

KAROLINA WYRWIŃSKA

Uniwersytet Jagielloński

## KAZUS ZŁOTEGO TRÓJNOGA A PRZEDMIOT SPRZEDAŻY W KONTRAKCIE ‘EMPTIO SPEI’

Tytułowy złoty trójnóg, według przekazu Diodora Sycylijskiego<sup>1</sup> wykonany przez samego Hefajstosa, następnie jak podaje Plutarch<sup>2</sup>, wyrzucony do morza przez Helenę Trojańską, został przypadkiem wyłowiony przez rybaków, którzy przed wypłynięciem na połów zdecydowali się sprzedać jego wynik kupcom z Miletu. Po powrocie rybaków rozgorzała dyskusja nad tym, komu ów trójnóg ma przyspaść: rybakowi, w którego sieciach trójnóg się znalazł, czy może kupcom. Z uwagi na nietypowe okoliczności odnalezienia cennego przedmiotu, a także ze względu na jego wartość, postanowiono przekazać rozstrzygnięcie sporu wyroczni Apollina. Zgodnie z przepowiednią trójnóg przyspaść miał najmądrzejszemu wśród śmiertelników. Wobec takiego rozstrzygnięcia postanowiono przekazać trójnóg Talesowi z Miletu, który odmówił jego przyjęcia, twierdząc, że większym mędrce od niego jest Bias z Pireny. Trójnóg posłano więc do Biasa. Ten również nie przyjął trójnoga i polecił odesłać go większemu od niego mędrce.

<sup>1</sup> Diod. Sic. 9,3,2: ... *τρίποδα χρύσειον, ὃν Ἥφαιστος κάμε τεύχων...*

<sup>2</sup> Plut., *Sol.* 4,2: *Κῶων γάρ, ὡς φασι καταρόντων σαγήνην, καί ξένων ἐκ Μιλήτου πριαμένων τὸν βόλον οὐπω φανερόν ὄντα, χρυσοῦς ἐφάνη τρίπους ἐλκόμενος, ὃν λέγουσιν Ἑλένην πλέουσαν ἐκ Τροίας αὐτόθι καθεῖναι χρησμοῦ τινος ἀναμνησθεῖσαν παλαιού...*

W ten sposób złoty trójnóg przechodził od jednego mędrca do innego<sup>3</sup>. W rezultacie, według przekazu Diodora, skarb trafił do Solona z Aten, który przymiot największej mądrości przyznał Apollinowi i jemu ofiarował trójnóg<sup>4</sup>. Z kolei Plutarch twierdzi, że trójnóg trafił ponownie do Talesa z Miletu i to on miał poświęcić go Apollinowi<sup>5</sup>.

Przypadek wyłowienia złotego trójnoga był opisywany także przez Diogenesa Laertiosa<sup>6</sup>, oraz Valeriusa Maximusa. Ten ostatni relacjonował ów „kazus” w następujących słowach:

Val. Max. 4,1, ext. 7: *Huius viri mentio subicit ut de septem sapientium moderatione referam. a piscatoribus in Milesia regione everriculum trahentibus quidam iactum emerat. Extracta deinde magni ponderis aurea Delphica mensa orta controversia est, illis piscium se capturam vendidisse adfirmantibus, hoc fortunam ductus emisse dicente. Qua cognitione propter novitatem rei et magnitudinem pecuniae ad universum civitatis eius populum delata placuit Apollinem Delphicum consuli cuinam adiudicari mensa deberet. Deus respondit illi esse dandam, qui sapientia ceteros praestaret, his verbis: τίς σοφία πρῶτος πάντων; τούτῳ τρίποδ' αὐδῶ. Tum Milesii consensu Thaleti mensam dederunt. ille cessit ea Bianti, Bias Pittaco, is protinus alii, deincepsque per omnium vii sapientium orbem ad ultimum ad Solonem pervenit, qui*

