Beata Szarecka

Z problematyki umów aleatoryjnych w prawie rzymskim : emptio rei speratae i emptio spei

Studia Iuridica Lublinensia 2, 165-174

2003

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

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

MUZEUM HISTORII POLSKI

BEATA SZARECKA

Z problematyki umów aleatoryjnych w prawie rzymskim: *emptio rei speratae i emptio spei*

Research into aleatory contracts in the Roman law: emptio spei and emptio rei speratae

W tekstach prawa rzymskiego *alea* oznacza los, grę losową, ryzyko czy nadzieję na szczęśliwy przypadek. W tym sensie występuje w związku z takimi czynnościami prawnymi, w których istotnym elementem było zależne od losu ryzyko. Umowy tego rodzaju zostały w pandektystyce nazwane umowami aleatoryjnymi (losowymi). Zaliczono do nich, oprócz gier losowych i zakładów, kupno nadziei (*emptio spei*), kupno spodziewanego spadku (*emptio hereditatis*) oraz pożyczkę morską (*foenus nauticum*). W związku z *emptio spei* rozważane jest również kupno rzeczy spodziewanej (przyszłej – *emptio rei speratae*). W źródłach prawa rzymskiego można znaleźć inne jeszcze przykłady umów losowych, jak pożyczka dla rybaka lub atlety z zastrzeżeniem, że zwrot pieniędzy nastąpi, gdy rybak coś złowi, a atleta zwycięży i zdobędzie nagrodę.[1] W całości problematyka umów aleatoryjnych tworzy dość rozległy zakres, z którego przedstawione zostaną wybrane zagadnienia, dotyczące wymienionych w tytule rodzajów kupna.

1. W prawie rzymskim kontrakt kupna–sprzedaży (*emptio–venditio*) dochodził do skutku poprzez osiągnięcie porozumienia (*conventio*, *consensus*) co do ceny (*pretium*) i towaru (*merx*). Przedmiotem sprzedaży mogła być każda rzecz dopuszczona do obrotu (*res in commercio*).[2] Do zawarcia skutecznego

[1] Por. M. Kuryłowicz, *Alea i kontrakty aleatoryjne*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" (CPH) 1984, t. 36, s. 76–77; 86–89 (z dalszą literaturą). Co do gier losowych i zakładów, które wyznaczały w państwie i prawie rzymskim nieco osobne pojęcie *alea* i podlegały szczególnej regulacji zob. ponadto tegoż autora: *Das Glücksspiel im römischen Recht*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte", Rom. Abt. (SZ), Bd. 10, 1985, s. 185–219.

[2] Por. m.in. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie* (wyd. V zaktualizował J. Kodrębski), Warszawa 1997, s. 383; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 1991, s. 176.

kontraktu kupna–sprzedaży niezbędne było istnienie rzeczy (towaru), która stanowiła przedmiot transakcji. Ponadto prawo rzymskie dopuszcza kupno–sprzedaż rzeczy jeszcze nieistniejącej w chwili zawarcia kontraktu, ale mającej powstać w określonej przyszłości.

D. 18, 1, 8 pr. (Pomponius 9 *ad Sabinum*): *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen et fructus et partus futuri recte emuntur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.*

W przytoczonym tekście[3] wyrażona zostaje przede wszystkim zasada, że ani kupno, ani sprzedaż nie mogą mieć miejsca bez rzeczy, która ma być przedmiotem kontraktu. Pod pojęciem takiej rzeczy rozumie się jednak również rzeczy przyszłe, jak np. plony na pniu, płody zwierząt lub niewolnicy. Gdy taka rzecz zaistnieje, sprzedaż uważa się za dokonaną od chwili zawarcia kontraktu.[4]

W tak sformułowanym kontrakcie sprzedawca zatem zobowiązywał się dostarczyć kupującemu rzecz wprawdzie jeszcze nieistniejącą, ale spodziewaną. Zaistnienie rzeczy nie zależało przy tym wyłącznie od sprzedawcy. Ten rodzaj kupna uzyskał w literaturze nazwę *emptio rei speratae* – kupno rzeczy spodziewanej.[5]

