diese Wahrnehmung ist von größter Wichtigkeit für unsere Behauptung. Denn, wie immer sich auch die Frage der Passivlegitimation der Inhaber zur *actio ad exhibendum* entscheiden mag, ist es doch für uns ausschlaggebend, daß die Quellen hier beständig den Besitz des Verklagten voraussetzen<sup>48</sup> oder die Besitzfrage sonst in Rechnung stellen: nämlich entweder gewähren oder verweigern sie einem die Zuständigkeit der *actio*: *quamvis non possideat, licet non possideat, licet possideat*<sup>49</sup>. Zu unserem Zwecke genügt es zu sagen: Die Gründe dieser Entscheidungen sind echt oder unecht: wenn sie echt sind, bestätigen sie, was wir oben gesagt haben, nämlich, daß die Passivlegitimation der *actio ad exhibendum* als solche nur dem Eigenbesitzer zugeteilt wurde und daß dieselbe nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen auf besondere Inhaber

---

klar aus einer in den Basiliken behaltene Erläuterung Stephans im Vergleich mit dem Texte der Digesten 6.1.17.1. Stephan schreibt: [B. 15.1.17 Sch. 60, ZACHARIAE, *Supplementum*, S. 13] τότε γὰρ ὡς νεμόμενος ἐννηγόμην τῇ ad exhibendum, ἐπειδὴ ὁ δόλω παυσάμενος νέμωσθαι ἀντὶ νεμομένου παραλαμβάνεται διὰ τοῦτο δε εἶπον ἐνάγεσθαι αὐτὸν τῇ ἀδεξιβένδουμ ὡς δόλω παυσάμενον νέμωσθαι, ἐπειδὴ τεθεμάτισται, ὅτι ἀνηρέθη ὁ οἰκέτης. εἰ γὰρ μὴ ἀνηρέθη, ἀλλ' ἐφαίνετο, πότε [οὐ] τῇ ad exhibendum ἀλλὰ τῇ ῥέμ ἐννηγόμην.

<sup>46</sup> BESELER, *Beiträge*, S. 20, 21.

<sup>47</sup> Vgl. dessen Andeutungen bezüglich des Buches von Siber: vgl. KÜBLER, *Siber*, S. 486, und besonders auch SECKEL bei «Heumanns Handlexikon», s.v. *vindicare*.

<sup>48</sup> Zu vgl. D. 10.4.8 e 11.2; LENEL, *Das Edictum*, S. 214.

<sup>49</sup> Vgl. D. 10.4.5pr. e §§ 1, 2, 5, 6; D. 10.4.7.1.

ausgedehnt werden konnte; sind sie aber von den Kompilatoren hinzugesetzt, wie das Beseler behauptet, dann ist es offenbar, daß sich in dem fortwährenden Hinweis auf die Voraussetzung des Besitzes der Stand der klassischen Quellen darin deutlich abspiegelt. Auf jeden Fall sehen wir also, daß die einleitende und allgemeine Norm, die wir jetzt im § 15 bezüglich der Passivlegitimation der *actio ad exhibendum* lesen, die von Haus aus allen Inhabern zugeschrieben wird, eine hinzugefügte ist. Sie könnte auch nicht gerechtfertigt werden durch Lenels Vermutung<sup>50</sup>, wonach die Ausdehnung der *actio ad exhibendum* sich nur auf dem Wege einer freien Auslegung durchgesetzt habe. Dies kann richtig sein; aber Ulpian müßte eben in diesem Falle natürlicherweise die Erörterung bezüglich der Formel mit der Hervorhebung der in derselben ausgedrückten Voraussetzungen einleiten<sup>51</sup>. Also, von Ulpian ist das gewiß nicht; dagegen spricht die ganze Ausführung in seinem Kommentare.

Außerdem muß man bemerken, daß sich Ulpian in unserem Paragraphen einer Ausdrucksweise bedient hätte, welche er bezüglich der Passivlegitimation zur *reivindicatio* nicht anwandte; denn in ebendieser und in ganz derselben Behandlung der Frage, welche im D. 6.1.9 auf uns gekommen ist, d.h. in einem Auszuge desselben Werkes spricht der Jurist nur von «*possidere*» und «*non possidere*» und gebraucht sogar für den Interdiktenbesitz eine umständliche Umschreibung: *possessio ... quae locum habet in interdico uti possidetis vel utrobi*, die wir schon kennen.

Also können wir die Interpolation in diesem Punkt als vollständig bewiesen bezeichnen. Daher kommt dann wieder der Ausdruck «*civiliter*» im Gegensatz zum «*naturaliter possidere*», und zwar in einer Weise, als ob mit diesen beiden Ausdrücken alle Besitzverhältnisse erschöpfend gekennzeichnet wären. Und daraus folgt, was mit gutem Grunde von vielen Seiten angenommen wurde, daß auch hier «*civiliter possidere*» in der Bedeutung von «juristischem Besitz» vorkommt, in derselben Anwendung also wie im Fr. 1 § 9 *Unde vi*. Dieser Sprachgebrauch gehört dann Justinian, nicht den römischen Juristen.

Endlich wird die Interpolation auch gekennzeichnet durch die Redensart: *eum qui naturaliter incumbat possessioni*. Diese nämlich ist gerade für das körperliche Innehaben der Sache äußerst gut und treffend, aber natürlich ist sie es nur, angewendet, wie es die Juristen tun<sup>52</sup>, um ein Besitzverhältnis an Immobilien auszudrücken; in bezug auf ein Rad, einen Ring oder einen Sklaven usw. ist sie wenigstens sonderbar<sup>53</sup>. Weiteres brauche ich nicht hinzuzufügen, da Beseler die Interpolation in denselben Grenzen gezeichnet hat<sup>54</sup>, und lange vorher hatte schon Perozzi wenigstens gesehen und hervorgehoben, daß die Anführung des Besitzes des Pfandgläubigers im echten Texte sich in anderem Zusammenhange finden sollte<sup>55</sup>.

### 3

D. 10.4.7.1: Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit) quamvis [*tunc civiliter*] non possideas.

Es wäre ganz unsinnig anzunehmen, daß hier mit dem Satze: quamvis tunc *civiliter non possideas* nur die «*civilis possessio*», nach der Savignyschen Auffassung, in Abrede gestellt sei. Niemanden könnte es

<sup>50</sup>) LENEL, *Das Edictum*, S. 214 Anm. 1.

