

Zuzanna Benincasa

Kontrowersje związane z ustaleniem przez osoby trzecie elementów przedmiotowo istotnych kontraktu konsensualnego w prawie rzymskim

Studia Iuridica Lublinensia 16, 73-94

2011

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.

ZUZANNA BENINCASA

Kontrowersje związane z ustaleniem przez osoby trzecie elementów przedmiotowo istotnych kontraktu konsensualnego w prawie rzymskim

The Controversies Related to the Determination by the Third Party of the essentialia negotii of Consensual Contracts in Roman Law

Kontrakty konsensualne zajmowały szczególne miejsce w systematyce rzymskich kontraktów.¹ Wprawdzie consensus rozumiany jako porozumienie między stronami co do elementów przedmiotowo istotnych kontraktu był wymagany także przy zawarciu innych typów kontraktów², jednak w odniesieniu do umów mieszczących się w schemacie uznawanych przez prawo klasyczne kontraktów konsensualnych wyjątkowo stanowił on wystarczającą przesłankę zawarcia ważnego w świetle prawa i chronionego przez odpowiednią *actio* stosunku obligacyjnego. Uznanie samego porozumienia stron za wystarczającą podstawę do przyznania ochrony procesowej w konsekwencji postawiło przed jurysprudencją zadanie precyzyjnego zdefiniowania, co do jakich elementów strony muszą dojść do porozumienia, by można było uznać, że dany kontrakt został zawarty (a więc co stanowi *essentialia negotii* danego kontraktu konsensualnego) oraz wymagało określenia przez jurystów zasad mających zastosowanie przy ustalaniu w konkretnych przypadkach, czy takie porozumienie co do elementów przedmiotowo istotnych zostało osiągnięte.

¹ Kontrakty te pojawiły się w rzymskiej praktyce obrotu w początkach III w. p.n.e., w okresie dynamicznego rozwoju handlu międzynarodowego, w związku z uznaniem czynności prawnych mających za przedmiot *res nec mancipi* oraz upowszechnieniem pieniądza bitego. Późniejszą ewolucję zawdzięczają zaś te kontrakty działalności jurysdykcyjnej pretora i wprowadzonych przez niego w edykcje regulacji opartych na dobrej wierze, a także jurystom komentującym ten edykt. Por. P. Cerami, A. di Porto, A. Petrucci, *Il diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2001, s. 21–22; C. Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, s. 215–303; 372–397; K. Chyła, *Ekonomiczne i prawne podłoże zawierania kontraktów kupna-sprzedaży rzeczy przyszłej oraz kupna nadziei w starożytnym Rzymie*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2006, nr 6.2, s. 73–78.

² Por. D. 2, 14, 1, 3.

Szczególną rolę odegrał w tych rozważaniach dogmatycznych kontrakt *emptio venditio*, który, jako historycznie najstarszy i wywodzący się z praktyki wymiany towarowej, można uznać za centralny paradygmat systemu kontraktów opierających się na porozumieniu między stronami. W odniesieniu do tego kontraktu kwestia wskazania elementów przedmiotowo istotnych nie wydaje się być szczególnie dyskutowana przez rzymskich jurystów³, problematyczne było natomiast zagadnienie, jaki charakter mogą mieć towar i cena oraz kiedy można uznać, iż doszło do porozumienia między stronami w kwestii ustalenia tych dwóch elementów. Teoretycznie brak porozumienia co do któregoś z wyżej wymienionych elementów przedmiotowo istotnych przesądzał o tym, iż umowa nie była uważana za ważnie zawartą (Ulpian w dwudziestej ósmej księdze komentarza *ad edictum* wydaje się kategorycznie wykluczać możliwość zawarcia kontraktu kupna-sprzedaży w braku konsensusu co do ceny lub towaru⁴), tym niemniej – w konkretnych przypadkach analizowanych przez jurystów – rozstrzygnięcie, czy został osiągnięty konsensus między stronami co do ustalenia ceny lub towaru, bywało kontrowersyjne, na przykład w odniesieniu do braku porozumienia odnośnie do samej *materia* lub *substantia* rzeczy będącej przedmiotem sprzedaży.⁵

³ Gai. 3, 139: *Emptio et venditio contrahitur; cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit.*; D. 19, 2, 2 (Gai 2 rer. cott.): *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit.* Ponieważ kontrakt ten był w powszechnym użyciu od czasów archaicznych i wywodził się z praktyki zamiany (w czasach, kiedy nie był w użyciu pieniądź), było w pewnym sensie kwestią oczywistą, iż istota tej umowy polega na wymianie wzajemnych świadczeń polegających na *dare* (początkowo obie strony świadczyły określoną rzecz, z czasem świadczenie jednej ze stron nabrało charakteru pieniężnego), stąd za elementy konieczne porozumienia między stronami juryści naturalnie uznawali określenie przedmiotu tych wzajemnych świadczeń, tj. towaru i ceny. Dyskusje dotyczyły jednak kwestii, co może stanowić *merx* i jaki charakter może mieć *pretium* w tym kontrakcie.

⁴ D. 18, 1, 9 pr. (Ulp. 28 ad ed.): *In venditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est.* (...).

⁵ Wiele tekstów zamieszczonych w Digestach (m.in. D. 18, 1, 9 pr.-2; D. 18, 1, 10; D. 18, 1, 11, 1; D. 18, 1, 14; D. 18, 1, 41, 1; D. 19, 1, 21, 2) analizuje zagadnienie braku zgodności między stronami, co do któregoś z elementów przedmiotowo istotnych tego kontraktu: czy to do ceny, czy do rzeczy, która miała być sprzedana. Por. także D. 19, 2, 52 w odniesieniu do *locatio conductio*. W przywoływanych tekstach często pojawia się termin *error* na określenie stanu świadomości jednej ze stron odnośnie do któregoś z elementów przedmiotowo istotnych kontraktu, który był niezgodny ze stanem rzeczywiście istniejącym w momencie zawierania porozumienia o sprzedaży, tym niemniej można utrzymywać, iż powodem nieważności umowy w konkretnych przypadkach analizowanych przez jurystów był nie tyle fakt, iż jedna ze stron działała pod wpływem błędu, ale fakt, iż ze względu na mylne wyobrażenie jednej ze stron w sprawie towaru bądź ceny nie można uznać, iż doszło między kontrahentami do porozumienia wymaganego do zawarcia kontraktu, ponieważ co innego myślał sprzedawca, co innego kupujący w odniesieniu do elementów przedmiotowo istotnych tego kontraktu. W tym kontekście znaczący jest fragment z komentarza Pomponiusa, który sytuację, w której kontrahenci mieli różne wyobrażenia o elementach przedmiotowo istotnych

Oprócz kontrowersji dotyczących ustalenia, czy consensus między stronami odnośnie do elementów przedmiotowo istotnych został osiągnięty, szczególnie miejsce wśród problemów diskutowanych przez rzymskich jurystów w odniesieniu do kontraktu kupna-sprzedaży zajmuje kwestia tożsamości tego kontraktu z zamianą i problem ustalenia ceny przez osobę trzecią. Pierwsza z tych kwestii została szeroko omówiona zarówno w *Institutiones* Gaiusa, jak i w tekstach zamieszczonych przez kompilatorów w *Digestach* justyniańskich, stąd możliwe jest w znacznym stopniu zrekonstruowanie słynnej kontrowersji między Sabinianami i Prokulianami oraz wskazanie argumentów, którymi posługiwali się w dyskusji adwersarze. Na podstawie zachowanych tekstów źródłowych można również ustalić, które z przeciwstawnych stanowisk zostało ostatecznie przez jurysprudencję klasyczną uznane za miarodajne w przedmiotowej kwestii i z jakich powodów.⁶

Drugi z tych problemów, a więc kwestia ustalenia jednego z elementów przedmiotowo istotnych tego kontraktu przez osoby trzecie, jest zaś relacjonowany bardzo lakonicznie i bez przytoczenia argumentacji, którą posługiwali się jurysci prezentujący w tej kwestii odmienne poglądy.

Gai. 3, 140: *Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin, si ita inter nos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius*

kontraktu, określa jako *dissensus* (*dissentiant aliud alio existimante*). D. 44, 7, 57 (Pomp. 36 ad Q. Muc.): *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda responendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit*. Por. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, s. 587–596, wraz z powoływaną przez tego autora literaturą.

⁶ Por. D. 18, 1, 1, 1; Gai. 3, 141. Zagadnienie tożsamości zamiany i kontraktu *emptio venditio* należy do najobszerniej zrelacjonowanej w źródłach kontrowersji, która podzieliła przedstawicieli szkół Sabinianów i Prokulianów. Sabinianie, odwołując się do argumentów historycznych wspieranych odwołaniami do literatury pięknej (Homer), udowadniali, że najdawniejsza forma tego kontraktu to właśnie *permutatio*, bowiem w czasach, kiedy nie było jeszcze pieniądza, funkcję tego kontraktu spełniała zamiana. Prokulianie natomiast podkreślali odrębność techniczną tych dwóch rodzajów kontraktów, powołując się na fakt, iż zobowiązania stron w kontrakcie *emptio venditio* mają różny charakter, a w przypadku zamiany niemożliwe jest odróżnienie stron kontraktu i w konsekwencji wybór odpowiedniej skargi chroniącej interesy każdego z kontrahentów. Na temat słynnej kontrowersji por. m. in.: V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1954, s. 134–138; D. Daube, *The Three Quotations from Homer in Digest 18, 1, 1, 1*, „Cambridge Law Journal” 1949/50, nr 10, s. 213–215; J. Kodrębski, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974, s. 257–259; idem, *Der Rechtsunterricht am Ausgang der Republik und zu Beginn des Prinzipats*, ANRW 1976, 2.15, s. 177–196; G. L. Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano 1981, s. 85–99; R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 250–251; C. Cascione, *Consensus*, s. 372–397; T. G. Leesen, *Gaius meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies*, Leiden–Boston 2010, s. 213–244.

opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit; cuius opinionem Proculus secutus est.