<sup>3</sup> Diog. Laert. 1,13: *Σοφοὶ δὲ ἐνομιζόντο οἶδε: Θαλῆς, Σόλων, Περίανδρος, Κλεόβουλος, Χείλων, Βίας, Πιττακός. τούτοις προσριθμοῦσιν Ἀνάχαρσιν τὸν Σκύθην, Μύσωνα τὸν Χιρναῖα, Φερεκύδην τὸν Σύριον, Ἐπιμενίδην τὸν Κρητῆτα: ἔνιοι δὲ καὶ Πεισιστρατὸν τὸν τύραννον. καὶ οἱ μὲν σοφοί.*

<sup>4</sup> Diod. Sic. 9,3,3: *... τούτῳ δὲ τῷ τρόπῳ καὶ τῶν ἄλλων τῶν ἐπτά σοφῶν ἀποποιεσαμένων τὸν τρίποδα Σόλωνι διδοσθαι δοκοῦντι πάντας ἀνθρώπους ὑπερβεβλήσθαι σοφία τε καὶ συνέσει. τὸν δὲ συμβουλευσαὶ τούτον ἀναθεῖναι Ἀπόλλωνι· τούτον γὰρ εἶναι σοφώτερον πάντων.*

<sup>5</sup> Plut., *Sol.* 4,3: *... εἶτα περιῶν καὶ ἀναπεμπόμενος οὕτως ἐπὶ Θαλῆν τὸ δεύτερον ἀφίκετο, καὶ τέλος εἰς Θήβας ἐκ Μιλήτου κομισθεὶς τῷ Ἰσμηνίῳ Απόλλωνι καθιερώθη.*

<sup>6</sup> Diog. Laert. 1,1,27-33.

*et titulum amplissimae prudentiae et praemium ad ipsum Apollinem transtulit.*

Jak wynika z przywołanego tekstu, Valerius Maximus zdecydował się na przedstawienie argumentów, przemawiających na rzecz zatrzymania trójnoga przez jedną albo drugą stronę zawartej transakcji. Sprzedający połów rybacy twierdzili, że sprzedali wyłącznie ryby, które zdołają złowić, natomiast kupujący wskazywał, że kupił wszystko to, co szczęśliwie schwytają w sieci.

Na kanwie przywołanego tekstu rysuje się interesujący problem oznaczenia przedmiotu sprzedaży w zawartym przez strony kontrakcie kupna – sprzedaży<sup>7</sup>. Bez wątplenia nie stanowi on typowej *emptio-venditio* znanej prawu klasycznemu, zatem kupna – sprzedaży rzeczy istniejącej i, abstrahując w tym miejscu od rozstrzygania problemu dopuszczalności konsensualnej sprzedaży rzeczy oznaczonych *in genere*, określonej.

D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *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 nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur*<sup>8</sup>,

<sup>7</sup> Zob. na ten temat ostatnio J. BENKE, *Aleatorischer Kauf nach römischem Recht*, «OIR» 11/2006, s. 7-29; S. RANDAZZO, *Variabilità del rischio e ricadute sistematiche nella vendita di cosa futura* [w:] *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Catania 2007, s. 453-483.

<sup>8</sup> Przytoczony fragment nie uszedł uwagi uczonych w kwestii podejrzenia o interpolację. Najobszerniejszej krytyki tekstu pod tym kątem dokonali M. Bartošek oraz F. Vassalli. Uczeni uznali za z pewnością interpolowaną frazę: *cum quasi alea emitur*. M. BARTOŠEK, *La 'spes' en droit romain*, «RIDA» 2/1949, s. 50 ze wskazaną tam dalszą literaturą; F. VASSALLI, *La vendita di eredità e la dottrina dell' 'emptio spei'*, [w:] *Studi giuridici*, III.1, Milano 1960, s. 372. Wyrażenie *quia spei emptio est* M. Bartošek uznał za sztuczne i pozbawione własnej treści (tamże), zaś F. Vassalli określił je jako ilustracyjne i tautologiczne (tamże). Argumenty podniesione przez Bartoška i Vassalliego zostały następnie poddane weryfikacji i krytycznej analizie pod kątem zbyt