Emptio rei speratae miała więc charakter umowy zawartej pod warunkiem zawieszającym, tzn. iż spodziewana rzecz powstanie w określonej przez strony przyszłości.[6] Warunek należał tu do istoty czynności prawnej. Jeżeli rzecz nie powstała, umowa nie wywoływała skutków prawnych, w szczególności sprzedawcy nie przysługiwała zapłata ceny, a jeśli została już zapłacona, kupującemu przysługiwało roszczenie o jej zwrot.[7]

Przykłady takich umów w tekstach źródłowych prawa rzymskiego są dość liczne i uzasadniają przypuszczenie, że praktyka kupowania rzeczy przy-

---

[3] Co do dyskusji nad autentycznością poszczególnych zwrotów zob. m.in. V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, vol. I, Napoli 1961 (ristampa), s. 118–119; D. Daube, *Purchase of a Prospective Haul*, Studi in onore di U.E. Paoli, Firenze 1955, s. 205. W szczególności rozważa się, czy przykłady pochodzą od Sabinusa (raczej *partus*), czy od Pomponiusa lub kompilatorów (*fructus*). W całości tekst oddaje poglądy jurystów klasycznych.

[4] Ze skutkiem wstecznym (*ex tunc*), V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, s. 117; M. Kaser, *Erbschaftskauf und Hoffnungskauf*, „Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano" (BIDR) 1971, vol. 74, s. 49 uw. 19. Dyskutowana jest jednak możliwość uznania skutków *ex nunc* takiego kupna bądź uznanie warunku za niewłaściwy – por. A. Masi, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1966, s. 158–160; V. Kurz, *Emptio rei speratae «pura» oder «sub condicione»?*, „Labeo", 1974, 20, s. 194–209.

[5] Łacińskie określenie nie pochodzi ze źródeł rzymskich; por. V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, s. 117; M. Bartošek, *La «spes» en droit romain*, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (RIDA) 1949, vol. 2, s. 49.

[6] Taki jest ogólnie przyjęty pogląd – por. M. Kaser, *op. cit.*, s. 49 (z dalszą literaturą).

[7] V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, s. 117; K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 383; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Napoli 1961, s. 500.

szłych była wówczas rozpowszechniona. W przytoczonym fragmencie D. 18, 1, 8 pr. wymienione są *fructus et partus*, a więc płody rolne, przychówek zwierząt lub płód niewolnicy (*partus ancillae*). Mogła to być także oliwa uzyskana w przyszłości ze znajdujących się jeszcze na drzewie oliwek (Julianus D. 18, 1, 39, 1), ryby lub ptaki, które złowi rybak lub upoluje myśliwy (Pomponius D. 18, 1, 8, 1), wino, które zostanie wytłoczone z określonych winogron czy siano zebrane w przyszłości z łąki.[8] Chodzi więc głównie o rzeczy uzyskiwane przez normalną działalność gospodarczą. Nie mogły być natomiast przedmiotem takiego kupna rzeczy wyłączone z obrotu, nawet jeśli określono w umowie, że kupno dojdzie do skutku, gdy taka rzecz zostanie do obrotu dopuszczona.[9]

Kupno rzeczy spodziewanej nie jest typową umową aleatoryjną. Po pierwsze, przedmiotem kontraktu są rzeczy (*res*), które istnieją w naturze. Są to wprawdzie rzeczy przyszłe (*res futurae*), ale takie, które zgodnie z racjonalnymi oczekiwaniami zaistnieją (plony, przychówek i podobne) lub które istnieją już w naturze, lecz mają się dopiero znaleźć w zasięgu sprzedawcy (złowione w przyszłości ryby, upolowane zwierzęta).[10] Można rozróżnić też owoce już istniejące jako *fructus pendentes*, ale jeszcze niedojrzałe i niezebrane oraz owoce (płody) planowane (np. z przyszłego zasiewu), ale jeszcze niedające się faktycznie stwierdzić.[11] W każdym razie umowa dotyczy rzeczy, nawet jeśli przyszłych, i dlatego nie jest to kupno bez określenia rzeczy (D. 18, 1, 8 pr.).[12] Różnica jest widoczna przy porównaniu z kupnem nadziei (*emptio spei*), które zachodzi w ogóle bez rzeczy (*sine re*: D. 18, 1, 8, 1 – zobacz niżej pkt 2). Ponadto, jest to kupno warunkowe i jeśli rzecz nie zaistnieje,