<sup>51</sup>) Siehe Zusatz am Schlusse dieser Abh.

<sup>52</sup>) Vgl. D. 36.3.1.2, Ulp. 79 *ad ed.*: «*heres incumbit possessioni bonorum*»; D. 41.2.19.1, Marcell. 17 *dig.*: «*qui et corpore et animo possessioni incumbens*».

<sup>53</sup>) Andere Male hat die Wendung ein byzantinisches Gepräge; so in D. 47.2.56: «*sed pignori suo incumbere*», wo der Satz ganz überflüssig ist und der byzantinische Geschmack im Possessiv «*suo*» sich offenbart; ferner in den *Iust. inst.* 4.1.14: «*pignori potius incumbere*»; dazu C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, im «*BIDR.*», XIII, 1901, S. 187.

<sup>54</sup>) BESELER, *Beiträge*, S. 21.

<sup>55</sup>) Vgl. S. PEROZZI, *Sul possesso di parti di cosa. Note esegetiche*, im «*Per l'VIII Centenario della Università di Bologna*», Bologna 1888, S. 274 [= *Scritti giuridici*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 1948, S. 666]; aber siehe überhaupt das Scholium zu unserer Lex, oben § I.4 wiedergegeben.

einfallen, daß es für die Passivlegitimation zur *actio ad exhibendum* einer solchen *possessio* bedürfe. Wenn auch diese Bemerkung keineswegs als neu gelten kann, so folgt aus ihr doch, daß auch hier, wie schon in allen bis jetzt geprüften Texten «*civiliter possidere*» eine jeden Besitz umfassende Bedeutung hat. Und damit haben wir zugleich den Beweis der byzantinischen Herkunft des Wortes.

Das Zitat von Pomponius weist uns im übrigen den Weg zu weiteren Forschungen. Hat denn wirklich Pomponius in diesem Falle einfacher Verbindung von beweglichen Sachen die Fortdauer des Besitzverhältnisses an den einzelnen Teilen geleugnet? Ich darf nur die Antwort von Pomponius selbst heranziehen, indem ich dem Leser das im D. 41.3.30.1 Gesagte vor die Augen führe.

Pomponius 30 *ad Sab.*: Labeo libris epistularum ait, si is cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset. quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.

Pomponius bestätigt also (*verum est*) Labeos Meinung, nach der in Fällen einfacher Verbindung beweglicher Sachen das Besitzverhältnis an den Einzelsachen fortbesteht, wie vor der Zusammensetzung: *quia utrumque maneat integrum*<sup>56</sup>. Das ist in bezug auf die Gemme gesagt, die in einen Ring gefaßt ist; aber es liegt auf der Hand, daß dies im selben Maße auch für das Rad gilt, weil dieses, trotz seiner Verbindung mit dem Karren, in hohem Grade seine Vollständigkeit beibehält<sup>57</sup>. Diese Denkweise der Proculianischen Schule erhellt aus mehreren Stellen<sup>58</sup>; und zugleich ist es in den Quellen ersichtlich, daß sie nicht von allen Juristen angenommen wurde, wie Sokolowski meint, und daß besonders die Jurisprudenz der Severischen Zeit sie verworfen hat. Wie kann also Sokolowski seine Behauptung, daß alle Rechtslehrer in der von Pomponius vorgetragene Lehre übereinstimmen<sup>59</sup>, mit unserem Texte in Einklang bringen? Er erhält dieses Resultat, indem er die zwei Bruchstücke, welche gerade in offenem Widerspruch zueinander stehen, eins nach dem andern anführt. Damit ist aber gar nichts zu erreichen.

Für mich ist es hingegen sehr wahrscheinlich, daß Ulpian an der Stelle bezüglich des Rades die von Pomponius vorgetragene Lehre darlegte, um zu erörtern, ob trotz der Verbindung in solchem Falle ein gesonderter Besitz des Rades bestehe. Diese Frage war, wie wir schön wissen, von Bedeutung für die Anwendbarkeit der *actio ad exhibendum*. Indessen wollten die Kompilatoren die Meinungsverschiedenheit, welche in unserem Texte zum Ausdruck kam, wie gewöhnlich ausgleichen, zu welchem Zweck sie es sehr bequem fanden, das Wort *civiliter* einzusetzen und so mit Ulpian das Bestehen des Besitzverhältnisses zu leugnen. Die Frage hatte sonst in diesem Punkte für das Recht der Compilation gar kein Interesse mehr, da jetzt die bloße Innehabung an sich für die Passivlegitimation der *actio ad exhibendum* hinreichend war. Daß alles dies sehr wahrscheinlich ist, wird nicht geleugnet werden, obschon wir andere Grundelemente zur Wiederherstellung des Textes vermissen.

Dagegen können wir behaupten, daß es gewiß unrichtig ist, was Beseler tat, indem er den ganzen Satz: *quamvis tunc civiliter non possideas* aus dem Texte strich. Das ist um so verwerflicher, als er, wie wir bereits gesehen haben, behauptet, daß die Passivlegitimation der *actio ad exhibendum* einen eigenen Besitz immer voraussetze. Außerdem aber: wenn im Falle des Rades die Meinungsverschiedenheit der Juristen ersichtlich ist, durfte in unserem Texte eine Begründung nicht fehlen. Vielmehr wird Pomponius eben auf Grund des Bestehens des Besitzes die *actio* gegeben haben; Ulpian dagegen, wahrscheinlich Celsus<sup>60</sup> folgend, kam zum gleichen Resultat, mit der Motivierung, daß der Besitzer des Karren jedenfalls der einzige sei, der die Vorlegung des Rades durchführen könne<sup>61</sup>. Freilich

---

<sup>56</sup>) Vergleiche für die Würdigung dieser Begründung SOKOLOWSKI, *Die Philosophie*, I, S. 134 f., während PEROZZI, *Sul possesso*, S. 300 [= S. 689] dieselbe beanstandet hat, wohl grundlos.

<sup>57</sup>) So auch SOKOLOWSKI, *Die Philosophie*, I, S. 136.

<sup>58</sup>) Siehe z. B. noch den Schluß des D. 41.1.27: 'Sed Proculus et Pegasus existimavit suam cuiusque rem manere'.

<sup>59</sup>) SOKOLOWSKI, *Die Philosophie*, I, 135; siehe die Anm. 141, 143.

<sup>60</sup>) Vgl. oben § II.2.