Analiza przytoczonego fragmentu pozwala kwalifikować zawarty przez strony kontrakt kupna – sprzedaży jako kontrakt *emptio spei*<sup>9</sup>,

daleko idących podejrzeń o interpolację tekstu. W konsekwencji większość uczonych podzieliła stanowisko o klasycznym pochodzeniu tekstu. Zob. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli 1956, s. 119; A. CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura. Desde Roma al la doctrina europea actual*, Salamanca 1963, s. 35; D. DAUBE, *Purchase of a Prospective Haul*, [w:] *Studi in onore di Ugo Enrique Paoli*, Firenze 1955, ss. 205-206, 208. D. Daube analizował tekst pod kątem jego ewentualnego przejścia przez Pomponiusa od Sabinusa i wynikłych z tego nielicznych, ale istotnych zmian. Przyjął pogląd o klasycznym pochodzeniu tekstu, który podzielili następnie J.A.C. THOMAS, *Venditio hereditatis and 'emptio spei'*, «TLR» 33/1959, s. 542; oraz M. KASER, *Erbschaftskauf und Hoffnungskauf*, «BIDR» 74/1971, s. 47.

<sup>9</sup> W piśmiennictwie wskazuje się, że bardziej adekwatną od *emptio spei* nazwą dla omawianego kontraktu jest *emptio aleae*. Zob. A. CALONGE, *op. cit.*, s. 33, M. KASER, *Erbschaftskauf*, *cit.*, s. 48. W tym miejscu warto poświęcić kilka uwag znaczeniu pojęć '*alea*' oraz '*spes*', którymi posługiwali się juryści klasyczni w odniesieniu do oznaczenia nietypowego kontraktu kupna – sprzedaży, który współcześnie jest często, choć niezbyt trafnie, określane jako „kupno nadziei”. J.P. Molitor wskazywał, że pojęcie *alea* oznaczało los, każde zdarzenie, które w sposób pośredni lub bezpośredni wiązało się z możliwością wystąpienia zysku albo straty. Jego zdaniem analiza źródeł rzymskich dowodzi, że pojęciem *alea* posługiwano się zawsze w odniesieniu do: sprzedaży rzeczy, których istnienie było całkowicie wątpliwe, ryzyka transportu albo gier losowych. Zob. J.P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, I, Paris 1851, s. 97. Zdaniem tego autora *alea* oznacza nadzieję w grze losowej i w tym znaczeniu mówi się o *alea* w kontrakcie *emptio spei*. Chodzi bowiem o to, by oddać istotę kupna czegoś niepewnego za cenę, która należy się niezależnie od rezultatu, ponieważ kupowano „jakby nadzieję” (*quasi alea emitur*). Z kolei zdaniem A. Boselli, jeżeli zastosować analogię między mechanizmem typowych umów wymiennych a mechanizmem umów aleatoryjnych, w których pojęcie *alea* oznacza równoczesne występowanie stanów obawy oraz nadziei, to dochodzi do sytuacji, w której ryzyko w umowie aleatoryjnej przychodzi pojmować tak samo jak rzecz w typowej umowie wymiennej. A. BOSELLI, «NNDI», 1/1957, s. 469, s.v. *alea*. Sama idea *spes*, została przez Rzymian przejęta od Greków. Łacińska *spes* stanowi odpowiednik greckiej *ἐλπίς* (Ch. DAREMBERG, E. SAGLIO, E. POTHIER, *Le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, IV,2, Paris 1877-1919, s. 1430-1431, s.v. *spes*) – bogini nadziei, która wydostała się jako ostatnia z otwartej przez Pandorę puszkę (Z. KUBIAK, *Mitologia Greków i Rzymian*, Warszawa 1998, s. 101-102.). W Rzymie kult *spes* rozpowszechnił się w czasie wojen punickich (A. CALONGE, *op. cit.*, s. 31). W znaczeniu powszechnym *spes* oznaczała: nadzieję, oczekiwanie, niepewność, perspektywę na coś. Analizę znaczenia pojęcia *spes* i jego wykorzystania w rzymskiej terminologii prawniczej przeprowadził

zatem jako sprzedaż bezwarunkową, skutkującą po stronie kupującego obowiązkiem zapłaty ceny, bez względu na fakt uzyskania świadczenia ze strony sprzedawcy.