---

[8] Cato, *De agri cultura* 147, 149, 150; Ulpianus D. 18, 4, 11 (to co w sieciach – *ut in retibus*); D. 19, 1, 11, 18 (spodziewany połów rybaka, rzucającego sieci – *futurum iactis retis a piscatore emimus*), zdobycz w sidłach myśliwego (*indaginem plagi positis a venatore*) albo w sieci łowcy ptaków (*pantheram ab aucupe*). Por. literaturę w przypisie 3, ponadto V. Kurz, *op. cit.*, s. 194; F. De Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, s. 14.

[9] Nie można zatem umówić się co do kupna osoby wolnej, „gdy zostanie ona niewolnikiem", bo chociaż rzeczy przyszłe mogą być przedmiotem kupna, to taka umowa byłaby niemoralna (*quamvis dixerimus, futuras res emi posse, nec enim fas est, eiusmodi casus exspectare* – Paulus D. 18, 1, 34,.). Por. też Paulus D. 45, 1, 83, 5 co do innych rzeczy *extra commercium*; V. Arangio-Ruiz, *op. cit.* I, s. 130–134.

[10] Nie są w tym sensie rzeczami przyszłymi produkty, jakie sprzedawca ma wytworzyć z własnego materiału dla kupującego. Taki kontrakt istnieje bezwarunkowo od chwili uzgodnienia towaru i ceny, a niedostarczenie umówionej rzeczy jest niewykonaniem kontraktu; por. E. Volterra, *op. cit.*, s. 499.

[11] Porównaj np. Julianus D. 18, 1, 39, 1 (*fructum olivae pendentis*); szerzej na ten temat – V. Kurz, *op. cit.*, s. 206–209.

[12] F. Senn, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit*, „Revue Historique de Droit Français et Étranger (RHD)" 1956, vol. 34, *op. cit.*, s. 165–167 odnosi rozumowanie jurystów do poglądów stoików, iż w naturze wszystkie rzeczy są istniejące, jeśli nawet mają zrealizować się w przyszłości – o ich niepewnym bycie decyduje nie natura, lecz nasza niewiedza (*nostra inscientia* – Paul./Sab./Cass. D. 5, 1, 28, 5).

kontrakt nie dochodzi do skutku. Ryzyko nie należy więc do istoty powstającego tu zobowiązania.

Nie znaczy to jednak, że przy warunkowym kupnie rzeczy przyszłej strony nie ponoszą żadnego ryzyka, chociaż należałoby raczej mówić o niepewności lub niespełnionych nadziejach. Obie strony mogą być zawiedzione, gdy planowane zbiory wypadły poniżej oczekiwań zarówno co do ilości, jak i ich jakości. Jeżeli strony uzgodniły od razu cenę kupna spodziewanej rzeczy, kupujący mógł stracić – jeżeli np. plony okazały się słabe albo zyskać – jeżeli zbiory wypadły okazale; wówczas tracił sprzedający. Stopień ryzyka zależał również od faktycznych okoliczności występujących przy zawieraniu umowy, np. gdy umowa dotyczyła już widocznych, lecz jeszcze niedojrzałych owoców, albo gdy obejmowała przyszłe plony jeszcze niewidoczne lub nawet przed ich zasianiem.[13] Ta występująca przy kupnie rzeczy przyszłej niepewność powoduje, że kontrakt taki mieści się w problematyce umów aleatoryjnych, chociaż nie ma ich typowego charakteru.[14] Wydaje się bowiem, że niepewność i ryzyko dotyczą tutaj raczej stosunku wartości przyszłej rzeczy do uzgodnionej z góry ceny, ale takie ryzyko towarzyszy właściwie zawsze transakcji kupna–sprzedaży, która może okazać się zyskowna lub nietrafiona.

Z dalszych tekstów wynika ponadto, że kupujący mógł zabezpieczyć się przed ewentualnością przepłacenia za rzecz, która miała dopiero zaistnieć. Pokazuje to kazus ujęty przez Juliana w D. 18, 1, 39, 1:

Verisimile est, cum, qui fructum olivae pendentis vendidisset et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset usque ad decem pondo olei: idcirco solis quinque collectis non amplius ab emptore petere potest, quam quinque pondo olei, quae collecta essent, a plerisque responsum est.