<sup>61</sup>) Noch eine andere Auslegung der Meinung Ulpians ist möglich, die wir bei Venulejus mit folgendem Sätze

hat Beseler in diesem Punkte auch jede Streitfrage der Juristen geleugnet, indem er die Fortdauer des Besitzes an den einzelnen zusammengesetzten Sachen mit Sicherheit annimmt<sup>62</sup>. Aber diesem so leichthin angenommenen Resultat kann ich, außer demjenigen was ich bereits gegen Sokolowski gesagt habe, eine einfache Widerlegung entgegenstellen; denn abgesehen von der festen Auffassung meiner Landsleute<sup>63</sup> in der hier vertretenen Richtung, befinde ich mich in der angenehmen Lage, den deutschen Leser auf die besten deutschen Lehrbücher hinweisen zu können<sup>64</sup>. Im übrigen sind wir in allem, was für meine Erörterung von Wichtigkeit ist, einverstanden; denn wie immer man diese Streitfrage beurteilen mag, kann das Wort «*civiliter*», welches hier in Belang kommt, nur justinianischen Ursprunges sein; gerade wegen seiner Doppelbedeutung.

4

D. 41.2.24, Iav. 14 *epist.*: Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest acquirere [*sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere*]. quod vere ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit.

Der erste Teil dieses Passus ist klar und von hervorragender Bedeutung. Die Kompilatoren haben darin nur die Voraussetzung «*ex peculiari causa*» vor «*ignoranti tibi*» gestrichen, wie wir bald sehen werden. Im übrigen ist dort mit voller Klarheit ausgesprochen, daß der Sklave ohne Wissen seines Herrn nur eine «*iusta possessio*» d.h. «*possessio civilis*» erlangen kann, aber keinen ungerechtfertigten Besitz. Eine solche Erwerbung, sagt Javolen, bleibt nur eine körperliche. «*Corporalis*» bedeutet, wie immer bei den Klassikern, hier wieder die bloße Innehabung. Das ist ganz angemessen. Die Hausgewalt ist eben ein Rechtsverhältnis, welches sich auf das Zivilrecht gründet, und dies kann zu keinen verbrecherischen Handlungen oder Erwerbungen berechtigen. Was dagegen nach Zivilrecht erworben ist, bekommt eben deshalb zivilrechtliche Sanktion. Nach diesem Ergebnisse besteht die Bedeutung der Stelle wohl darin, daß wir aus ihr lernen, wie das Grundprinzip, wonach die Sklaven zugunsten ihres unwissenden Herrn Besitz erlangen konnten, nur für die «*civilis possessio*» Anwendung fand. Und ferner gilt diese Möglichkeit bloß für Erwerbungen «*ex peculiari causa*». Diese Regel ist gut beglaubigt<sup>65</sup> und neuerlich gegen alle Zweifelsgründe sichergestellt worden<sup>66</sup>. Den Grund der Regel selbst gibt uns am besten Papinian, welcher dieselbe so rechtfertigt.

D. 41.2.44.1: Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus quaereretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causa peculiorum inquirere. nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur acquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem.

In den Besitzerwerbungen der Herren durch ihre Sklaven besteht ein erheblicher Unterschied. Geschehen sie «*ex peculiari causa*», dann erwirbt der Herr ohne Wissen, und zwar «*civilis possessio*»; in

---

ausgedrückt finden: D. 43.24.8: «*per se tegulae non possidentur, sed cum universitate aedificii*».

<sup>62</sup>) BESELER, *Beiträge*, S. 26, 45.

<sup>63</sup>) Vgl. I. ALIBRANDI, *Opere giuridiche e storiche*, Roma, 1896, S. 292; C. FERRINI, *Pandette*, Milano, 1908, S. 314; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I, Teoria del possesso*, Milano, 1906, S. 80; PEROZZI, *Sul possesso*, S. 243 [= S. 639], und S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1906-1908, S. 551.

<sup>64</sup>) Vgl. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, Frankfurt a.M., 1906, § 151 A. 5, 6; aber auch H. DERNBURG, *Pandekten*, Berlin, 1892, § 176 A. 6, welcher wenigstens der Streitfrage der Juristen Erwähnung tut.

<sup>65</sup>) Die Regel wird in einer Stelle auf Sabin zurückgeführt: D. 41.2.1.5 (Paul. 54 *ad ed.*): «*... sicut Sabino et Iuliano placuit*». Außerdem sind zu vergleichen: D. 41.2.1.22; D. 41.3.44.7 und D. 41.3.47.

<sup>66</sup>) Vgl. P. DE FRANCISCI, *Sull'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo*, in den «*RIL.*», XL, 1907, S. 1002 ff.

allen andern Fällen wird der Erwerb des Besitzes unmittelbar vom Herrn selbst vollzogen, d.h. auf Grund seines Wollens, und der Sklave bewirkt nur die körperliche Tat. Papinian ist auch hier wie immer plastisch: «*corpore servi quaeri possessionem*», genau so wie beim «*procurator*», der nur ein Erwerborgan, ein Detentionsgehilfe des Besitzers ist<sup>67</sup>. Solcher Besitzerwerb kann dann auch ein ungerechter sein, auch mittels der Sklaven, da es sich jedenfalls um den Erwerb des Interdiktenbesitzes handelt, für welchen keine rechtlichen Schranken bestehen.

So haben wir nebenbei einen bedeutenden Unterschied zwischen «*civilis possessio*» und «*possessio ad interdicta*», in dem oben erörterten Sinne, klargestellt.

Das justinianische Recht hat nun auch in diesem Punkte alles umgestaltet. Die alte Regel bezüglich der Besitzerwerbungen mittels der Sklaven «*ex causa peculiari*» wurde nicht nur auf alle Sklavenerwerbe, sondern auch auf alle mittels freier Personen vollzogenen ausgedehnt<sup>68</sup>. Sonach finden wir viele Stellen im *Corpus juris* verkürzt oder umgestaltet. Diese Stellen teile ich in der Anmerkung mit<sup>69</sup>, aber gerade der zweite Teil unseres Fragments gehört zu dieser Gruppe.

Eine nähere Betrachtung desselben ergibt folgendes.

Die wesentliche Voraussetzung, daß der Sklave nur «*ex causa peculiari*» dem unwissenden Herrn

<sup>67</sup>) Also der Erwerb gilt: «*animo nostro corpore alieno*»; vgl. D. 41.2.3.12; *Paul. sent.* V, 2.1.