Określenie struktury kontraktu we wskazany wyżej sposób skłania do postawienia pytania dotyczącego sposobu oznaczenia w nim przedmiotu sprzedaży. Rozstrzygnięcie tej kwestii nie jest możliwe w oparciu o leksykalną analizę źródeł. W greckich przekazach obrazujących przypadek wyłowienia trójnoga<sup>10</sup>, na określenie przedmiotu sprzedaży posłużono się pojęciem *ὁ βόλος*, oznaczającym: „wszystko to, co zostało złowione”, „połów”, „sieci”, „sidła”, oraz – co wydaje się interesujące dla dalszych rozważań – „rzut w grze w kości”<sup>11</sup>. W przekazie łacińskim Valerius Maximus użył sformułowania *iactum emerat*, w którym pojęcie *iactus* (*iactus retis*), oznaczające: „zarzucenie sieci”, „zawartość wyciągniętej na brzeg łodzi”, „połów”<sup>12</sup>, jest podobnie

---

w połowie ubiegłego stulecia M. BARTOŚEK, *op. cit.*, s. 19-62. Autor wykazał posługiwanie się tą kategorią pojęciową w prawie osobowym (*spes nascendi, spes libertatis, spes postliminii*), prawie rodzinnym (*spes matrimonii, spes subolis*), prawie spadkowym (*spes successionis, spes hereditatis, spes legati*), wreszcie w prawie zobowiązań (*emptio spei*). W każdym znaczeniu *spes* oznaczała nadzieję, przy czym można dostrzec, że realizacja oczekiwań nie zawsze zależała wyłącznie od przypadku, ślepego losu. Tę myśl rozwinął A. Calonge, który nadał pojęciom *alea* i *spes* nieco odmienne znaczenia. Calonge pod pojęciem *alea* rozumiał traf, los, ryzyko w znaczeniu dosłownym oraz przenośnym. W znaczeniu prawnym *alea* oznaczała, że zawierając umowę strony najpierw decydowały się uczynić ślepy traf przedmiotem łączącej je umowy, a następnie dopiero akceptowały ryzyko związane z możliwością wystąpienia zysków albo strat. Z kolei pod pojęciem *spes* Calonge proponował rozumieć nadzieję, której ziszczenie się jest mniej lub bardziej prawdopodobne. W takim znaczeniu, strony zawierające umowę działają dla nadziei osiągnięcia korzyści, przy czym nadzieja w tym przypadku nie oznacza wyłącznie losu, ślepego trafu. Stanowi ona określoną zmienną, podlegającą ocenie. A. CALONGE, *op. cit.*, s. 31-33 wyróżnił kontrakty aleatoryjne „czyste”, czyli takie, w których wynik – jego zdaniem – zależał wyłącznie od przypadku oraz pozostałe, zatem takie, w których rezultat zależał częściowo od losu, częściowo zaś od określonych czynników zewnętrznych, możliwych do skalkulowania.

<sup>10</sup> Diod. Sic. 9,3,1.; Diog. Laert. 1,1,27; Plut., *Sol.* 4,1.

<sup>11</sup> *Słownik grecko-polski*, oprac. O. JUREWICZ, II, Warszawa 2000, s.v. *βόλος*, s. 152.