Po stwierdzeniu, iż cena w kontrakcie kupna-sprzedaży winna być ustalona (*pretium certum*)⁷, Gaius odwołuje się do kontrowersji między jurystami odnośnie do ważności powierzenia ustalenia ceny przez oszacowanie wartości towaru osobie trzeciej (Titius). Jurysta ten stwierdza jedynie, iż Labeo i Cassius nie uznawali takiego ustalenia za ważne zawarcie porozumienia dotyczącego ceny (a więc w konsekwencji zdaniem wyżej cytowanych jurystów nie dochodziło w tym wypadku do zawarcia kontraktu), podczas gdy Ofilius i Proculus nie mieli obiekcji, aby uznać takie porozumienie między stronami kontraktu za ważne ustalenie ceny i co za tym idzie, uznać zawarte porozumienie za kontrakt kupna-sprzedaży. Nie przytacza jednak, odmiennie niż w przypadku kontrowersji dotyczącej rozróżnienia między zamianą a kupnem-sprzedażą, ani argumentów stron, ani nie rozstrzyga kwestii, który pogląd został w efekcie przyjęty przez jurystów jako słuszny w kwestii powierzenia ustalenia ceny osobie trzeciej.⁸

Analogiczną kwestię porusza Gaius w dalszej części swojego podręcznika w odniesieniu do kontraktu *locatio conductio*, tym razem jednak nie wspomina

⁷ Na temat wymogu *pretium certum* por.: D. Daube, *Certainty of Price*, [w:] *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Oxford 1959, s. 10–45; J. A. C. Thomas, *Marginalia on certum pretium*, TR 1967, 35, 1, s. 77–89; A. Torrent, ‘*Pretium certum*’: *determinación del pretio ‘per relationem’*, BIDR 1995–1996, 98–99, s. 83–110. Oprócz wymogu, by cena była określona, a więc by w momencie zawierania porozumienia między stronami możliwe było obiektywne stwierdzenie jej wysokości, dodatkowymi wymogami był warunek, by cena była *verum*, a więc ustalona przez strony na poważnie z zamiarem rzeczywistej jej zapłaty (por. D. 18, 1, 36) oraz *iustum*, a więc słuszna, tj. adekwatna do wartości rynkowej towaru. Por. D. DAUBE, *Generalisations in D. 18, 1, de contrahenda emptione*, [w:] *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1953, s. 192–200; R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 255–258. Istnienie ostatniego z tych wymogów, a więc wymogu *pretium iustum* w odniesieniu do prawa klasycznego jest jednak dyskusyjne – wydaje się bowiem, iż jursprudencja klasyczna pozostawiała stronom daleko idącą swobodę w zakresie negocjacji mających za przedmiot ustalenie ceny i akceptowała w pełni to, iż w wielu przypadkach cena ta będzie odbiegać *in plus vel in minus* od średniej rynkowej ceny danego towaru, jak również akceptowała jako element naturalny tego kontraktu *invicem se circumscribere*. Nie oznaczało to oczywiście akceptowania zachowań podstępnych i oszustw, tym niemniej tolerowane były praktyki, które miały sprzedawcy zapewnić sprzedaż rzeczy po cenie wyższej niż przeciętna rynkowa, a kupującemu zakup po cenie preferencyjnej (D. 19, 2, 22, 3). Dopiero wraz z tendencją do interwencjonizmu państwowego w sferę wolnego rynku, zapoczątkowaną przez Dioklejana, w prawie justyniańskim koncepcja *laesio enormis* zaczyna być respektowana. Por. C. 4, 44, 2; C. 4, 44, 8. Zob. R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 255–261, wraz z cytowaną tam literaturą w przyp. 156.

⁸ Nie jest jasne, czy problematyczna kwestia, o której wspomina Gaius, może być uznana za jeden z kontrowersyjnych punktów, które podzieliły przedstawicieli szkoły Prokulianów i Sabinianów. Zdaniem większości autorów, które podziela także Leesen, tekst Gaiusa należy interpretować bardziej w kontekście różnic w poglądach poszczególnych jurystów, a nie kontrowersji między tymi dwoma szkołami prawa. Por. T. G. Leesen, *op. cit.*, s. 213, przyp. 412–413, wraz z przywołaną przez autorkę literaturą. Inaczej m.in.: J. Kodrębski, *op. cit.*, s. 260–261.

nawet o uczestnikach dyskusji, ograniczając się tylko do stwierdzenia, iż kwestia ta była dyskusyjna.

Gai. 3, 143: *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur; an locatio et conductio contrahatur. Qua de causa, si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur; an locatio et conductio contrahatur.*

W tekstach jurystów klasycznych zamieszczonych w Digestach, mimo że omówiony jest problem kontrowersji dotyczącej kupna-sprzedaży i zamiany (D. 18, 1, 1–2; D. 19, 4, 1–2), nie ma tekstu dotyczącego ważności ustalenia ceny przez osobę niebędącą stroną kontraktu, ani nawet wzmianki, że takie zagadnienie było kiedyś przedmiotem dyskusji między jurystami. Jedynym tekstem dotyczącym problematyki ustalenia ceny jest fragment z komentarza Gaiusa *ad edictum provinciale*, w którym jurysta ten nie uznaje ważności ustalenia ceny w taki sposób, iż sprzedawca powierza ustalenie ceny kupującemu („za ile chcesz, za ile uważasz za słuszne, za ile oszacujesz, za tyle będzie kupione”). Gaius nie podaje jednak żadnego uzasadnienia dla odmowy skuteczności takiego porozumienia między stronami.⁹

18, 1, 35, 1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: ‘quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum’.*

Problematyczna kwestia ustalenia ceny w kontrakcie *emptio venditio* przez osobę trzecią została rozstrzygnięta dopiero w konstytucji cesarza Justyniana, który traktował taki przypadek ustalenia ceny jako sprzedaż zawartą pod warunkiem zawieszającym. Jeżeli osoba trzecia oszacowała rzecz, wówczas sprzedaż stawała się skuteczna, jeżeli nie, umowa nie dochodziła do skutku, tak jak w przypadku, kiedy strony nie osiągnęły w ogóle porozumienia co do ceny. Analogicznie traktowany był przez cesarza przypadek powierzenia osobie trzeciej ustalenia wysokości czynszu w kontrakcie *locatio conductio*.¹⁰

⁹ Po fragmencie tym znajduje się tekst o bardziej uniwersalnym charakterze, negujący możliwość zawarcia kontraktu *emptio venditio* z nieuczciwym zamiarem, co może sugerować, iż powierzenie ustalenia ceny jednej ze stron tego kontraktu, która miała swój osobisty interes w tym, by owa cena była jak najwyższa albo jak najniższa, mogło być postrzegane jako naruszenie zasad *bona fides*. Por. D. 18, 1, 35, 2 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *Veneri mali quidam putant non contrahi emptionem, quia nec societas aut mandatam flagitiosae rei ulla vires habet: quae sententia potest sane vera videri de his quae nullo modo adiectione alterius materia usu nobis esse possunt: de his vero quae mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti et alia quaedam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici potest.* Por. V. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, s. 141.

¹⁰ Por. I. 3, 24, 1.

C. 4, 38, 15, 1: Imperator Justinianus: *Quam decedentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat „quanti ille aestimaverit”, sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. <a 530 d. k. aug. lampadio et oreste cons.>*

I. 3, 23, 1: *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. sed et certum pretium esse debet. alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emptia: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio ‘quanti ille aestimaverit’, sub hac condicione staret contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditorem autem ex vendito agente. sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto. quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum, et in locationibus et conductionibus trahere.*

Na podstawie zachowanych fragmentów można więc jedynie stwierdzić, iż dla jurystów z okresu późnej republiki i czasów pryncypatu kwestia ustalenia ceny w kontrakcie *emptio venditio* lub wysokości czynszu w kontrakcie *locatio conductio*, poprzez odwołanie się do wyceny dokonanej przez osobę trzecią w przyszłości, była zagadnieniem kontrowersyjnym i ich zdania w tej kwestii były podzielone. O ile jednak, przynajmniej w odniesieniu do kontraktu *emptio venditio*, wiadomo, którzy juryści akceptowali taką możliwość, którzy zaś byli przeciwni takiemu rozwiązaniu, to źródła nie podają, jakiego rodzaju obiekcje mieli ci ostatni przed uznaniem tego rozwiązania jako ważne ustalenie ceny w kontrakcie *emptio venditio*. W dotychczasowej literaturze poświęconej zagadnieniu ustalenia ceny przez osobę trzecią w kontrakcie kupna-sprzedaży można znaleźć różne interpretacje tej kontrowersji.