<sup>68</sup>) Eine treffende Andeutung darauf finden wir schon bei P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup>, Milano, 1909, S. 322 A. 6.

<sup>69</sup>) Ich bin genötigt, die hierher gehörigen Stellen meinerseits kurz zu erörtern, da in verschiedenen Punkten meine Beobachtungen nicht mit denen von DE FRANCISCI, *Sull'acquisto*, S. 1002 übereinstimmen, dessen Endergebnis sonst nichts hinzugefügt werden kann. 1. Paulus 19 *ad ed.*, D. 6.2.10, wo die Worte «*sive*», «*sive nunc*» von den Kompilatoren eingesetzt wurden. Die vorstehende Stelle wird weiter unten in Betracht gezogen. 2. Ulpianus 7 *disputat.*, D. 41.2.34.2: «*Servus quoque meus ignoranti mihi adquirit possessionem ...*». Gestrichen wurde wenigstens die Voraussetzung *speculii nomine*; im übrigen ist die Stelle ganz umgestaltet; so auch I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso*, in *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1896, S. 275. 3. Ulpianus 70 *ad ed.*, D. 41.2.2. Dieser Passus enthält bedeutende Neuerungen (vgl. auch ALIBRANDI, *Teoria del possesso*, S. 278) hinsichtlich des Besitzes der «*municipes*», der Besitzerlangung mittels freier Personen und Sklaven auch ohne Wissen der Herren; die Stelle ist ganz von den Kompilatoren geformt; der Spruch «*sed hoc iure utimur*» weist eben auf das neue Recht hin. 4. Paulus 15 *ad Plaut.*, D. 41.3.15 pr.: «*Quod si servus eius, qui in hostium potestate est, emerit, in pendenti esse usucapionem Iulianus ait*». Hier wurde «*speculii nomine*» gestrichen, wie aus dem Vergleich mit dem Passus Julians in D. 49.15.22.2 erhellt. 5. Pomp. 17 *ad Sab.*, D. 41.3.28. Auch hier gestrichen «*ex causa peculiari*»; zu vgl. ist D. 41.2.1.5. 6. Paulus 32 *ad Sab.*, D. 41.3.31.3, wo nur die Worte «*vel etiam meo*» eingeschaltet wurden. 7. Papin. 23 *quaest.*, D. 41.3.44.3: «*Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni [datum est, live servus hereditarius aliquid comparat sive defunctus usucapere coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt]*». Ich sehe die Stelle entschieden als interpoliert an. Was den Inhalt anbelangt, liest man die entgegengesetzte Entscheidung Papinians im 41.3.45.1, welches an Genauigkeit nichts zu wünschen übrig läßt; die Einschaltung von Mommsen und von Kniep, welche ein «*nisi*» oder «*ni*» vor «*servus*» setzten, ist häßlich und verstümmelt die Stelle. Außerdem ist zu erwähnen, daß Tribonian's Eingriff in unserer Stelle sehr wohl ersichtlich ist, indem sie ganz kurz Besitz und Erbsitzung zugunsten der Erbschaft, wie in der unter 3 zitierten Stelle zugunsten der Gemeinde anerkennt. Die entgegengesetzte Entscheidung steht im D. 41.2.1.22, wo Paulus die Auffassung Nervas mit folgenden Worten: «*Sed Nerva filius ait per servum quae peculiariter adquisierint (?) et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possideant*». Hier finden wir also eine streng gemessene Ausnahme von Nerva hingestellt, nämlich für Peculiarerwerbungen der Sklaven, und doch sagt Paulus: «*sed quidam contra putant*». Folglich können, glaube ich, auch die Entscheidungen des D. 6.2.9.6 unmöglich klassisches Recht sein. Hier ist nicht die Voraussetzung des Peculiarerwerbs gestrichen, sondern vielmehr der ganze Passus umgestaltet worden. Denn bemerkenswert ist es, daß Ulpian im vorangehenden Paragraphen schreibt: § 5. «*Haec actio in iis quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet*». Klingt das nicht wie eine Einleitung zu der Erörterung über die von der *Publiciana* ausgeschlossenen Fälle? Die ähnliche Interpolation im D. 10.4.7.3 ist bekannt; vgl. ALIBRANDI, *Teoria del possesso*, S. 278; BONFANTE, *Istituzioni*, S. 322 Anm. 4; BESELER, *Beiträge*, S. 16, 20. Nach all dem können wir an dem Passus von Papinian, von dem wir ausgegangen sind, nicht mehr festhalten. Weiter ist in der Stelle die unbestimmte und unerträgliche Form hervorzuheben: *tempus usucapioni 'datum est'*; und dann «*sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat*» und dann noch der Plural: «*haec iure singulari recepta sunt*»: worüber zu sagen ist, daß es sich hier lediglich um ein Prinzip handelt, nämlich um die Zulässigkeit der Ersitzung vor dem Erwerbe der Erbschaft; Papinian hätte also allenfalls geschrieben: «*hoc ... receptum est*». Ich halte daher die kursiv-gedruckten Worte für interpoliert, und glaube vielmehr, daß der Jurist so schrieb: «*Nondum aditae hereditati tempus usucapioni non datur*»; welches Prinzip er durchweg mit Beispielen klarlegen wollte. Noch andere Stellen, die sich auf den Diebstahl der Peculiarsachen beziehen, wie D. 41.3.4.6 ff., sind bezüglich dieses Themas sehr wichtig, doch ist hier nicht der Ort eine solche Analyse zu unternehmen, welche die schon an und für sich lange Anmerkung noch sehr weit ausdehnen würde.

Besitz erwerben kann, wurde von den Kompilatoren aus ihrem hervorragenden Platze herausgerissen und nur als Beispiel in dem Satze: *sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet*, wiedergegeben. Man bemerke nur, wie die dritte Person des Zeitwortes ganz unerwartet dazwischenkommt<sup>70</sup>. Schwerfällig klingt dann in der Fortsetzung das «*quoque*», denn außer dem Herrn besitzt ja kein anderer. Falsch ist die Entscheidung «*quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est*», denn der Sklave kann an vielen Dingen Besitz erlangen «*ex iusta causa*» und doch dieselben nicht in seinem Sondergut haben; so kann er Kleider für seinen Bedarf rechtmäßig erwerben und diese gehören nicht zum Pekulium<sup>71</sup>.