<sup>12</sup> *Słownik łacińsko-polski*, red. J. KORPANTY, II, Warszawa 2003, s.v. *iactus retis*, s. 2.

wieloznaczne jak greckie  $\acute{\omicron}$  βόλος. Skoro analiza leksykalna nie pozwala w sposób precyzyjny oznaczyć przedmiotu sprzedaży w zawartym kontrakcie *emptio spei*, powstaje pytanie czy, a jeśli tak, to w jaki sposób możliwe jest jego jednoznaczne określenie. W literaturze romanistycznej prezentowane są w tej kwestii aż cztery poglądy. Zgodnie z pierwszym z nich przedmiot sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* stanowi sama nadzieja. Wedle drugiego jest nim rzecz, która ma się dopiero w przyszłości pojawić. Trzeci, spośród prezentowanych poglądów głosi, że przedmiotem sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* jest alternatywnie: nadzieja na uzyskanie rzeczy albo sama rzecz przyszła, w zależności od uzyskanego rezultatu. Zgodnie z czwartym stanowiskiem, kontrakt konsensualny, mający za przedmiot uzyskanie rzeczy jeszcze nie istniejącej w chwili jego zawarcia, nie powinien być w ogóle kwalifikowany jako kontrakt kupna – sprzedaży.

Uczeni, którzy skłaniają się ku stanowisku, zgodnie z którym w pełni dopuszczalna jest „sprzedaż możliwości niepewnego nabycia”<sup>13</sup>, wskazują na *alea* albo *spes* jako na przedmiot sprzedaży w kontrakcie *emptio spei*. Pojęcia te pojmują jako „los”, „przypadek”<sup>14</sup>, „przedmiot prawdopodobnego świadczenia”<sup>15</sup>, „oczekiwanie”<sup>16</sup>, „nadzieję zysku”<sup>17</sup> albo „czystą nadzieję”<sup>18</sup>. Jakkolwiek termin *alea* nie jest przez

---

<sup>13</sup> G.C. BURCHARDI, *Il Sistema e la Storia interna del Diritto romano privato*, III, Napoli 1857, s. 150.

<sup>14</sup> A. CALONGE, *op. cit.*, s. 33: *La suerte o azar es el objeto; luego las partes aceptan el riesgo de ganancia o pérída.*

<sup>15</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, s. 119: *Qui oggetto di vendita non è propriamente la cosa futura, ma le probabilità che si presentano del se e del quanto della sua produzione (...)*; F. SENN, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domain du droit*, «RHD» 34/1956, s. 171: *... on obtiendra quelque chose ou l'on n'obtiendra rien; on ne le sait.*

<sup>16</sup> D. DAUBE, *Purchase...*, s. 206: *... emptio spei is purchase of an expectation, which may or may not materialize, in contradistinction to purchase of a thing.*

<sup>17</sup> M. KASER, *Erbschaftskauf...*, s. 45: *„... wir mit der ‘emptio spei’ also dem Kauf der Gewinnaussicht”.*

<sup>18</sup> V. KURZ, *‘Emptio rei speratae’ ‘pura’ oder ‘sub condicione’?*, «Labeo» 20/1974, s. 207: *In § 1 [D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 ad Sab.) – przyp. moje K.W.] wird als Ausnahme*

zwolenników wskazanej koncepcji pojmowany jednoznacznie, to wyraźnie dostrzegalna jest wspólna im wszystkim koncepcja, zgodnie z którą dostępne źródła wskazują wprost na dopuszczalność sprzedaży *alea*. Punktem wyjścia dla przyjętego tak stanowiska jest, zaproponowana jeszcze w XIX wieku interpretacja fragmentu D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 *ad Sab.*), jako okoliczności stanowiącej wyjątek od reguły ogólnej, o której jurysta wspomina na początku<sup>19</sup>: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi(...)*<sup>20</sup>. Zaproponowana wyżej interpretacja tekstu Pomponiusa nie została jednak przyjęta przez wszystkich badaczy tej kwestii<sup>21</sup>. W literaturze wskazuje się, że pojęcie *alea* oznacza zbiorcze określenie tego wszystkiego, co reprezentują stany faktyczne wyszczególnione w D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 *ad Sab.*), a zatem odzwierciedla ono tak same interesy spekulacyjne, jak również ewentualne zyski, które mogą zostać odniesione w ich wyniku<sup>22</sup>. W oparciu o te uwagi można postawić tezę, zgodnie z którą posługiwanie się przez jurystów pojęciami *alea*, *quasi alea*, albo *spes* mogło mieć na celu podkreślenie losowego charakteru dokonywanych czynności<sup>23</sup>.