Zdaniem Zimmermanna powodem, dla którego Labeo i Cassius nie uznawali za ważne ustalenia ceny w kontrakcie *emptio venditio* poprzez odwołanie się do wyceny dokonanej przez osobę trzecią, była chęć uniknięcia sytuacji, w której taka osoba trzecia nie chciałaby bądź nie mogła oszacować rzeczy, co w konsekwencji musiałoby doprowadzić do uznania umowy za nieważną. Zdaniem tego autora odmienne stanowisko, które prezentowali Ofilius i Proculus, było wyrazem ich uznania dla autonomii woli stron, które nie chciały ustalać ceny samodzielnie, ale miały intencje powierzyć jej oszacowanie osobie trzeciej.¹¹

Zgodnie z inną interpretacją, Proculus miałby traktować zastrzeżenie ceny ‘*ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emptia*’ jako warunek zawieszający (sprzedaż stawała się skuteczna dopiero w momencie ustalenia ceny przez osobę trzecią), podczas gdy Labeo i Cassius traktowali takie zastrzeżenie jako *pactum*

¹¹ Por. R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 254.

adiectum. Ponieważ takie *pactum* rodziło skutki prawne tylko wtedy, gdy kontrakt – do którego było ono dodane – był ważny, w tym przypadku, ponieważ kontrakt nie był ważny z powodu nieustalenia ceny przez strony, również *pactum* powierzające oszacowanie rzeczy osobie trzeciej nie rodziło żadnych skutków prawnych.¹²

Zdaniem zaś Leesen, powodem kontrowersji było różne rozumienie przez jurystów terminu *pretium certum*. Jak sugeruje ta autorka, dla Ofiliusa i Proculusa *pretium certum* oznaczało określoną kwotę pieniędzy, za którą coś ma być kupione w kontrakcie *emptio venditio*, która jest ustalona lub ma być ustalona, a więc definicja ta obejmowała także cenę ustaloną przez odwołanie się do wyceny dokonanej przez osobę trzecią w przyszłości. Ich rozumowanie rekonstruuje autorka w następujący sposób: ponieważ cena ma być ustalona przez osobę trzecią, będzie ona *certum* w określonym momencie w przyszłości, stąd taka cena mieści się w wyżej podanej definicji *pretium certum* jako kwota, za którą coś ma być kupione w kontrakcie *emptio venditio*, która jest ustalona lub ma być ustalona. Jeżeli więc kupujący kupuje za cenę, którą miał ustalić Titius, *pretium* jest *certum* i kontrakt jest ważnie zawarty. Z kolei Labeo i Cassius pod pojęciem *pretium certum* rozumeli określoną sumę pieniędzy, za którą coś się kupuje w kontrakcie kupna-sprzedaży. Ponieważ ustalenie ceny przez odwołanie się do wyceny dokonanej przez osobę trzecią odnosiło się do wydarzenia przysłego w stosunku do momentu zawarcia kontraktu, istniało ryzyko, iż osoba trzecia nie dokona takiej wyceny, co powodowało, że tak ustalona cena nie mieściła się w kategorii '*pretium certum*'. Sposób rozumowania Labeona i Cassiusa rekonstruuje ta autorka następująco: ponieważ określenie ceny ma nastąpić w momencie późniejszym w relacji do momentu zawarcia samego kontraktu, jest ryzyko, iż osoba trzecia powołana na arbitra nie dokona takiej wyceny, tym samym tak ustalona cena nie mieści się w definicji *pretium certum*, którą jest określona suma pieniędzy, za którą coś się kupuje w kontrakcie kupna-sprzedaży, a więc transakcja jest nieważna, tak więc jeżeli kupujący kupuje rzecz za tyle, na ile wyceni ją Titius, cena nie jest *certum* i taki kontrakt jest nieważny.¹³

Starając się odtworzyć, jakie motywy przyświecały przeciwnikom rozwiązania, zgodnie z którym dopuszczalne było w kontrakcie *emptio venditio* ustalenie ceny przez osobę trzecią, należy moim zdaniem przede wszystkim odwołać się do kontekstu, w którym problem ten był analizowany przez jurystów¹⁴ oraz rozważań

¹² Por. K.-H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik: Versuch eine Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionem*, Köln–Graz 1966, s. 147–148; H. L. W. Nelson, U. M. Manthie, *Gai Institutiones III 88–181. Die Kontraktobligationen*, Text und Kommentar, Berlin 1999, s. 259–261.

¹³ Por. T. G. Leesen, *op. cit.*, s. 213–222.

¹⁴ Źródła dostarczają zdecydowanie więcej informacji na temat ustalenia ceny w kontrakcie *emptio venditio* niż *locatio conductio*, ponieważ jednak juryści rzymscy uznawali, iż natura tych umów była bardzo podobna (por. Gai. 3, 142–147; D. 19, 2, 2 pr.-1; I. 3, 24 pr.), można przyjąć, iż

jurystów, dotyczących ustalenia elementów treści kontraktu przez osoby niebędące stronami w odniesieniu do innych kontraktów konsensualnych.¹⁵

Zagadnienie powierzenia przez strony ustalenia ceny osobie trzeciej jest przez jurystów omawiane w nawiązaniu do wymogu istnienia *pretium certum* w momencie zawarcia umowy, można więc przypuszczać, iż jednym z powodów, dla których takie ustalenie ceny mogło nie być przez niektórych jurystów akceptowane, było nieuznanie tak ustalonej ceny za *pretium certum*. Jeżeli bowiem w momencie zawarcia umowy cena ta była nieznana stronom kontraktu, co więcej, w momencie zawarcia umowy obiektywnie jej wartość była nieznana (skoro jej ustalenie nastąpiło poprzez odwołanie się do wyceny, którą miała dokonać osoba trzecia w przyszłości, w samym momencie zawarcia umowy cena ta nie była jeszcze ustalona, a więc obiektywnie nie istniała), tym samym nie można uznać, iż wymóg istnienia *pretium certum* został spełniony.

Co do zasady juryści wprawdzie dopuszczali ustalenie ceny poprzez wskazanie elementów do jej ustalenia, lecz takie rozwiązanie było dopuszczalne tylko wtedy, jeżeli cena, chociaż nieznana stronom (lub jednej z nich), była obiektywnie możliwa do zweryfikowania w momencie zawarcia porozumienia między stronami, a więc istniała jako konkretna wartość pieniężna w momencie zawierania umowy. I tak Ulpian w 28 księdze komentarza *ad Sabinum* stwierdza, iż ustalenie ceny między stronami w ten sposób ‘*quanti tu eum emisti*’ ‘*quantum pretii in arca habeo*’ jest ważne, cena jest bowiem w tym wypadku ustalona (*certum*), chociaż wysokość jej może być kupującemu lub sprzedawcy nieznana.¹⁶

powody, dla których juryści nie uznawali ustalenia ceny w kontrakcie *emptio venditio* w inny sposób niż w drodze porozumienia między stronami, były analogiczne do powodów niezaakceptowania takiego rozwiązania w odniesieniu do kontraktu najmu.

¹⁵ Należy zdawać sobie sprawę, iż próby ustalenia przyczyn, które legły u podstaw kontrowersji między jurystami odnośnie do ustalenia ceny przez osoby trzecie, pozostaną jedynie w sferze hipotez, tym niemniej na podstawie zachowanych tekstów źródłowych dotyczących wymogów, jakie musiała spełniać cena w kontrakcie *emptio venditio* oraz kierując się analogicznymi rozwiązaniami przyjętymi przez jurystów w odniesieniu do innych kontraktów konsensualnych, można podjąć próbę ich rekonstrukcji.

¹⁶ Omawiany fragment D. 18, 1, 7, 1 był szeroko dyskutowany w literaturze, stając się obiektem krytyki interpolacionistycznej ze strony autorów, zdaniem których przykład ‘*quantum in arca habeo*’, jak również fragment tekstu ‘*nec enim...venditione*’, zostały dodane przez kompilatorów justyniańskich. Por. G. Beseler, *Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Rechte (Romanistische Studien)*, TR 1928, 8, s. 279; 287; D. Daube, *op. cit.*, s. 10–11; R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 253. Wydaje się jednak, że należy uznać argumenty Thomasa opowiadającego się za oryginalnym charakterem fragmentu komentarza Ulpiana. Zdaniem tego autora, oba przykłady analizowane przez jurystę pozostają ze sobą w związku logicznym, bowiem zamierzeniem Ulpiana było pokazanie sytuacji, w których cena została ustalona poprzez odwołanie się do okoliczności obiektywnych, dotyczących w pierwszym przypadku sprzedawcy (*quanti tu eum emisti*), w drugim zaś kupującego (*quantum pretii in arca habeo*), celem zilustrowania zasady, że do powstania zobowiązania z tytułu kontraktu kupna-sprzedaży wystarczy ustalenie ceny w sposób umożliwiający natychmiastową i obiektywną jej weryfikację. Autor ten zakłada, poprzez odwołanie się do tekstu D. 18, 1, 37,

18, 1, 7, 1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Huiusmodi emptio 'quanti tu eum emisti', 'quantum pretii in arca habeo', valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.*

Dla Ulpiana więc fakt, iż strony, bądź jedna z nich, nie znały wysokości ceny w momencie zawierania umowy, sam w sobie nie był równoznaczny z niespełnieniem wymogu *pretium certum*, jeżeli bowiem obiektywnie cena ta już była ustalona jako jedna konkretna wartość, to chociaż kupujący lub sprzedawca jej nie znali, traktowano taką cenę jako spełniającą wymóg *pretium certum*. W przykładach podanych przez Ulpiana, w których rzecz miała być sprzedana za cenę jej nabycia przez sprzedawcę bądź za równowartość gotówki, którą kupujący posiadał w momencie zawarcia umowy w swojej *arca*, cena była obiektywnie ustalona jako konkretna wartość pieniężna (*pretium certum*), bowiem była ustalona w odniesieniu do wydarzenia z przeszłości (cena nabycia towaru przez aktualnego sprzedawcę) lub stanu istniejącego w momencie zawarcia kontraktu (kwota znajdująca się w *arca* kupującego).¹⁷