Kupujący nabył po określonej cenie olej, jaki miał być wytłoczony z wiszących jeszcze na drzewie oliwek. Sprzedawca osobną stypulacją przyrzekł, że zbierze i dostarczy za umówioną cenę dziesięć funtów tego oleju. Plon okazał się skromniejszy i uzyskał tylko pięć funtów. Według przeważającej opinii jurystów (*plerisque*) kupujący zapłaci za pięć funtów, ponieważ cena została ustalona co do przyrzeczonych dziesięciu funtów i ulega proporcjonalnej obniżce w stosunku do niższych zbiorów.[15] Gdyby nie było dodatkowego stypulacyjnego przyrzeczenia o wielkości spodziewanej rzeczy, ku-

[13] V. Kurz, op. cit., s. 207–209 sugeruje, że w przypadkach widocznych już wyraźnie przyszłych płodów umowa kupna była bezwarunkowa, natomiast przy kupnie rzeczy przyszłych, jeszcze nieistniejących w momencie jego zawarcia, kontrakt byłby warunkowy ze skutkiem *ex nunc*. Wydaje się jednak, że wskazane okoliczności wpływały na stopień ryzyka i treść umowy, a nie na jej prawny (warunkowy) charakter. Niepewność istnieje do momentu zebrania plonów.

[14] M. Kaser, *op. cit.*, s. 50 zauważa tu „ein aleatorisches Moment". Por. też M. Bartošek, *op. cit.*, s. 49; C. Thomas, *Venditio hereditatis and emptio spei*, "Tulane Law Review" 1959, 33, s. 543–544.

[15] Por. w tej kwestii V. Arangio-Ruiz, *op. cit.* I, s. 1.1.

pujący musiałby zapłacić całą cenę za taką ilość oliwy, jaką udało się zebrać. Można przypuszczać, że stypulacje takie towarzyszyły nieraz umowie o kupno rzeczy spodziewanej, zmniejszając ryzyko kupującego.

2. Inna sytuacja zachodzi w przypadku kupna-sprzedaży bez oznaczenia konkretnej, istniejącej rzeczy.

D. 18, 1, 8, 1 (Pomponius 9 *ad Sabinum*): *Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est. et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomino ex empto obligatio contrahitur, quia in actum intellegitur.*

Pomponiusz wskazuje, że niekiedy może nastąpić sprzedaż bez określenia rzeczy (*sine re venditio*), na przykład gdy kupuje się przyszły połów ryb lub ptaków albo to, co zostanie schwytane podczas rzucania przedmiotów w tłum (*iactus missilium*).[16] Przy tak określonej umowie sprzedaż uważano za skuteczną nawet wtedy, gdy żadna rzecz nie zaistniała, tj. gdy rybak niczego nie złowił, myśliwy nie upolował lub nic nie zostało schwytane z rzeczy rzuconych w tłum. Ten rodzaj transakcji znajduje potwierdzenie w innym jeszcze tekście:

D. 19, 1, 11, 18 (Ulpianus 32 *ad edictum*): *[...] quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagi positis a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit [...].*

Kupujący, który zobowiązał się do zapłaty określonej ceny za każdy wynik zarzucenia sieci przez rybaka, zastawienia sideł przez myśliwego lub za wynik polowania na ptaki[17], będzie musiał zapłacić tę cenę nawet wówczas, gdy nie otrzyma towaru, na który liczył. Skoro więc brak było rzeczy, a mimo to zapłata należała się sprzedawcy, to przedmiotem tak zawartego kontraktu kupna-sprzedaży nie była rzecz (*sine re venditio* – D. 18, 1, 8, 1), ale sama nadzieja, losowa szansa czy niepewna perspektywa na osiągnięcie korzyści, istniejąca w chwili zawierania umowy.[18] Była to umowa od początku skutecznie zawarta i zobowiązująca, nawet jeśli perspektywa zysku nie ziściła się

[16] Zwykle podczas uroczystości i igrzysk rozrzucano w prezencie dla zgromadzonych ludzi różne przedmioty, najczęściej pieniądze – por. W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1988, s. 113. W przedstawionej sytuacji przedmiotem kupna po umówionej cenie było to, co udałoby się sprzedawcy schwycić. Por. w tej nieco odrębnej kwestii V. Arangio-Ruiz, *op. cit.* I, s. 119–120; D. Daube, *op. cit.*, s. 207; M. Kaser, *op. cit.*, s. 46 (z dalszą literaturą).