Ferner begegnet uns auch hier der Ausdruck «*civiliter possidere*» im Gegensatz von «*naturaliter tenere*», wobei gerade «*civiliter*» jedes Besitzverhältnis umfaßt, sei es vom Zivil- oder vom prätorischen Rechte anerkannt.

Der Inhalt selbst des Stückes ist entweder falsch oder doch verzerrt. Die dritte Person verletzt plötzlich den Bau des einleitenden Teiles des Fragments; die *consecutio temporum* ist elementar verfehlt, und mit dem Imperfekt des Konjunktivs wird eine zivilrechtlich stets vorhandene Wahrheit bezeichnet: «*quod servus civiliter quidem possidere non possit*», wo ein festes «*potest*» zu setzen war. Das alles genügt vollständig um die Hand der Kompilatoren erkennen zu lassen. Dann ist noch etwas anderes zu bemerken. In den Basiliken vermissen wir überhaupt das angefochtene Stück, im übrigen ist die Stelle ganz bündig wiedergegeben, und, was von größerer Bedeutung für uns ist, der Schwerpunkt derselben liegt ganz genau in dem uns nun wohl bekannten Unterschiede von Sklavenerwerb «*ex peculiari causa*» oder «*in anderem Wege*». Die griechische Summa lautet:

Bas. 50.2.23: Ὁ νέμεται ὁ δοῦλός μου ὀνόματί μου ἀγνοοῦντος οὐ νέμομαι· εἰ δὲ νομῆ μου ἐστίν. ὁ μέντοι ἀπὸ κλοπῆς ἔσχεν, οὐκ ἔστιν ἐν πεκουλίῳ· ἀλλ' οὐδὲ ἐν νομῆ μου<sup>72</sup>.

Auf Grund dieses Textes kann man den wichtigen Javolen-Passus etwa in folgender Gestalt wiederherstellen:

Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, [ex peculiari causa] ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest acquirere [...]. quod vero vi adprehendit id in tuam possessionem ideo non venit, quia nec peculii causa adprehendit.

Man sieht also, daß die Kompilatoren es für notwendig erachteten, auch den Schluß der Stelle anzugreifen, besonders der Form wegen; denn die Anrede in der zweiten Person konnte in dem nun von der Einleitung der Stelle ganz abgerissenen Stücke nicht mehr beibehalten werden.

## 5

D. 45.1.38.7-8 (Ulp. 49 *ad ed.*): Haec quoque stipulatio: «possidere mihi licere spondes?» utilis est: quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. — Plane si «tenere sibi licere» stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit: [*licet enim possidere civiliter non possint, tenere, autem eos nemo dubitat*].

Die Interpolation am Schlusse des § 8 zeigt sich schon in der Form, denn während im ganzen Texte vom «*servus*» die Rede ist, erscheint dort plötzlich der Plural des Zeitwortes, und überdies fehlt das Subjekt. Ferner ist das Anhängsel ganz unnütz, denn in der Mitte des § 7 hatte Ulpian schon denselben Gedanken ganz deutlich ausgedrückt: *civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem*

<sup>70</sup> Krügers Verbesserung «*possides*» ist ebenso schön als willkürlich.

<sup>71</sup> Vgl. Marcian (5 *reg.*): D. 15.1.40.1; Pomp. (7 *ad Sab.*) D. 15.1.4.2.

<sup>72</sup> «*Basilicorum Libri LX*», (ed. G. HEIMBACH), V, Leipzig, 1850, S. 51.

*naturalem cet.* Endlich bringt die Stelle den uns wohlbekannten Gegensatz *civiliter* und *tenere*, wo *civiliter* jeden juristischen Besitz vorstellt. Die Wiederholung des Grundprinzips trägt also ein Schulgepräge, bestimmt, die Terminologie des Besitzes hervorzuheben.

Im vorstehenden Paragraphen ist der Ausdruck «*civili iure servus non possideat*» ganz bezeichnend und an seinem Platze, wohl um die Gültigkeit einer solchen Stipulation zugunsten des persönlichen Habens des Sklaven selbst auszuschließen, sofern der «*causa*» gemäß dem Sklaven eine «*civilis possessio*» verschafft sein sollte. Die Frage ist dann von Ulpian sinngemäß entschieden. Der Sklave erhält durch die Stipulation, was er haben kann, d.h. bloße Innehabung.

So haben wir alle Texte erschöpft, welche die «*civilis possessio*» im Doppelsinne d.h. als eine allgemeine Kategorie des sogenannten «juristischen Besitzes» geltend machen. Und damit tritt zugleich die echte römische Terminologie ans Licht.

Was dann die «*naturalis possessio*» anbelangt, so kommt dieser Ausdruck in den Quellen, soviel ich sehe, zweimal in einem unbestimmten und verdächtigen Sinne vor.

## 6

Erstens im

D. 41.1.11 (Marc. 3 *inst.*): Pupillus [*quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est: quae sententia vera est.*]

Ich halte auch dieses Fragment für ein kompilatorisches Flickwerk und stütze diese Meinung auf folgende Gründe. Der Ausdruck: «*quantum ad*» mit Ellipse des Zeitwortes<sup>73</sup> gebraucht ist zwar bei klassischen Schriftstellern nicht unerhört<sup>74</sup>, aber bei den Kompilatoren besonders beliebt. Die Beweise aus dem Kodex liegen auf der Hand<sup>75</sup>; für die Digesten sind zu vergleichen:

D. 20.1.16.6: [*quantum quidem ad supilitatem legis et auctoritatem sententiae*] non probo<sup>76</sup>.

D. 20.5.12.1: [*sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur*] cet<sup>77</sup>.

Vgl. *Iust. inst.* 4.6.7: quantum ad actionem hypothecariam nihil interest cet<sup>78</sup>.

Die Kollektivbenennung «*Sabiniani*» kommt wohl bei Ulpian *Fragm. Vat.* 266 vor, ist aber selten, während sie bei Justinian häufig vorkommt<sup>79</sup>. Und zuletzt legt uns der Satz «*possessionem quae est naturalis*» ein arges Rätsel vor; denn um den Besitz selbst zu bezeichnen, als gleichbedeutend mit

---

<sup>73</sup>) 'Pertinet', 'attinet'; vgl. für Gaius P.P. ZANZUCCHI, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, Milano, 1910, v. 'quantum ad'.

<sup>74</sup>) Vgl. z.B. Ovid. *ars am.* 1.744.