Podobnie dopuszczalne było ustalenie ceny poprzez określenie wartości pieniężnej powiększonej o wartość odpowiadającą całości bądź części zysku, który kupujący mógłby otrzymać w przyszłości ze sprzedaży rzeczy.¹⁸ W tym wypadku

iż warunkiem powstania ważnego zobowiązania z kontraktu kupna-sprzedaży był w pierwszym przypadku fakt, iż sprzedawca nabył rzecz będącą przedmiotem umowy w drodze czynności o charakterze odpłatnym, w drugim przypadku fakt, iż w *arca* znajdowała się określona kwota pieniędzy. Por. J. A. C. Thomas, *op. cit.*, s. 79–80. Tym samym interpretacja, którą zaproponował Daube, iż przypadek sprzedaży za *'quantum pretii in arca habeo'* jest analogiczny do sprzedaży aleatoryjnej, o której wspomina Pomponius w D. 18, 1, 8, 1 (*emptio spei*), nie znajduje uzasadnienia. Jak zresztą słusznie zauważył Thomas, w rozważaniach dotyczących sprzedaży aleatoryjnej zawsze świadczeniem o charakterze losowym jest świadczenie sprzedawcy, nigdy zaś kupującego. Por. D. Daube, *op. cit.*, s. 12–13 oraz J. A. C. Thomas, *op. cit.*, s. 80–81.

¹⁷ Analogiczny przykład umowy, w której grunt został sprzedany za cenę jego nabycia przez spadkodawcę – sprzedawcy, analizuje Ulpian w trzeciej księdze *disputationes*, stwierdzając, iż jeżeli okazałoby się, że ten spadkodawca nabył grunt pod tytułem darmym, przypadek ten byłby potraktowany jako *quasi sine pretio facta venditio* i w rezultacie umowa byłaby uznana za nieważną. D. 18, 1, 37 (Ulp. 3 *disp.*): *Si quis fundum iure hereditario sibi delatum ita vendidisset: 'erit tibi emptus tanti, quanti a testatore emptus est', mox inveniatur non emptus, sed donatus testatori, videtur quasi sine pretio facta venditio, ideoque similis erit sub conditione factae venditioni, quae nulla est, si condicio defecerit.* Dla Ulpiana więc elementem dorozumianym umowy, w której sprzedawca i kupujący uzgodnili cenę jako wartość, za którą spadkodawca sprzedawcy wcześniej nabył rzecz, jest warunek, iż rzecz została przez tego spadkodawcę nabyta w drodze czynności odpłatnej. Niespełnienie się tego warunku powoduje, iż *venditio nulla est*, tak jakby cena nie została w ogóle uzgodniona przez strony. Por. J. A. C. Thomas, *op. cit.*, s. 78–79.

¹⁸ D. 18, 1, 7, 2 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Si quis ita emerit: 'est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero', valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium centum, augetur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit.*; D. 19, 1, 13, 24 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si inter emptorem praediorum et venditorem convenisset, ut, si ea praedia emptor heresve eius pluris vendidisset, eius partem dimidiam venditori praestaret, et heres emptoris pluris ea praedia vendidisset,*

jako *pretium certum* traktowana była określona kwota, którą kupujący zobowiązywał się zapłacić sprzedawcy, natomiast w przypadku późniejszego odsprzedażania rzeczy przez tego nabywcę osobie trzeciej z zyskiem powstawał obowiązek kupującego do wypłaty części lub całości tego zysku sprzedawcy, zaskarżalny na podstawie pierwotnego porozumienia o sprzedaży.

W takim natomiast przypadku, gdy ustalenie ceny nastąpiłoby poprzez odwołanie się do wyceny dokonanej przez osobę trzecią w przyszłości, niemożliwe byłoby uznanie tej ceny za *pretium certum*, bowiem obiektywnie jej wysokość nie byłaby możliwa do ustalenia w momencie zawarcia umowy (wycena miała być dokonana przez osobę trzecią w przyszłości). Skoro zaś nie można uznać ceny za obiektywnie możliwą do zweryfikowania w momencie zawarcia między stronami porozumienia o sprzedaży, nie można uznać wymogu istnienia *pretium certum* za spełniony i w konsekwencji umowę traktuje się jako niezawartą, ponieważ strony nie doszły do porozumienia w kwestii elementów przedmiotowo istotnych umowy.

Rozstrzygnięcie problematycznej kwestii dokonane przez Justyniana¹⁹ może sugerować, iż dla jurystów problematyczna w związku z powierzeniem ustalenia ceny osobie trzeciej w kontrakcie kupna-sprzedaży była kwestia ewentualnego nieustalenia tej ceny przez osobę wskazaną przez strony tej umowy, którą to kwestię cesarz starał się rozwiązać poprzez potraktowanie takiego postanowienia jako warunek zawieszający (jeżeli osoba trzecia ustali cenę). Powodowało to, iż w sytuacji, w której osoba mająca dokonać oszacowania towaru (i tym samym ustalenia *pretium*) nie zrobiła tego, umowa nie dochodziła do skutku, tak jakby cena nie została w ogóle ustalona. Należy jednak zauważyć, że rozwiązanie, które zaproponował Justynian, nie tylko zabezpieczało interesy stron na wypadek nieustalenia ceny przez osobę trzecią, ale przede wszystkim pozwalało usunąć przeszkodę w postaci niespełnienia wymogu istnienia *pretium certum* w sytuacji, w której strony powierzyły ustalenie ceny osobie trzeciej, niebędącej stroną kontraktu. Zakładając bowiem, że umowę traktowano jako rodzącą skutki prawne dopiero w momencie, w którym osoba trzecia dokonała wyceny towaru, należy uznać, że w tym momencie wymóg istnienia *pretium certum* był spełniony, bowiem obiektywnie cena rzeczy została już przez osobę trzecią ustalona jako jedna konkretna wartość.

W dalszym ciągu jednak dla Justyniana niedopuszczalne było powierzenie ustalenia ceny jednej ze stron kontraktu, co pozwala przypuszczać, iż powodem dla którego część jurystów uważała, iż cena musi być dokładnie ustalona przez strony w momencie zawarcia porozumienia o sprzedaży, był nie tylko wymóg istnienia

venditorem ex vendito agendo partem eius, quo pluris vendidisset, consecuturum. Por. A. Torrent, *op. cit.*, s. 91–96.

¹⁹ Por. C. 4, 38, 15, 1; I. 3, 23, 1 – cytowane wcześniej.

pretium certum. Gdyby założyć bowiem, że jedyną przeszkodą dla ustalenia ceny w ten sposób, iż jakaś osoba dokona jej wyceny w przyszłości, była niemożność obiektywnego ustalenia tej ceny w momencie zawarcia kontraktu, rozstrzygnięcie, które zaproponował Justynian, mogłoby z powodzeniem mieć zastosowanie do przypadku, w którym w momencie zawarcia umowy strony umówiły się, że cena zostanie ustalona w przyszłości przez kupującego albo sprzedawcę. Jednak zarówno jureprudenca klasyczna, jak i cesarz Justynian, wyraźnie byli przeciwni rozwiązaniu, zgodnie z którym cena miałaby być ustalona przez jedną ze stron kontraktu kupna-sprzedaży. Prawdopodobnie więc dodatkowym elementem, który czynił nieważnym takie zastrzeżenie umowne, była potrzeba ochrony interesów obu stron stosunku obligacyjnego. Ponieważ w kontrakcie kupna-sprzedaży w kwestii ustalenia ceny rzeczy interesy stron pozostawały w stosunku do siebie w opozycji, zgoda na powierzenie jednej z tych stron ustalenia ceny wiązała się z ryzykiem, iż ucierpi na tym interes drugiej strony (cena korzystna dla kupującego oznaczała bowiem jednocześnie cenę niekorzystną dla sprzedawcy).

Kolejny problem, jaki rodziło zaakceptowanie możliwości wyznaczenia ceny w inny sposób niż w drodze negocjacji między stronami, to problem ustalenia kryteriów, którymi powinna kierować się osoba arbitra przy ustalaniu ceny: czy wycena towaru miałaby zostać pozostawiona jej swobodnemu uznaniu (wówczas takie określenie ceny byłoby w pełni subiektywne), czy należałoby uznać, że osoba trzecia powinna przyjąć za podstawę do dokonania takiej wyceny okoliczności obiektywne – *vide* średnia rynkowa cena rzeczy, co w znacznym stopniu zawęzałoby zakres jej swobody i tworzyło obiektywne kryteria dokonania takiej wyceny.²⁰

Problem ustalenia elementów treści kontraktu konsensualnego przez jednego z kontrahentów albo osobę trzecią niebędącą stroną umowy był analizowany przez rzymskich jurystów także w odniesieniu do innego kontraktu konsensualnego – kontraktu *societas* – przy okazji omawiania kwestii ustalenia posiadanych przez wspólników udziałów w spółce, a więc określenia proporcji, w jakiej mieli partycypować w zyskach i stratach wynikających z działalności spółki. O ile jednak w przypadku kontraktu *emptio venditio* juryści wyraźnie wykluczają możliwość ustalenia ceny arbitralnie przez jedną ze stron kontraktu i sceptycznie

²⁰ A. Torrent traktuje przypadek wyznaczenia ceny przez osobę trzecią jako formę ustalenia ceny *per relationem* w sposób subiektywny (w opozycji do ustalenia ceny w odniesieniu do wydarzenia przeszłego, teraźniejszego czy przyszłego, który definiuje jako sposób obiektywny). Należy jednak zauważyć, że wycena dokonana przez osobę trzecią nie powinna być utożsamiana z subiektywnym i arbitralnym ustaleniem ceny. Jeżeli bowiem przyjąć, iż osoba trzecia powinna kierować się określonym wzorcem obiektywnym przy ustalaniu ceny (jak np. *arbitrium boni viri*), wówczas jej wycena może być uznana za obiektywną, ponieważ każda inna osoba powołana do ustalenia tej ceny, kierując się tym wzorcem, powinna ustalić cenę w wysokości analogicznej. Por. A. Torrent, *op. cit.*, s. 85.

podchodzą do możliwości ustalenia ceny przez osobę trzecią, niebędącą stroną umowy, o tyle w przypadku spółki obie te możliwości nie wydają się budzić większych kontrowersji.