[17] *Panther, -eris* oznacza sieć do łapania ptaków, a *panthera, -ae* to, co złowi się tą siecią – patrz J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 709; M. Kaser, *op. cit.*, BIDR 74, s. 45 uw. 3 (*Die Gesdamtbeute des Vogelfangs*).

[18] Por. też Ulpianus D. 18, 4, 11: [...] *ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus* – przedmiotem sprzedaży jest sama „niepewność", jak to ma miejsce przy zarzucaniu sieci; M. Bartošek, *op. cit.*, s. 50.

i sprzedawca nie mógł świadczyć konkretnej rzeczy. Kupno bowiem dotyczyło bezwarunkowo samej losowej szansy i „czystej" nadziei na szczęśliwy traf (*emptio spei*).[19] Ten losowy charakter kontraktu decyduje o zaliczeniu go do umów aleatoryjnych.[20]

Określenia *cum quasi alea emitur* (jest kupowane jakby jako los) oraz *quia spei emptio est* (ponieważ jest to kupno nadziei) występują w przytoczonym D. 18, 1, 8, 1[21], stąd sugeruje się niekiedy użycie określenia *emptio aleae* zamiast *emptio spei* jako lepiej oddającego losowy charakter transakcji.[22] Propozycja taka nie wydaje się jednak do końca trafna. W określeniu *alea* mieści się przede wszystkim ślepy traf, czyste ryzyko czy szczęśliwy przypadek, jak to ma miejsce np. przy rzucie kostką do gry. Przy kupnie szansy (*emptio spei*), podobnie zresztą jak przy kupnie spadku (*emptio hereditatis*), *alea* oznacza jednak losowe ryzyko i niepewność, ale nie grę losową – być może dlatego Pomponius (D. 18, 1, 8, 1) używa ostrożniejszego zwrotu *quasi alea* (jak gdyby los).[23] Co więcej, teksty źródłowe pokazują, że nawet przy takich umowach aleatoryjnych element ryzyka mógł być rozsądnie skalkulowany na podstawie realnych przesłanek.

Tak np. w D. 22, 2, 2, 5 (Scaevola 6 *responsorum*): *Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat [...] nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redederet.*

Cena ryzyka (*periculi pretium*) znajduje swoje uzasadnienie wówczas, gdy ryzyko to nie polega wyłącznie na przypadku i ślepym losie, jak to ma miejsce przy grach losowych (*si modo in aleae speciem non cadat*). Takie rozumienie

[19] Określenie przypisywane jest średniowiecznym komentatorom, choć są również argumenty za jego rzymskim pochodzeniem (zob. wyżej D. 18, 1, 8, 1) – por. M. Bartošek, *op. cit.*, s. 49; D. Daube, *op. cit.*, s. .06; M. Kaser, *op. cit.*, BIDR 74, s. 48; C. Thomas, *op. cit.*, s. 54.; E. Volterra, *op. cit.*, s. 500.

[20] M. Kuryłowicz, *op. cit.*, s. 86–87 (z dalszą literaturą); M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Wyd. Zakamycze, Kraków 2002, s. 31; W. Rozwadowski, *op. cit.*, s. 176; E. Volterra, *op. cit.*, s. 500; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2001, s. 224.

[21] Zob. też Paulus D. 18, 4, 7: *nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus* – nie jest kupowany bowiem los, jak to ma miejsce przy polowaniu i w podobnych sytuacjach; Ulpianus D. 18, 4, 11: [...] *ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus* – sprzedawana jest sama niepewność, jak przy zarzuceniu sieci. Wskazane teksty dotyczą kupna spadku (*emptio hereditatis*), które może mieć również charakter kupna losowego – por. na ten temat M. Kaser, *op. cit.*, s. 50–59 z dalszą literaturą; ostatnio także Y. González Roldán, *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico*, México 1997 (recenzja A. Burdese w SDHI 1999, 65, s. 416–420).