<sup>75</sup>) Vgl. die Stellen bei C. LONGO, *Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano*, im «BIDR.», X, 1897-98, SS. V-XIV, 1-603, s.v. 'quantum ad'.

<sup>76</sup>) Vgl. O. GRADENWITZ in dieser Zeitschrift, Bd. 26 (*Licet enim legibus soluti sumus attamen legibus vivimus*, in «SZ.», XXVI, 1905), S. 366; mehrere Zitate bei M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala, 1910, S. 85 A. 119.

<sup>77</sup>) Vgl. S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, im «BIDR.», VIII, 1895, S. 188 Anm. 5.

<sup>78</sup>) C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, im «BIDR.», XIII, 1901, S. 192, schreibt diesen Satz dem Gaius zu und verweist auf Gaius, *inst.* 1.73, wo doch das erforderliche «attinet» steht. Im D. 13.7.16.1 ist der Satz: '[*Et quantum ad erimen pertinet excusat ignorantia, quantum ad contrarium iudicium*] ignorantia eum non excusat' auch interpoliert, doch fehlt hier das dazugehörige Zeitwort nicht.

<sup>79</sup>) Die Stellen bei LONGO, *Vocabolario delle costituzioni latine*, siehe dann *Iust. inst.* 1.1.25; D. 24.1.11.3, für diese letzte Stelle vgl. G. BAVIERA, *Sul nome dei Proculiani e dei Sabiniani* (1904), in *Scritti giuridici*, Palermo, 1909, I, S.116; seiner radikalen Ansicht kann ich sonst nicht folgen; dazu Th. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, Leipzig, 1903, S. 116 A. 9.

dem Ausdruck «*res facti*», ist in den klassischen Quellen eine solche Benennung nicht zu erweisen, und wenn man dann die gewöhnliche Bedeutung des Ausdruckes annimmt, welcher das bloße körperliche Haben bezeichnet, wie Alibrandi behauptet<sup>80</sup>, so können wir dieser die Entscheidung Ulpian im D. 41.2.29 entgegenstellen. Dort schreibt Ulpian:

Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere.

Unser Text ist also für das klassische Recht unverständlich. Gegen die Glaubwürdigkeit desselben sprechen außerdem die Basiliken, welche an dieser Stelle etwas anderes überliefern und zwar folgendes:

B. 50.1.10: Ἐπιτρόπος καὶ εἰς τὸ κτήσασθαι καὶ εἰς τὸ ἐκποιεῖν δεῖται ἐπιτρόπου<sup>81</sup>.

Diese Fassung kommt gewiß dem echten Texte Marcians näher. Und wenn auch die Wiederherstellung desselben nicht möglich ist, so können wir doch wenigstens seinen ursprünglichen Inhalt annähernd erraten.

Marcian handelte in seinen Ausführungen von der Unfähigkeit der Unmündigen. In dieser Beziehung nun führte er aus, daß der Pupill «*sine tutoris auctoritate*» eine «*civilis possessio*» weder erwerben noch entäußern könne. Dieser Grundsatz war ein elementarer; denn es liegt auf der Hand, daß der Unmündige stets die *auctoritas tutoris* braucht um eine zivilwirksame Handlung zu verwirklichen, also auch um «*civilis possessio*» zu erwerben oder dieselbe zu entäußern. Diese Rechtsnorm ist in der Tat auch in den justinianischen Quellen bezeugt. So sagt Paulus vom Besitzerwerb seitens des Pupills:

D. 41.2.1.11: sicut pupillus [maxime] tutore auctore acquirit possessionem.

Auch in dieser Stelle ist die Hand der Kompilatoren ersichtlich; das eingesetzte 'maxime'<sup>82</sup> schließt eigentlich die Notwendigkeit der *auctoritas tutoris* aus. Dennoch tritt die klassische Regel überall hervor. So soll das Gebot des Pupills, an seinem Sklaven Besitz zu erwerben, *auctoritate tutoris* gegeben werden

D. 41.2.1.13: Pupillus per servum sive puberem sive impuberem acquirit possessionem, si tutore auctore iusserit eum ire in possessionem<sup>83</sup>.

Was die Übertragung des Besitzes andere anbelangt, schreibt Gaius, in bezug auf die *Publiciana*, also gewiß im Gebiete der «*civilis possessio*»

D. 6.2.13.2: Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore [lege non prohibente] se emisse.

Also, die gerechte Besitzerlangung von Seiten des Käufers muß sich auf einen gültigen Kauf gründen, und dazu ist «*auctoritas tutoris*» nötig. Im Gegensatz dazu haben die Juristen, wo sie über die Fähigkeit des Unmündigen zur Besitzerlangung «*sine tutoris auctoritate*» handeln oder die-selbe annehmen, einzig und allein den Interdiktenbesitz im Auge. So im D. 41.2.1.3, wo sonst die Hand der Kompilatoren an verschiedenen Zeichen sichtbar ist. Ich lasse nur die Stelle folgen mit den von Tribonian eingeschalteten Wörtern kursiv gedruckt:

Furiosus [et pupillus sine tutoris auctoritate] non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habe[n]t, licet maxime corpore suo rem continga[n]t, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed

---

<sup>80</sup>) ALIBRANDI, *Teoria del possesso*, S. 249.

<sup>81</sup>) *Basilica*, ed. G. HEIMBACH, V (Leipzig, 1850), S. 39.

<sup>82</sup>) Anders Krüger ad h.l., welcher den ganzen Satz «*maxime tutore auctore*» als Glossem behandelt.

<sup>83</sup>) Die Ausnahme der Besitzerlangung «*ex peculiari causa*» haben wir besprochen; in bezug auf den Pupill ist sie bezeugt im D. 41.2.1.5, wo gerade die Namen der hervorragenden Sabinianer sich finden.

pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nervs filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: [quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant].

Jetzt wird es klar sein, wie sehr Justinian bestrebt war, die Fähigkeit des Unmündigen zum Erwerbe des Besitzes ganz allgemein anzuerkennen, wie er das wirklich in unserem fr. 11 tut.

Der Fall des Pupills verlangt also in der Besitzlehre neue Prüfung, und zwar in der hier ange-deuteten Richtung. Die umgestalteten Fragmente sind viele, und dazu gehört: auch das unsrige.