We fragmencie D. 17, 2, 6 z komentarza Pomponiusa *ad Sabinum* jurysta analizuje kasus spółki, którą zawarło dwóch wspólników na takich warunkach, iż jeden z nich miał wyznaczyć ich wzajemne udziały w spółce. Pomponius nie wydaje się mieć zastrzeżeń co do legalności takiego porozumienia między *socii*, stwierdza jednak, iż ustalenie udziałów w spółce powinno nastąpić zgodnie ze wskazaniami kryterium *arbitrium boni viri*. Dalej dodaje on, iż niekiedy będzie zgodne z tym kryterium wyznaczenie udziałów jako nieekwiwalentnych. Będzie to miało miejsce wówczas, gdy jeden ze wspólników wnosi do spółki wkład o większej wartości tytułem świadczonych dla spółki *opera, industria*, czy też wkładu majątkowego.²¹ Zastosowanie kryterium *arbitrium boni viri* wynikało

²¹ Z przywołanego wyżej fragmentu wynika, iż juryści uważali, że udziały w spółce powinny znajdować swoje odzwierciedlenie w wartościach, jakie wspólnicy wnoszą do wspólnego przedsięwzięcia. Jednocześnie też jursprudencja uznawała bardzo szeroką koncepcję takich wartości, które mogły przekładać się na sukces realizowanego przez *socii* przedsięwzięcia. Obok wkładu majątkowego, definiowanego przez jurystów terminem *pecunia*, wspólnik mógł wnieść do spółki swoją pracę (*opera*), a także jakkolwiek wkład o charakterze niematerialnym, który mógł mieć znaczenie dla osiągnięcia zamierzonego przez *socii* celu spółki. Początkowo wkład majątkowy był uważany za najbardziej „wartościowy” rodzaj wkładu w spółce, natomiast juryści dopuszczali sytuację, w której osoby nieposiadające majątku porównywalnego z innymi *socii* mogły jednak na równi z nimi być dopuszczone do udziału w zyskach, bowiem rekompensowały niedostatek majątku, świadcząc dla spółki określonego rodzaju pracę lub usługi. W miarę transformacji kontraktu spółki – z wspólnoty majątkowej w instrument prowadzenia działalności gospodarczej nastawionej na zdobywanie zysków – wkład polegający na świadczeniu *opera* czy innych wartości niemajątkowych zaczyna nabierać coraz większego znaczenia, a juryści zaczynają dostrzegać, iż w wielu przypadkach o powodzeniu zamierzonego przedsięwzięcia decyduje nie tyle zainwestowany w nie majątek, ale właśnie umiejętne zainwestowanie tego majątku w przedsięwzięcie przynoszące zyski. W efekcie tego procesu dochodzi do swego rodzaju przewartościowania koncepcji wkładu majątkowego, czego wyrazem jest stwierdzenie, iż często wspólnik świadczący dla spółki pracę o szczególnym znaczeniu dla zrealizowania zamierzonego celu, związaną z podejmowaniem przez tego wspólnika szczególnego ryzyka, wnosi do spółki więcej niż wspólnik, który inwestuje w spółkę jedynie posiadany majątek. Przyjęcie tak szerokiej koncepcji wartości mogących stanowić wkład do spółki, przy jednoczesnym uznaniu, iż wartość takiego wkładu znajduje swoje odbicie w proporcji, w której wspólnik ma uczestniczyć w zysku ze wspólnie prowadzonej działalności, z jednej strony dawała możliwość uczestniczenia w obrocie gospodarczym osobom, które nie posiadały odpowiedniego kapitału niezbędnego do realizacji celów gospodarczych, z drugiej strony były dowodem na docenienie przez rzymską jursprudencję znaczenia w sferze prawnej wartości odgrywających kluczową rolę przy prowadzeniu działalności gospodarczej, takich jak przedsiębiorczość, operatywność czy gotowość do podejmowania ryzyka dla osiągnięcia zysku. Szerzej na temat zagadnienia wartości mogących stanowić wkład w rzymskiej spółce por.: G. Santucci, *Il socio d'opera in diritto romano*, Milano 1997, s. 111–192; S. Riccobono, *Capacità manageriale e partecipazione agli utili nella societas romana (Gai. 3.148–149)*, [w:] *Atti del seminario sulla problematica contrattuale, Milano 7–9 aprile 1987*, t. I, Milano 1988, s. 224–232; Z. Benincasa, *‘Periculi pretium’. Prawne aspekty ryzyka związanego z podrózkami morskimi w starożytnym Rzymie (II w. p.n.e. – II w. n.e.)*, Warszawa 2011, s. 201–207.

z charakteru spółki będącej kontraktem opartym na *bona fides*. Dobra wiara wyznaczała granicę swobody współników w ustaleniu łączącego ich stosunku prawnego, a zarazem granicę swobody arbitra jako osoby trzeciej, wyznaczonej przez *socii* do określenia tych udziałów. W odniesieniu do wyznaczenia wysokości udziałów dobra wiara wymagała skorelowania wysokości udziałów z wartością wnoszonego do spółki wkładu, niezależnie od tego, czy miał on charakter wkładu pieniężnego, czy polegającego na świadczeniu dla spółki określonej pracy, czy też innych wartości mających znaczenie dla realizacji zamierzonego przez współników celu.²²

17, 2, 6 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*

Podobnie kwestia ustalenia udziałów w spółce przez osobę trzecią nie wydaje się być dla jurystów zagadnieniem kontrowersyjnym. Problem ten analizuje Proculus w piątej księdze swoich *epistulae*.

D. 17, 2, 76 (Proc. 5 *epist.*): *Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit, an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.*

W tekście D. 17, 2, 76 jurysta ten analizuje kasus spółki, w której wspólnicy powierzyli ustalenie ich wzajemnych udziałów wspólnemu przyjacielowi. Ten stwierdził, iż udziały współników mają być nierówne. Jeden ze współników (określany w tekście jako „Ty”) zapytuje, czy takie wyznaczenie udziałów nale-

²² Por. G. Santucci, *op. cit.*, s. 61–75, wraz z cytowaną przez autora literaturą. Na temat *arbitrium boni viri* i jego roli normatywnej w sferze kontraktów dobrej wiary por. m.in.: A. Albertario, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, [w:] *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, s. 285–310; G. Grosso, *Il fr. 77 D. 17.2 e i formulari di locazioni del 'de agri cultura' di Catone*, SDHI 1937, 3, s. 440–446; G. Grosso, *In tema di 'arbitrium boni viri'*, „Rivista di diritto commerciale” 1942, 40.2, s. 227–233; A. F. De Buján, *De los 'arbitria bonae fidei' pretorios a los 'iudicia bonae fidei' civiles*, [w:] *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica, storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale in onore di Antonio Burdese*, t. II, Padova 2003, s. 31–58; V. Mannino, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato 'boni viri'*, [w:] *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica, storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Antonio Burdese*, t. II, Padova 2003, s. 425–438; S. Tafaro, *Brevi riflessioni su buona fede e contratti*, *Diritto @ Storia* 2003, 4.