[22] W tym sensie M. Kaser, *op. cit.*, s. 48.

[23] Por. też Scaevola D. 22, 2, 2, 5: *si modo in aleae speciem non cadat* (patrz niżej w tekście). Podobnie przy kupnie spadku Paulus D. 18, 4, 7: *nec enim alea emitur, sed res* – por. literaturę w poprzednim przypisie.

tego zwrotu poparte jest dwoma przykładami umów aleatoryjnych: pożyczki udzielonej rybakowi w celu nabycia odpowiedniego sprzętu do połowu oraz pożyczki udzielonej atlecie dla poprawienia wyżywienia i lepszego treningu. W obu przypadkach występuje element ryzyka: zwrot pożyczki nastąpi, gdy rybak coś złowi, a atleta zwycięży i otrzyma nagrodę,[24] w obu też ryzyko zostało jednak dobrze skalkulowane i opiera się na racjonalnym założeniu, że lepszy sprzęt pozwoli rybakowi pewniej uzyskać dobry połów, a odpowiednie wyżywienie i trening zwiększają szanse atlety na zwycięstwo w premiowanej walce.[25] Realizacja takich umów nie była więc pozostawiona samemu losowi. Jeżeli spojrzeć od tej strony na omawiane *emptio spei*, to wydaje się, że również kupno nadziei nie opierało się na czystym losie i przypadku, jak przy grach losowych (*alea*), lecz na pewnej kalkulacji, uwzględniającej kwalifikacje zawodowe sprzedawcy (rybaka, myśliwego), jego doświadczenie i uzyskane wcześniej wyniki. Są to przesłanki pozwalające na obliczone ryzyko, które stwarza jednak przemyślaną i uzasadnioną szansę (nadzieję – *spes*). Ryzyko grającego w kości (*alea*) wymyka się natomiast spod jakiejkolwiek kalkulacji.[26]

Podsumowując rozważania nad aleatoryjnym charakterem omówionych rodzajów kupna, należy jednak zauważyć, że ta sama umowa może mieć postać warunkowego kupna rzeczy spodziewanej (*emptio rei speratae*) lub bezwarunkowego kupna szansy (nadziei – *emptio spei*). Tak np. z rybakiem lub myśliwym można umówić się o kupno połowu, jeśli się on powiedzie (*emptio rei speratae*); można też umówić się w ten sposób, że kupujący zapłaci uzgodnioną cenę za każdy wynik połowu lub polowania (*emptio spei*). Ostatecznie o charakterze czynności rozstrzyga więc treść umowy zawartej w określonych okolicznościach.[27]

3. Ostatnie zdanie przytoczonego wyżej w punkcie 1 tekstu D. 18, 1, 8 pr. odnosi się do sytuacji, gdy sprzedawca usiłował nie dopuścić do spełnie-

[24] O pożyczce dla atlety szerzej A. Wacke, *Athleten als Darlehensnehmer nach römischem Recht*, Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI) 1978, vol. 44, s. 441–451. Por. też M. Kuryłowicz, *op. cit.*, s. 89.

[25] Podobnie przy pożyczce morskiej, która była udzielana m.in. dla lepszego wyposażenia okrętu w sprzęt do żeglugi czy w celu doboru wyszkolonej załogi – patrz M. Kuryłowicz, *op. cit.*, s. 89 z dalszą literaturą, zwłaszcza W. Litewski, *Römisches Seedarlehen*, IURA 1973, 24, s. 161–163.

[26] Por. M. Kuryłowicz, *op. cit.*, s. 89; o grach losowych (hazardowych) *ibidem*, s. 75–77 oraz *Die Glückspiele und das römische Recht, Studi in onore do C. Sanfilippo*, vol. IV, Napoli 1983, s. 267–282.