## 7

Zweitens:

In dieser Beziehung kommt noch ein anderer Text in: Betracht, obwohl er in seiner heutigen Gestalt nur vorübergehend den Besitz erwähnt. Ich meine das berühmte Fragment von Pomp. 14 *ad Q. Muc.*

D. 41.1.53: [Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.]

Die bis jetzt gegebenen Auslegungen von diesem Texte sind recht mangelhaft, auch ist derselbe in der Tat farblos. Die klassische Fassung muß eingehender gewesen sein und den Gegensatz mit verschiedenen bündigen Schlüssen entwickelt haben. Die Kompilatoren haben ein Exzerpt gemacht und alles glatt und klar zusammengedrängt. So ist heute der Inhalt der Stelle abstrakt, einfach und trägt gesetzgeberisches Gepräge. Die Form ist dürftig. Die Redensart: *adquirimus stipulationem* kann kaum gerechtfertigt werden; die Emendation «*per stipulationem*» ist schön, aber ohne Stütze in den Handschriften. Die Beispiele müssen im echten Texte zahlreicher gewesen sein. Aber was uns besonders angeht, ist, daß wir auch hier den Gegensatz «*civiliter*» und «*naturaliter*» finden, und diese letzte Wendung knüpft sich an den Besitz. Jede Besitzerlangung gilt als «*naturalis*» und kann daher durch jede freie Person vorgenommen werden. Daß diese freie Person im klassischen Texte ein «*procurator*» sein mußte ist bekannt<sup>84</sup>. Ferner vermissen wir im Texte jeden Hinweis auf die «*civilis possessio*», die von dem Gewalthaber mittels seiner Unterworfenen erworben werden konnte, eben mit den bekannten Unterschiede von Erwerbungen «*ex causa peculiari*» oder außerhalb des Pekuliums. Doch wissen wir, daß diese Unterschiede gerade von Iustinianus getilgt worden sind, und hierdurch kommen die Gründe zur Vereinfachung des Textes in der Kompilation zum Vorschein. Und dann bedeutet «*naturaliter*» hier nicht nur die körperliche Handlung des Besitzergreifens, wie gewöhnlich, sondern bezieht sich vielmehr auf den Besitz als *res facti*, gerade wie in dem oben erklärten fr. 11 und in diesem Sinne ist die Wendung, wie gesagt, echt justinianisch.

Wir sind nun am Ende unserer Ausführungen angelangt, aus denen sich die Gewißheit ergibt, daß die Terminologie betreffs des Besitzes von den Kompilatoren umgestaltet wurde, indem sie eine neue Einteilung des Besitzes einführten. Die «*civilis possessio*» umfaßt jetzt jedes vom Rechte anerkannte Besitzverhältnis; sehr wahrscheinlich in der Absicht, daß jeder Unterschied zwischen *ius civile* und *ius honorarium* in der neuen Kompilation als ausgelöscht gelten solle. «*Naturalis possessio*» bedeutet dann immer noch wie zuvor das äußerliche physische Element des Besitzes, und daher die Innehabung. Der Sondersinn des Ausdruckes «*naturalis possessio*» gleichbedeutend mit «*res facti*», um den Besitz als solchen zu bezeichnen, tritt nur sporadisch auf und kann folglich außer Betracht bleiben.

---

<sup>84</sup>) Vgl. F. KNIEP, *Vacua possessio*, I, Jena, 1886, S. 219 f., L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, S. 212 A. 27.

### III. Die byzantinische Terminologie der Besitzverhältnisse

Dieses Ergebnis, so fest es auch auf Grund der vorstehenden Erörterungen der lateinischen Quellen steht, kann doch in den Basiliken eine wertvolle Bestätigung finden. Wir brauchen hier natürlich den Sprachgebrauch der griechischen Quellen nicht zu erschöpfen, es genügt vielmehr, einzelne charakteristische Erscheinungen hervorzuheben. Eine solche finde ich in der griechischen Fassung des D. 6.1.9, die uns von Stephanus überkommen ist. Ulpian hat, wie wir sehen, in dem angeblichen Texte die in Betracht kommenden Besitzverhältnisse folgenderweise bezeichnet: *possessio quae locum habet in interdicto uti possidetis*, und im Gegensatz: *hi omnes non possident*. Stephanus hingegen drückt sich in seiner Übersetzung dieses Stückes wie folgt aus:

B. 15.1.9, *sch.* 24: ἐπειδὴ οὗτοι πάντες οὐ πολιτικῶς ἀλλὰ φυσικῶς ἢ πραιτωρίως ἔχουσι τὴν νομὴν, οὐδὲ δύνανται αὐτοὶ οὐσουκαπιτεύειν. ταῦτα μὲν οὖν, ὡς εἶπον, [ὁ Πήγασος. ἀλλ' ] ἐγὼ καὶ ὁ Οὐλπιανὸς κατὰ παντὸς νεμομένου τὸ ἀλλότριον καὶ φυσικὴν ἔχοντος εὐχέρειαν τῆς τοῦ πράγματος ἀποκαταστάσεως δεόντως ὑπολαμβάνω κινεῖσθαι τὴν in rem<sup>85</sup>.

Und in seinen Erläuterungen fügt er hinzu:

*sch.* 25: ἀλλὰ νομὴν πολιτικὴν ἢ καὶ φυσικὴν ἢ σπεκιαλία in ῥέμ ἀπαιτεῖ, ὡς πρὸς τῷ τέλει τοῦ διγ. φησίν.

Der byzantinische Lehrer ist also so beherrscht von dem neuen Sprachgebrauch, welcher in der Besitzlehre aufgenommen wurde, daß er die Benennungen seiner Vorlage unwillkürlich durch jene ersetzt, die wir in der justinianischen Kompilation kennen gelernt haben.

Sonach bedeutet *πολιτικὴ νομὴ*, *πολιτικῶς* hier ganz direkt, daher zweifellos, jenes Besitzverhältnis, welches in dem lateinischen Original als Interdiktenbesitz beschrieben erscheint. Und das ist wohl bekannt. Die byzantinischen Quellen bezeichnen gerade jedwedes Besitzverhältnis mit den Wendungen: *ἐννομος νομὴ*, *κατὰ τοὺς νόμους νομὴ*, *πολιτικὴ νομὴ*, und oft wird ganz naturgemäß diese jetzt einzige und eigentliche Kategorie des Besitzes mit dem Beisatze *κυρίως* ausgedrückt. So stellt der Byzantiner an dem genannten Orte den juristischen Besitz der Innehabung folgendermaßen entgegen:

*sch.* 28: ὅτι τινὲς κατὰ μόνου τοῦ κυρίως ἔχοντος νομὴν οὐ μὴν φυσικὴν εἰρήκασι κινεῖσθαι τὴν σπεκιαλίαν in ῥέμ.