ży uznać za wiążące, czy też współnicy powinni być uznani za partycypujących w częściach równych w spodziewanych zyskach i ewentualnych stratach. Zdaniem Proculususa bardziej właściwe byłoby zaś w tym miejscu pytanie, czy współnicy mają być współnikami w częściach, jakie wyznaczył ich wspólny przyjaciel, czy też w proporcji, w jakiej wyznaczyłby ich wzajemne udziały *vir bonus*. W dalszej części omawianego tekstu Proculus dokonuje rozróżnienia na dwa rodzaje arbitrow: decyzja pierwszego z nich jest dla stron wiążąca niezależnie od tego, czy obiektywnie należy ją uznać za zgodną z pryncypiami *aequitas*, w przypadku drugiego zaś typu arbitra decyzje tegoż arbitra powinny być zgodne z *arbitrium boni viri*, a więc obiektywnym wzorcem opartym na zasadach *bona fides*. W odniesieniu do spółki ma zastosowanie ten drugi rodzaj arbitrażu, co jest konsekwencją charakteru tego kontraktu – jako kontraktu opartego na dobrej wierze.²³

W dalszej części *epistulae* Proculus zastanawia się nad decyzją arbitra, który ustalił udziały współników w sposób na pierwszy rzut oka zaskakujący, jeden ze współników miałby bowiem uczestniczyć w zyskach i stratach w jednej tysięcznej, a drugi – w dziewięćset dziewięćdziesięciu dziewięciu tysięcznych.²⁴

²³ Por. D. 17, 2, 78 (Proc. 5 *epist.*): *in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

²⁴ Tekst ten stanowi logiczną kontynuację fragmentów D. 17, 2, 76 i D. 17, 2, 78, które dotyczą kwestii arbitrażu, a w szczególności odwołania się do *arbitrium boni viri* przy ustalaniu udziałów w zyskach i stratach przypadających na poszczególnych *socii*. Zdaniem Santucciiego (G. Santucci, *op. cit.*, s. 63–75), problemem analizowanym przez Proculususa w *epistulae* było nie tylko zagadnienie ważności powierzenia wyznaczenia udziałów w spółce osobie trzeciej, ale problem o bardziej uniwersalnym charakterze, odwołujący się do natury kontraktu spółki jako konstrukcji prawnej na wskroś egalitarnej, opartej na równości udziałów w zysku i stracie, tj.: czy udziały poszczególnych współników mogą nie być równe. Moim zdaniem jednak zagadnienie, które podejmuje Proculus, koncentrowało się na kwestii ważności ustalenia udziałów w spółce, a więc pośrednio i wyceny wkładów dokonanej przez osobę trzecią, a nie problemu, czy udziały w spółce mogą być nierówne. Gdyby bowiem założyć, że intencją Proculususa było rozważenie dopuszczalności nierównych udziałów w zyskach i stratach, nie byłoby żadnego motywu do konstruowania przez tego jurystę przykładu, w którym określenie tych udziałów zostało powierzone osobie trzeciej, ponieważ bardziej przejrzysty byłby kazus, w którym udziały zostały określone jako nierówne przez samych współników. Wydaje się również, iż rozważając zagadnienie dopuszczalności arbitrażu w ustaleniu udziałów w spółce, Proculus niejako był zmuszony posłużyć się przykładem, w którym udziały te zostały określone jako nierówne, gdyż w innym przypadku kwestia, czy taki arbitraż jest ważny, czy nie, straciłaby na aktualności, ponieważ niezależnie od tego, czy uznano by ustalenia arbitra za zgodne z *ius societatis*, czy też nie, udziały współników byłyby uznane za równe (w pierwszym przypadku zgodnie z rozstrzygnięciem arbitra dokonującego oszacowania, w drugim zgodnie z zasadą, w myśl której jeżeli współnicy nic nie ustalili w kwestii wysokości ich wzajemnych udziałów, domniemywa się, iż są one równe). Tak więc odwołanie się do idei równości udziałów między współnikami jako alternatywnego rozwiązania dla rozstrzygnięcia arbitra wynikało, moim zdaniem, nie tyle z faktu, iż juryści mieli generalnie wątpliwości co do tego, czy te udziały mogą nie być równe, ale było logiczną konsekwencją uznania, że jeżeli rozstrzygnięcie dokonane przez arbitra nie miałyby mocy prawnej, z konieczności zakładało to nieistnienie jakiegokolwiek *pactum* między współnikami w przedmiotowej kwestii, a więc prowadziłyby do zastosowania domniemania równości takich udziałów.

D. 17, 2, 80 (Proc. 5 epist.): *Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.*

Jurysta stwierdza, iż taka nierówność udziałów jest uzasadniona, jeżeli wkłady wnoszone przez współników pozostają do siebie w równie rażącej dysproporcji. Jako możliwe rodzaje wkładów w spółce Proculus wymienia *opera, industria, gratia* oraz wkład majątkowy polegający na wniesieniu *pecunia*.

Jak wynika z przywołanych wyżej tekstów, juryści klasyczni akceptowali zarówno możliwość ustalenia udziałów w spółce przez osobę trzecią, jak i powierzenia ustalenia udziałów w zysku i stracie jednemu z uczestników spółki, przy założeniu, że takie ustalenie następowało zgodnie z obiektywnym kryterium *arbitrium boni viri*, tym samym zaś było zgodne z dobrą wiarą.²⁵ Za zgodne z tym kryterium uważali zaś, iż wysokość udziałów przypadających na poszczególnych współników była proporcjonalna do wartości wnoszonych wkładów, a więc zależna od stopnia, w którym współnik wnoszący dany wkład przyczyniał się do realizacji zamierzonego celu spółki. Ze względu zaś na zaakceptowanie *arbitrium boni viri* jako kryterium ustalenia wysokości udziałów w spółce, juryści nie widzieli problemu ani w powierzeniu ustalenia wysokości tych udziałów jednemu z *socii*, ani osobie trzeciej, niezależnie bowiem od tego, czy sami współnicy ustalali wysokość udziałów w spółce, czy wyznaczał je jeden spośród nich, czy wreszcie osoba trzecia niebędąca współnikiem, zawsze ustalenie to powinno być dokonane na podstawie jednolitego abstrakcyjnego kryterium *arbitrium boni viri*, opartego na zasadach dobrej wiary.²⁶

²⁵ Por. V. Manrino, *op. cit.*, s. 428–432.

²⁶ Za kontrowersyjny w odniesieniu do *arbitrium boni viri* można uznać tekst D. 17, 2, 75, który zdaniem niektórych autorów (por. A. Torrent, *op. cit.*, s. 103–104) jest dowodem na to, iż *arbitrium boni viri* nie było jedynym uznawanym wzorcem, którym powinna kierować się osoba trzecia powołana przez współników do wyznaczenia posiadanych przez nich udziałów. D. 17, 2, 75 (Cels. 15 dig.): *Si coita sit societas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius antequam arbitraretur decesserit, nihil agitur: nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit.* Zdaniem Torrenta z faktu, iż Celsus w przypadku, w którym arbiter wyznaczony przez współników zmarł przed ustaleniem wysokości udziałów przypadających na tych współników w spółce, a kontrakt spółki nie został zawarty, wynika, iż Celsus nie odwoływał się w tym tekście do *arbitrium boni viri* jako obiektywnego rodzaju arbitrażu (w tym wypadku bowiem zdaniem tego autora śmierć arbitra nie powinna prowadzić do niezawarcia spółki, bowiem wyznaczenia udziałów mogłaby dokonać każda inna osoba), ale do sytuacji, w której wycena miała być dokonana przez konkretną osobę wedle jej uznania (*arbitrium merum*). Pogląd ten jednak nie wydaje mi się słuszny. Z faktu, że śmierć konkretnego wyznaczonego przez strony arbitra była równoznaczna z uznaniem, iż spółka, w której miał on dokonać oszacowania udziałów, nie została zawarta, nie wynika, że jego wycena miała być dokonana na podstawie subiektywnego kryterium. Podobnie M. Talamanca, s.v. *società (diritto romano)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, Milano, s. 838 przyp. 262, którego zdaniem *dalla sindacabilità non può desumersi nell'esperienza romana la sostituibilità, allo stesso modo che*

Można więc zastanawiać się, dlaczego juryści rzymscy nie zaakceptowali analogicznego rozwiązania w odniesieniu do kontraktu *emptio venditio*, przyjmując, iż możliwe jest ustalenie ceny przez osobę trzecią, czy nawet jedną ze stron, przy założeniu, że osoba ta kieruje się abstrakcyjnym kryterium *arbitrium boni viri*, dając tym samym gwarancję, iż oszacowanie rzeczy będącej przedmiotem sprzedaży będzie zgodne z *bona fides*.

Jednym z powodów sceptycznego podejścia do takiej możliwości w odniesieniu do kontraktu kupna-sprzedaży był prawdopodobnie fakt, iż ustalenie ceny należało do elementów przedmiotowo istotnych tego kontraktu, podczas gdy ustalenie udziałów w spółce, aczkolwiek będące kwestią o zasadniczym znaczeniu dla konstrukcji tego kontraktu i szeroko dyskutowaną wśród jurystów,²⁷ nie było uwa-

dall' insostituibilità non può ricavarsi l'insindacabilità). Można bowiem utrzymywać, że ponieważ strony miały zaufanie do Titiusa i ustanowiły go arbitrem, wiedząc, iż przy wyznaczaniu udziałów w spółce będzie kierował się zgodnie z *bona fides* wysokością wniesionych przez nich wkładów, niejako warunkiem zawarcia spółki między tymi osobami było wyznaczenie tych udziałów właśnie przez Titiusa. W konsekwencji śmierć tego ostatniego, która nastąpiła przed wyznaczeniem tych udziałów, spowodowała, iż kontrakt spółki między tymi osobami nie został zawarty, ponieważ intencją tych osób było zawarcie *societas* tylko wówczas, jeżeli udziały w spółce miał ustalić właśnie Titius.