[27] Tak samo np. w przypadku kupna przewidywanego zbioru oliwy, gdzie umówiona cena może obejmować cały zbiór, bez określenia jego przewidywanej wielkości, albo jest ceną skalkulowaną – por. Julianus D. 18, 1, 39, 1 (niżej w tekście), V. Arangio-Ruiz, *op. cit.* s. 122; M. Kaser, *op. cit.*, s. 49 (z dalszą literaturą). W tym sensie chyba W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *op. cit.*, s. 224 uznają *emptio spei* i *emptio rei speratae* za postacie sprzedaży losowej (bezwarunkowej lub warunkowej).

nia się warunku: *sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.* Chodziło więc o takie zachowanie się sprzedawcy, które zmierzało do przeszkodzenia urodzeniu się płodów lub uzyskaniu zbiorów. Pomponiusz stwierdza, że przysługuje wówczas kupującemu skarga z zawartego kontraktu kupna–sprzedaży (*actio empti*). Podstawą do takiego rozstrzygnięcia była zapewne przyjęta przez prawo rzymskie zasada, że jeśli strona usiłuje przeszkodzić spełnieniu się warunku zawieszającego, uważa się go za spełniony.[28]

Podobna sytuacja zachodziła wówczas, gdy sprzedawca zataił, że warunek w ogóle nie może być osiągnięty. Taki kazus przedstawia D. 19, 1 21 pr (Paulus 23 *ad edictum*):

Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit vel maior annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor.

Strony zawarły umowę kupna–sprzedaży przyszłego płodu (dziecka) określonej niewolnicy (*partus ancillae*). Sprzedawca zataił jednak, że niewolnica ta jest w ogóle bezpłodna lub – w innym przypadku – podał jej nieprawdziwy wiek, sugerujący możność urodzenia jeszcze dziecka. Tymczasem niewolnica miała więcej niż pięćdziesiąt lat, a więc była poza okresem rozrodczym. Jeżeli w obu przypadkach sprzedawca znał rzeczywisty stan rzeczy, lecz wprowadził niezorientowanego kupującego w błąd, wówczas przysługiwała kupującemu skarga z zawartego kontraktu przeciwko sprzedawcy (*ex empto tenetur venditor*). Oczywiście, jeśli kupujący wiedział, że niewolnica nie może urodzić dziecka, skarga nie przysługiwała.[29]

Osobną i interesującą kwestię odpowiedzialności rodzi sytuacja, gdy sprzedawca (np. rybak) nie chce zarzucić sieci albo nie chce oddać złowionych ryb mimo umowy o kupno połowu.[30]

D. 19, 1, 12 (Celsus 27 *digestorum*): *Si iactum retis emero, et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est: si quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id aestimari debet, quod extraxit.*

Tekst dotyczy kupna wyniku połowu ryb jako *emptio spei*, ponieważ kupujący nabywa to, co zostanie w sieci wyciągnięte (*iactum retis emero*). Sprzedawca mimo zawartego kontraktu nie chce zarzucić sieci, a więc nie wykonuje świadczenia, do którego się zobowiązał. Kupującemu przysługuje wówczas skarga wynikająca z zawartego kontraktu. Powstaje jednak pytanie o wysokość odszkodowania, jakiego może dochodzić kupujący, skoro wielkość i wartość świadczenia pozostały niepewne (*incertum*). Celsus przyznaje tu

[28] Por. Ulp. Reg. ,,5; Ulpianus D. 50, 17, 161. V. Arangio-Ruiz, *op. cit.* II, s. 210; K. Kołańczyk, *op. cit.*, s. 213; A. Masi, *op. cit.*, s. 224; W. Rozwadowski, *op. cit.*, s. 108. Dalsza literatura u M. Kasera, *op. cit.*, s. 49 uw. 17.

[29] F. Senn, *op. cit.*, s. 168. Co do zasad odpowiedzialności za wady rzeczy sprzedanej por. m.in. V. Arangio-Ruiz, *op. cit.* II, s. 208; W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1971, s. 422.