Zgodnie z drugim z prezentowanych w literaturze romanistycznej poglądów, przedmiotem sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* jest nie „nadzieja”, „los”, „oczekiwane zyski”, czy „możliwość niepewnego

---

davon die ‘emptio spei’ behandelt, die zwar ‘sine re venditio’, aber dennoch gültig ist, weil der Kaufgegenstand eine ‘spes’ ist. Cfr. J. BENKE, *op. cit.*, s. 14.

<sup>19</sup> J.P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain*<sup>2</sup>, Paris 1866, s. 110: *Cette règle, qu’il n’y a pas de vente sans chose qui en soit l’objet, ‘sine re’, comme dit la L. 8 §1, D. XVIII, 1, ne reçoit exception que lorsque la vente est aléatoire...* Cfr. A. CALONGE, *op. cit.*, s. 18; F. SENN, *op. cit.*, s. 170 i n.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 249.

<sup>20</sup> D.18,1,8 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*).

<sup>21</sup> F. DE VISSCHER, *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel*, Bruxelles 1914, s. 15; D. DAUBE, *Condition Prevented from Materializing*, «TR» 28/1960, s. 292.

<sup>22</sup> M. KASER, *Erbschaftskauf...*, s. 47-48.

<sup>23</sup> F. ENDEMANN, *Die Lehre von der ‘Emptio rei speratae’ und ‘Emptio spei’* «Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart» 12/1885, s. 356–357; F. DE VISSCHER, *op. cit.*, s. 19.

nabycia”, lecz rzecz przyszła. Uzasadnienia prezentowane przez zwolenników tego stanowiska opierają się na przekonaniu o racjonalności obrotu, co oznacza, że motywacją kupującego, który podjął decyzję o zawarciu takiego kontraktu było dążenie do uzyskania rzeczy, nie zaś stworzenie wyłącznie szansy na jej otrzymanie. Wobec bezwarunkowego charakteru kontraktu *emptio spei*, skutkującego dla kupującego obowiązkiem uiszczenia uzgodnionej ceny niezależnie od faktu uzyskania świadczenia ze strony sprzedawcy<sup>24</sup>, można postawić pytanie o pobudki, którymi mógł kierować się kupujący, zawierając kontrakt ryzykowny dla siebie. Można twierdzić, że zamiar uzyskania określonej rzeczy nie miał w tym przypadku decydującego znaczenia. Gdyby bowiem tak było, korzystniejsze dla kupującego mogłoby być posłużenie się konstrukcją warunkowego ze swej istoty, kontraktu *emptio rei speratae*. Wydaje się, że przyczyną dokonania wyboru kontraktu *emptio spei* mógł być jego aleatoryjny charakter<sup>25</sup>. Losowość jako zjawisko może być rozumiana dwojako: jako czysta przypadkowość, zatem stan, w którym osiągany rezultat zależy wyłącznie od okoliczności zewnętrznych i losowych albo jako ryzyko i niepewność możliwe do rozsądnego skalkulowania<sup>26</sup>. Przyjęcie tezy, że losowość w tym drugim znaczeniu stanowi konstytutywną cechę wszystkich kontraktów aleatoryjnych, pozwala uznać, że o ich zawarciu decyduje nieodłączny element hazardu<sup>27</sup>. Jego występowanie upodabnia-

---

<sup>24</sup> D.19,1,11,18 (Ulp. 32 ad ed.): ... *veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit...* .

<sup>25</sup> A. CALONGE, *op. cit.*, s. 18; F. ENDEMANN, *op. cit.*, s. 356-357; M. KURYŁOWICZ, ‘Alea’ i kontrakty aleatoryjne w prawie rzymskim, «CPH» 36.2/1984, s. 87-88, B. SZARECKA, *Z problematyki umów aleatoryjnych w prawie rzymskim: emptio rei speratae i emptio spei*, «Studia Iuridica Lublinensia» 2/2003, s. 165. R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, s. 247.