Es gibt jedoch eine schöne Ausnahme auch in den griechischen Quellen, gerade in der Erläuterung des D. 10.4.3.15. Dieser wurde bereits oben<sup>86</sup> gedacht; und wir wissen schon, daß die dort sich findende Terminologie der Besitzverhältnisse in den griechischen Quellen ganz isoliert steht.

### Schluß

Nach alledem hoffen wir zuversichtlich, die justinianische Terminologie des Besitzes von der klassischen klar und scharf getrennt und zugleich alle die großen Schwierigkeiten, welche die Quellen in dieser Beziehung bieten, überwunden zu haben.

Andererseits sind wir nun im Stande, in all dem, was auf das klassische Recht Bezug hat, unser Ergebnis auf die Probe stellen und mit Sicherheit und Genauigkeit den Charakter des Besitzes in den

---

<sup>85</sup>) ZACHARIAE, *Supplementum*, S. 6.

<sup>86</sup>) Siehe oben § I.4.

bisher zweifelhaften und in der Literatur vielfach bestrittenen Fällen bestimmen zu können. In der Tat sind die Ungewißheit und die daraus erwachsenen Meinungsverschiedenheiten aus der Mischung der klassischen und der justinianischen Terminologie entstanden, wie sie in der Kompilation vorkommt. Da diese Ursache nun beseitigt ist, tritt alles in klares Licht.

Der Pfandgläubiger und der beschenkte Ehegatte haben weder «*civilis possessio*» noch «*naturalis possessio*», sondern erlangen nur «*possessio*» d.h. Interdiktenbesitz. Der Unmündige, von welchem oben die Rede war, kann nur «*tutore auctore*» eine «*civilis possessio*» erlangen, oder durch seine Sklaven, indem sie «*ex causa peculiari*» Besitz erwerben; sonst, nach der Meinung wenigstens mancher Juristen, nur Interdiktenbesitz, eben weil dieser eine reine «*res facti*» ist. Und so könnte man die Determination aller Besitzverhältnisse fortsetzen, indem man einfach die hier erlangten Ergebnisse anwendet. Aber diese Aufgabe muß ich für ein anderes Mal aufschieben, da ich diese Schrift nicht länger ausdehnen darf, um die freundliche Aufnahme, welche mir diese Zeitschrift gewährt, nicht zu sehr in Anspruch zu nehmen. Nur ein Wort möchte ich noch hinzufügen, um zu wiederholen, daß nun die römischen Quellen sehr deutlich für uns sprechen, und daß zugleich die Ehre der römischen Jurisprudenz wiederhergestellt ist, indem wir nun erfahren, daß die glänzende Weltjurisprudenz, wie überall, so auch in der Besitzlehre eine Terminologie ausgearbeitet und befestigt hat, welche einleuchtend, genau, lebendig und deshalb sowohl der Volkssprache, als auch allen Anforderungen der Wissenschaft entsprechend ist. Es ist schade, daß eine so edle Verkörperung, welche die Wirklichkeit des Lebens in der von Justinian begrabenen Rechtssprache gefunden hatte, nur seelenlos an das Licht kommt, nachdem sie mehr als ein Jahrtausend geruht, und an ihrer Stelle die byzantinische Terminologie in der Rechtssprache der ganzen Welt festen Fuß fassen konnte; eine unbedeutende Terminologie, welche durch übertriebene Vereinfachung die Lehre des Besitzes selbst verwirrt und verdunkelt hat.

Wir können nun den großen Schaden ermessen, der durch diese justinianische Vermischung für die Erkenntnis der Lehre selbst erwachsen ist. Diese ist durch so viele Jahrhunderte hindurch gänzlich unklar geblieben.

Aber nachdem wir sozusagen das Vestibulum wieder aufgebaut, können wir unter den Trümmern die architektonischen Linien des mächtigen römischen Gebäudes überschauen. Wir sehen ganz genau und klar die beiden Grundlinien: Objektivitätstheorie und Subjektivitätstheorie in der Besitzlehre. Ja liegt nicht, möglicherweise, in der ersten das Merkmal der «*civilis possessio*», wovon die alte Besitzlehre im Gebiete des Zivilrechts ihren Ausgangspunkt nahm?

Ist die zweite nicht etwa das verfeinerte Produkt der klassischen Jurisprudenz bei der Verarbeitung des Interdiktenbesitzes? Inwiefern hat dann die Jurisprudenz der Kaiserzeit diese zwei verschiedenen Grundbegriffe zu einem einheitlichen Institute verarbeitet?

Dies alles sind nur Fragen, welche ich die Ehre habe den Lesern der Zeitschrift vorzulegen, die sich mit dem ruhmvollen Namen des Meisters der Besitzlehre ziert\*.

---

\*) **Zusatz [zu Anm. 51].** Die Abhandlung von Lenel über «*reivindicatio* und *actio ad exhibendum*», [in «*Grünbuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart*», XXXVII, 1911, S. 515 f.] konnte ich leider nicht benutzen, ja nicht einmal mehr zitieren. Ich bedauere dies um so mehr, als ich meinen Gedanken nach den Belehrungen meines geehrten Lehrers in manchen Punkten gewiß einen schärferen und genaueren Ausdruck hätte geben können. Was jedoch das Ergebnis der vorliegenden Erörterung anbetrifft, auch bezüglich der Passivlegitimation zur *actio ad exhibendum*, so habe ich meinen Ausführungen nichts hinzuzufügen und auch nichts zu ändern. Denn die Verteidigung der herrschenden Lehre durch Lenel sucht eben einen ihrer Stützpunkte in der berühmten «Unbestimmbarkeit» der Terminologie der Besitzverhältnisse, wie sie die justinianischen Quellen darbieten. Dies hebt Lenel ausdrücklich hervor, indem er Anm. 47 schreibt: «Er (d.h. der *missus*) hat freilich keine *possessio* im streng technischen Sinn; aber auch in der Formel der *actio ad exhibendum* wird das Wort '*possidere*' im weiteren Sinn verstanden. D. 10.4.3.15; D. 10.4.5.1». Dazu bemerke ich einfach, daß sich für einen solchen strengeren oder weiteren Sinn des Wortes *possidere* nach dem Sprachgebrauch der Juristen kein Raum mehr findet.