²⁷ Poza przywoływanymi w niniejszym artykule tekstami dotyczącymi ustalenia udziałów w zyskach i stratach przez jednego z *socii* albo osobę trzecią, zagadnienie ustalenia udziałów w zyskach i stratach było przedmiotem słynnej kontrowersji między dwoma jurystami późnej republiki – Quintusem Muciusem Scaevolą i Serviusiem Sulpiciusem Rufusem. Kontrowersja jest w tradycji literackiej relacjonowana jako *magna quaestio*. Por. Gai. 3, 149; I. 3, 25, 2. Na temat *magna quaestio* por. m.in.: A. Guarneri-Citati, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, BIDR 1934, 42, s. 165–194; F. Wiaecker, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, t. I, Weimar 1936, s. 251–268; A. Watson, *Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law*, TR 1963, 31, s. 88; F. Bona, *Contributi alla storia della 'societas universorum quae ex quaestu veniunt' in diritto romano*, [w:] *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, t. I, Torino 1968, s. 443–461, w szczególności s. 448; A. Schiavone, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Roma–Bari 1976, s. 137–144; P. Stein, *The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science*, [w:] *Festschrift für Franz Wiaecker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, s. 179; A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma reppublicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma 1987, s. 63–68; A. Watson, *The Notion of Equivalence of Contractual Obligation and Classical Roman Partnership*, „The Law Quarterly Review” 1981, 97, s. 275–286; M. Talamanca, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, [w:] *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, (red.): A. Giardino, A. Schiavone, Roma 1991, s. 24–30; M. Fuenteseca, *La magna quaestio societatis y otros problemas del contrato de sociedad romano*, Revista xuridica de Santiago de Compostela. Dereito 1998, 7, 1, s. 35–65; G. Santucci, *op. cit.*, s. 49–53; J. M. Blanch-Nougés, *Nuevas consideraciones acerca de Gai 3, 149 y D. 17, 2, 29, 2: 'magna quaestio societatis' y 'societas leonina' en derecho romano*, „Revista General del Derecho Romano” 2008, 11, s. 17–30; J. M. Blanch-Nougés, *Reflexiones acerca de la societas leonina en el Derecho Romano*, RIDA 2008, 60, s. 83–106; Z. Benincasa, *op. cit.*, s. 207–227.

żane za element należący do *essentialia negotii*²⁸, bowiem w braku porozumienia w tej materii między współnikami domniemywano równość tych udziałów.²⁹

Domniemanie równości udziałów, mające zastosowanie ilekroć wspólnicy nie podjęli żadnych decyzji w kwestii partycypacji w zyskach i stratach, było zaś prawdopodobnie związane z historycznym rozwojem spółki i wpływem *consortium ercto non cito* i schematu *societas omnium bonorum* na ukształtowanie się jednolitej wizji konsensualnego kontraktu *societas*. Oczywiście, w miarę transformacji kontraktu spółki z wspólnoty mającej na celu wspólne administrowanie połączonymi majątkami *socii* w instrument prowadzenia działalności gospodarczej, egalitarny charakter spółki ustępował miejsca przekonaniu, iż wspólnicy nie muszą wносить do spółki wkładów o jednakowej wartości, a ich udziały w zyskach i stratach powinny być proporcjonalne do stopnia, w którym wspólnicy przyczyniają się do realizacji wspólnego celu. Jeżeli więc wspólnicy nie dokonaliby żadnych ustaleń w kwestii partycypacji w zyskach i stratach, ale wniesione przez nich wkłady miały wyraźnie nierówną wartość, w razie konfliktu między współnikami możliwe byłoby obalenie domniemanie równości udziałów i sędzia prawdopodobnie ustaliłby wzajemne udziały w spółce, kierując się wartością wkładów wniesionych przez tych *socii* do wspólnego przedsięwzięcia.

W praktyce więc w prawie klasycznym domniemanie równości udziałów miało racje bytu tylko w dwóch przypadkach: jeżeli – pomimo nieustalenia sposobu partycypowania w zyskach i stratach w spółce – między współnikami nie było konfliktu odnośnie do udziału w zyskach i stratach ze wspólnie prowadzonej działalności, albo jeżeli wkłady wniesione przez współników obiektywnie miały porównywalną wartość. We wszystkich innych sytuacjach należy przyjąć, iż udziały w zyskach i stratach powinny być proporcjonalne do stopnia przyczynienia się współników do realizacji wspólnie zamierzonego przedsięwzięcia. Istnie-

²⁸ Za elementy przedmiotowo istotne kontraktu spółki można uznać ustalenie wspólnego celu i sposobu jego osiągnięcia. We fragmencie D. 17, 2, 52 pr. Ulpian, rozważając przyznanie skargi ze spółki osobie, która została poproszona przez sąsiada o nabycie działki gruntu przylegającej do ich posiadłości i późniejszego przekazania jej części tej działki, w sytuacji, w której sąsiad, który złożył taką propozycję, następnie na własną rękę nabył przedmiotową działkę, odwołuje się do opinii Juliana, który uważa, że do stwierdzenia, czy między sąsiadami został zawarty kontrakt spółki, niezbędne jest zrekonstruowanie okoliczności stanu faktycznego (*implicitam esse facti quaestionem*). Jeżeli propozycja kupna działki została złożona z zamiarem zrealizowania jakiegoś wspólnego interesu (*si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur*), wówczas należy uznać, iż doszło do zawarcia kontraktu *societas* i sąsiad, który nabył grunt będący przedmiotem spółki za plecami swojego współnika, będzie odpowiadał względem niego z *iudicio societatis*. Jeżeli natomiast brak było elementu *commune negotium*, wówczas przypadek ten prawdopodobnie powinien być kwalifikowany jako zlecenie kupna działki gruntu, które to zlecenie zostało odwołane przed jego zrealizowaniem przez mandansa, który nabył tę działkę bez porozumienia z sąsiadem.

²⁹ Por. Gai. 3, 150: *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse.*; D. 17, 2, 29 pr. (Ulp. 30 ad Sab.): *Si non fuerint partes societatis adiectae, aequas eas esse constat [...].*

nie takiego domniemania równości udziałów pozwalało jednak wykluczyć kwestię ustalenia udziałów w zyskach i stratach z zakresu elementów przedmiotowo istotnych kontraktu spółki, a więc elementów, których ustalenie musiało być objęte porozumieniem stron. Tym samym zagadnienie ustalenia wysokości udziałów przez osobę trzecią bądź jednego ze współników stawało się teoretycznie kwestią o mniej doniosłym znaczeniu dla tego kontraktu niż ustalenie ceny w kontrakcie kupna-sprzedaży, poprzez odwołanie się do oszacowania, którego miała dokonać osoba trzecia lub jedna ze stron kontraktu.

Kolejna różnica, która mogła zaważyć na braku symetrii w rozwiązaniach przyjętych przez jurystów w odniesieniu do kontraktu spółki i kontraktu kupna-sprzedaży, wynikała z odmiennej natury tych dwóch kontraktów konsensualnych. Kwestia ustalenia ceny przez osobę trzecią lub tylko jedną ze stron była prawdopodobnie dużo bardziej kontrowersyjna w kontrakcie *emptio venditio*, niż w przypadku spółki, bowiem w tym pierwszym interesy stron są ze sobą sprzeczne, więc przyjmując za dopuszczalne takie rozwiązanie, należałoby zagwarantować stronom, by rozstrzygnięcie arbitra szacującego rzecz nie było dokonane na niekorzyść którejkolwiek ze stron. O ile w przypadku spółki strony tego kontraktu nie pozostają względem siebie w opozycji, a wręcz przeciwnie, mają wspólny cel, do którego dążą i którego zrealizowanie ma im przynieść spodziewane korzyści, o tyle w odniesieniu do kontraktu *emptio venditio* w kwestii ustalenia ceny interesy stron są dokładnie przeciwstawne: kupującemu zależy na tym, aby kupić rzecz za jak najniższą cenę, sprzedawcy zależy, by sprzedać ją za jak najwięcej.³⁰

Ta sprzeczność interesów powoduje, iż ustalenie ceny w inny sposób niż w toku negocjacji między sprzedawcą a kupującym jest w dużym stopniu związane z ryzykiem niesprawiedliwego potraktowania jednej ze stron. Szczególnie ryzyko to jest widoczne w sytuacji, w której cenę miałyby ustalić jedna ze stron tego kontraktu, wówczas bowiem niejako naturalnie dążyłaby ona do ustalenia jej w sposób jak najbardziej dla siebie preferencyjny. Podobnie jednak jak w sytuacji, w której ustalenie ceny miałyby być powierzone osobie trzeciej, istniało niebezpieczeństwo, iż osoba ta działałaby na niekorzyść jednej ze stron, co spowodowałoby niejako naruszenie równowagi panującej między stronami tego kontraktu.

Kwestia ta mogłaby być teoretycznie rozwiązana przez przyjęcie w odniesieniu do wyznaczenia ceny przez jedną ze stron lub osobę trzecią obiektywnego kryterium, wynikającego z zasad *bona fides*, takiego jak *arbitrium boni viri*, mającego zastosowanie w przypadku powierzenia osobie trzeciej wyznaczenia udziałów przypadających poszczególnym *socii* w spółce. *Arbitrium boni viri* było

³⁰ Por. D. 17, 2, 63 pr., w którym mowa jest o *ius quodammodo fraternitas* istniejącym między współnikami w spółce i fragment D. 19, 2, 22, 3, w którym mowa jest o *invicem se circumscribere* jako elemencie związanym z naturą kontraktu *emptio venditio*.

co prawda przywoływane przez jurystów jako kryterium, na podstawie którego interpretowano postanowienia kontraktu kupna-sprzedaży³¹, jednak juryści nie postulowali zastosowania tego wzorca do ustalenia ceny w tym kontrakcie. Można przypuszczać, iż niezaakceptowanie tego kryterium jako obiektywnego miernika wysokości ceny w konkretnej umowie było właśnie związane ze szczególną charakterystyką tego kontraktu – jako umowy, w której ścierają się sprzeczne interesy stron i w której wynik tego starcia jest każdorazowo zależny od konkretnych okoliczności stanu faktycznego, w szczególności stopnia, w którym kupującemu potrzebny jest przedmiot sprzedaży, a sprzedawca jest zdeterminowany, by go zbyć.