[30] Por. D. Daube, *op. cit.*, s. 204; F. Senn, *op. cit.*, s. 171.

możliwość oszacowania przypuszczalnego połowu i określenia w ten sposób wysokości dochodzonego odszkodowania. Ponieważ kontrakt kupna–sprzedaży był kontraktem dobrej wiary (*bonae fidei*), sędzia miał tu znaczną swobodę określenia wysokości odszkodowania z uwzględnieniem całego interesu, jaki kupujący miał w wykonaniu zobowiązania.[31] Można sądzić, że sędzia kierował się przede wszystkim przeciętną wielkością połowu, jaki zwykle osiągał ten rybak albo w ogóle rybak przy zarzuceniu sieci w określonym miejscu. Podobnie oszacowaniu dla ustalenia wysokości odszkodowania podlegała wartość wyłowionych ryb (*quod extraxit*), których sprzedawca nie chce mimo umowy wydać kupującemu. Oczywiście, kupujący może wykazywać inne jeszcze okoliczności wpływające – jego zdaniem – na wysokość odszkodowania.

Przedstawione teksty źródłowe ujawniają szerszą kwestię odpowiedzialności sprzedawcy rzeczy przyszłej (*emptio rei speratae*) lub szansy (*emptio spei*). Już z dotychczasowych rozważań wynika, że sytuacja w tym zakresie mogła być zróżnicowana. W przypadku *emptio rei speratae* kupujący zapłaci cenę, gdy warunek się spełni i oczekiwana rzecz zaistnieje. Jeżeli się nie spełni, obowiązek zapłaty nie powstaje.[32] Gdyby kupujący, zgodnie zresztą z rzymską praktyką, zapłacił cenę już przy zawieraniu kontraktu, a spodziewana rzecz nie zaistniała i w rezultacie kontrakt nie doszedł do skutku, mógł on żądać zwrotu pieniędzy za pomocą skargi z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (*condictio*).[33]

Przy *emptio spei* kupujący jest zobowiązany do zapłaty przy zawarciu kontraktu, niezależnie od jego losowego wyniku (Ulpianus D. 19, 1, 11, 18). Obowiązek sprzedawcy wyczerpywał się natomiast w wykonaniu uzgodnionych czynności (zarzucenia sieci, wydania wyniku połowu itp. – Celsus D. 19, 1, 12). Niewykonanie umówionych działań oznaczało niewykonanie istniejącego zobowiązania, za co sprzedawca ponosił odpowiedzialność na zasadach kontraktu kupna–sprzedaży (*emptio – venditio*).[34]

W obu przypadkach (*emptio rei speratae* i *emptio spei*) należałoby ponadto uwzględnić zasygnalizowane kwestie odpowiedzialności zawinionej oraz za przypadek lub siłę wyższą. Wymagałoby to jednak osobnego opracowania.

---

[31] Ulpianus D. 19, 1, 1 pr.: *Si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur, id est, quod rem habere interest emptori*; Javolenus/Paulus D. 18, 4, 8 1 9 (*et si quid emptoris interest* w odniesieniu do *emptio hereditatis*). Por. m.in. V. Arangio-Ruiz, *op. cit.* II, s. 228; K. Kolańczyk, *op. cit.*, s. 151; W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1994, s. 247; W. Osuchowski, *op. cit.*, s. 201.

[32] Osobne pytania rodzi sytuacja, gdy zaistniałe już plony czy owoce ulegną następnie zniszczeniu wskutek klęski żywiołowej – por. M. Kaser, *op. cit.*, s. 50.

[33] Tak wyraźnie Paulus D. 18, 4, 7 w odniesieniu do kupna niezaistniałego spadku: *quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur*. Por. M. Kaser, *loc. cit.*

[34] Kupującemu przysługiwała *actio empti* (*ex empto*) – por. wyżej D. 18, 1, 8, 1; 19, 1, 21 pr.

SUMMARY

The article gives the analyses of *emptio spei* and *emptio rei speratae* in respect of the presence of an aleatory factor.

An aleatory factor in these contracts differs from the one that is present in game of chance and betting in which risk and uncertainty appear in the most clear form and the success of the transaction depends entirely on pure chance. In *emptio spei* some risk calculation might be carried out on the basis of the existing, real circumstances, however the risk is never removed – the buyer is obliged to pay the agreed price regardless the fact whether the hope – *spes* is realized or not.

In *emptio rei speratae*, which is the conditioned purchase of the future thing an aleatory factor is the least intensive. Here it is boiled down to uncertainty concerning the ratio between the value of the future thing and the previously agreed price.

The article also concerns the issue of the buyer's claims in the event that the seller prevents the buyer from being satisfied.