To właśnie w tym starciu między stronami umowy, w toku wzajemnych negocjacji dochodzi do ustalenia ceny w konkretnym przypadku i cena ta jest wypadkową wzajemnych potrzeb i interesów stron umowy. Tym samym nie można ustalić jednej, stałej wartości jako ceny danej rzeczy, zgodnej z dobrą wiarą w konkretnym przypadku, ponieważ w zależności od tego, która ze stron będzie miała silniejszą pozycję w takich negocjacjach, cena ta może kształtować się na różnym poziomie. Można co prawda starać się ustalić, w jakim zakresie wartości cena ta powinna się mieścić, tym niemniej margines swobody jest dość znaczny. W umowie kupna-sprzedaży niejako czymś naturalnym jest bowiem ustalenie ceny w toku negocjacji między stronami tego kontraktu, a więc nie można przyjąć jednej ustalonej wartości jako ceny zgodnej z dobrą wiarą w konkretnym przypadku, ponieważ w zależności od tego, która ze stron będzie miała silniejszą pozycję w takich negocjacjach, cena ta może być różna. O ile więc juryści co do

³¹ Por. D. 18, 1, 7 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Haec venditio servi 'si rationes domini computasset arbitrio' condicionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio, sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio boni viri? nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti sic spondeat 'si voluero, decem dabo': neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri quam in domini. si igitur rationes potuit accipere nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta condicio emptionis est et ex empto venditor conveniri potest. W przywołanym fragmencie Ulpian analizuje kasus sprzedaży niewolnika, z zastrzeżeniem, że ten rozliczy się z właścicielem z tytułu prowadzonych *rationes*. Jurysta traktuje taką sytuację jako zawarcie kontraktu *emptio venditio* pod warunkiem zawieszającym, a więc umowę skuteczną tylko w przypadku, w którym ten niewolnik rozliczył się z aktualnym właścicielem sprzedawcą. Dalej jurysta podnosi kwestie weryfikacji spełnienia się tego warunku zawieszającego i zastanawia się, czy kwestia ta winna być pozostawiona dyskrejonalnemu uznaniu właściciela, czy też należy zastosować kryterium *arbitrium boni viri*. Ulpian optuje za tym ostatnim rozwiązaniem, powołując się także na opinie *veteres*, którzy zajmowali takie stanowisko w przedmiotowej kwestii. Jego zdaniem, pozostawienie kwestii weryfikacji spełnienia się warunku zawieszającego swobodnej ocenie właściciela tego niewolnika nie może być uznane za ważne zawarcie kontraktu *emptio venditio* i porównuje takie postanowienie do zawarcia kontraktu pod warunkiem *'si volueris'* albo stypulacji, w której dłużnik przyrzeka *'si voluero decem dabo'*.*

zasady akceptowali zastosowanie tego kryterium *arbitrium boni viri* w zakresie regulacji kontraktu *emptio venditio*, to jednak w odniesieniu do ustalenia ceny w kontrakcie kryterium to było w pewnym sensie mało przydatne, nie dało się bowiem ustalić ceny zgodnej ze wskazaniami dobrej wiary z pominięciem elementu negocjacji stron co do tej ceny. W tym kontekście znamienne są dwa teksty odwołujące się do szczególnego charakteru kontraktu *emptio venditio*. Pierwszy z nich pochodzi z komentarza Ulpiana *ad edictum*, w którym jurysta ten stwierdza, że w odniesieniu do ustalenia ceny w kontrakcie kupna-sprzedaży Pomponius uważał za coś naturalnego wyprowadzenie w pole drugiej osoby (należy przypuszczać, iż mówiąc o *contrahentibus se circumvenire*, Pomponius miał na myśli sytuację, w której kupujący kupi rzecz za więcej niż wynosi jej przeciętna cena rynkowa albo sprzedawca sprzeda odpowiednio za mniej).

D. 4, 4, 16, 4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

Drugi fragment to również komentarz *ad edictum* autorstwa Paulusa, w którym jurysta wyraźnie mówi, że w naturę kontraktu *emptio venditio*, podobnie jak i kontraktu *locatio conductio*, „wpisane jest” niejako sprzedawanie rzeczy droższych za niższą cenę i *vice versa*.

D. 19, 2, 22, 3 (Paul. 34 *ad ed.*): *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationis quoque et conductionibus iuris est:*

Tym samym należy przyjąć, iż juryści w pełni akceptowali sytuację, w której w wyniku negocjacji między stronami cena towaru została ustalona poniżej lub powyżej jej przeciętnej ceny rynkowej, uznając, iż cena ta jest niejako regulowana przez obiektywne prawo popytu i podaży. Trudno więc w konkretnym przypadku ustalić wartość sprzedawanej rzeczy, bowiem jest ona zależna od determinacji obu stron w zawarciu tego kontraktu (na ile kupujący potrzebuje tej rzeczy, a sprzedawca potrzebuje gotówki lub chce pozbyć się rzeczy). Oczywiście jest możliwe przyjęcie, iż cena zgodna z zasadami dobrej wiary mieści się w pewnym zakresie wartości oscylujących wokół rynkowej przeciętnej ceny rzeczy, ale trudne jest ustalenie, jaka to będzie konkretnie wartość, bez odwołania się do elementu negocjacji między stronami tej umowy. Pominięcie zaś tego elementu mogło powodować ustalenie ceny w sposób preferencyjny dla jednej ze stron i tym samym krzywdzący dla drugiej, co naruszałoby pryncypia *aequitas* i byłoby sprzeczne z *bona fides*. Niemożność obiektywnego ustalenia ceny danego towaru, w inny sposób niż poprzez odwołanie się do rezultatu negocjacji między stronami, była więc kolejną poważną przeszkodą do zaakceptowania

możliwości powierzenia ustalenia ceny osobie trzeciej lub jednej ze stron umowy. Powodowała ona bowiem, iż niemożliwa była ochrona stron umowy w sytuacji, gdy cena została ustalona na poziomie rażąco niesprawiedliwym dla jednego z kontrahentów, bowiem w razie ewentualnego procesu sędzia mógłby nie dysponować dostatecznymi danymi, dzięki którym mógłby tę cenę skorygować tak, by była ona zgodna z *bona fides*, a więc z naturą tego kontraktu.

W kontrakcie spółki natomiast powierzenie ustalenia wysokości udziałów osobie trzeciej nie było związane z takim ryzykiem. Z jednej strony dlatego, iż interesy stron tej umowy nie pozostają w stosunku do siebie w opozycji, z drugiej strony dlatego, że przy założeniu, iż udziały w zysku i stracie mają być proporcjonalne do wniesionych wkładów, w każdym przypadku możliwe było ustalenie w sposób obiektywny przez osobę trzecią wysokości tych wkładów i tym samym wskazanie, w jakich częściach wspólnicy powinni partycypować w zyskach i stratach ze wspólnie prowadzonej działalności. Gwarantowało to skuteczną ochronę ze strony prawa na wypadek, gdyby osoba wskazana do ustalenia udziałów wspólników uczyniła to niezgodnie z kryterium *arbitrium boni viri*.

SUMMARY

Consensual contracts constituted a special type of contracts recognized by Roman law since the sole basis of the respective obligations derived from them was the agreement made by parties. The particular role in the development of such contracts was played by a contract of sale, that, as the oldest and the most common one, can be deemed to be the central paradigm of contracts based on the sole agreement between parties. Among various problems analyzed by Roman jurists regarding the conclusion of the contract of sale and its *essentialia negotii* the particular question was the validity of a contract of sale in case in which the parties did not determine the price themselves but had left it to a third party (*ut quanti Titius rem aestimaverit*). Gaius informs that in the classical law the opinions were divided: Labeo and Cassius did not accept such a settlement of price as valid, while Ofilius and Proculus were of an opposite opinion, but he does not give any information neither about the origin of the above controversy nor the arguments used by the adversaries. The dispute was settled only by Justinian by lying down that a contract of sale at a price to be determined by a third party was conditional – only if the third party had determined the price, the contract of sale became effective. However, both in the classical and Justinian's law it was unacceptable to make a valid contract of sale at a price to be fixed by the purchaser.

The analogous question was treated by Roman jurists in regard to the contract of partnership when they discussed the validity of a *pactum* in which the partners had agreed that their respective shares in the partnership were to be determined by a third person or one of the partners. Such an agreement was treated as valid and the appointee, while determining such shares, was obliged to observe the rules of so called *boni viri arbitrium* based on the principles of *bona fides*. According to this abstract criterion the shares had to be determined in proportion to the contributions made by partners into a partnership.

While trying to explain why the question of determining one of the elements of the contract of sale by a third person was so controversial, while in case of the other consensual contract it did not raise any dispute, various factors should be taken into consideration. First of all, one should observe that the price constituted an *essentiale negotii* of the contract of sale, while determining the shares in

a partnership by the parties was not essential for the concluding of such contract because of the existing presumption that the parties would participate in profits and bear losses in equal shares. Then, the nature of these two contracts was different: in case of the contract of sale there was an opposition between the respective needs and interests of the parties, while in the partnership there was not any such opposition for the partners were acting together in order to achieve common profit. The other factor that could be decisive was the inapplicability of an abstract criterion based on the *bona fides* (*arbitrium boni viri*) for determining the price in the contract of sale as the price was the element whose settlement required the negotiation between the seller and the purchaser.