<sup>26</sup> M. KURYŁOWICZ, *op. cit.*, s. 89; A. CALONGE, *op. cit.*, s. 33. Ten ostatni jest zwolennikiem poglądu, zgodnie z którym przedmiotem sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* jest *spes*. W konsekwencji wyróżniając wskazane znaczenie *alea*, odniósł je wyłącznie do kontraktów *emptio spei hereditatis* oraz *emptio spei obligationis*.

<sup>27</sup> M. KASER, *Erbschaftskauf...*, s. 50; R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, s. 247.



ło tym samym funkcjonalnie kontrakt aleatoryjny do gry hazardowej. Strony kontraktu przybierały role graczy, z których każdy dążył do zwycięstwa w grze. Kupujący, zawierając kontrakt *emptio spei* zamierzał uzyskać realne świadczenie ze strony sprzedawcy. Niemniej, jak się wydaje, u podłoża zawarcia tego kontraktu znajdowała się tendencja do otrzymania wszystkiego tego, co uda się uzyskać sprzedawcy, przy relatywnie niskiej uzgodnionej cenie. Innymi słowy, kupujący, który decydował się na zawarcie kontraktu *emptio spei* musiał liczyć na osiągnięcie zysku, a zatem oczekiwać, że przedmiot świadczenia kontrahenta przewyższy poniesione tytułem ceny wydatki<sup>28</sup>. Wiązało się to z kolei z koniecznością zaaprobowania przez kupującego faktu występowania wyższego, niż w typowej *emptio – venditio* stopnia ryzyka związanego z uzyskaniem rzeczy. Zawarcie tego typu kontraktu nie było jednak równoznaczne ze zdaniem się kupującego wyłącznie na los, na przypadek. Trudno byłoby bowiem uznać, że „racjonalny kupujący” zawierał kontrakt i przyjmował na siebie obowiązek zapłaty ceny, prognozując jednocześnie, że nie uzyska ze strony sprzedawcy żadnego świadczenia. Bardziej prawdopodobna jest hipoteza, zgodnie z którą kupujący dokonywał szacowania ryzyka i oceniał potencjalną możliwość poniesienia całkowitej straty<sup>29</sup>. W związku z tym można przypuszczać, że wynik takiego obliczenia przesądzał o cenie w kontrakcie, będącej w tym przypadku ceną ryzyka (*periculi pretium*), która osiągała wartości niższe wraz ze wzrostem poziomu ryzyka.

Warto dodać, że jakkolwiek w przypadku zawarcia kontraktu *emptio spei* bez wątplenia większe ryzyko obciążało kupującego, to nie był on jedynym, którego ono obarczało. W mniejszym stopniu ponosił je również sprzedawca, czego dowodzi wspomniany przypadek złotego trójnoga, wyłowionego przypadkiem w rybackich sieciach. Przyjmując, że sprzedawca, zatem w odniesieniu do przekazu źródłowego – rybak, miał obowiązek wydania wszystkiego, co udało mu się złowić w sie-

---

<sup>28</sup> B. NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law*, Oxford 1979, s. 173.

<sup>29</sup> Tamże.

ci, należałoby uznać, że obowiązek wydania rzeczy dotyczył również złotego trójnoga.

Potwierdzenia tezy, że w kontrakcie *emptio spei* przedmiot sprzedaży może stanowić *res*, a nie *spes* zdają się dostarczać same źródła. Chodzi o fragment źródłowy odnoszący się do kontraktu kupna – sprzedaży „nadziei spadku” (*spes hereditatis*): *nam hoc modo admittitur esse venditionem „si qua sit hereditas, est tibi empti”, et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus*<sup>30</sup>, w którym jurysta wyraźnie wskazał na niepewność rzeczy jako na przedmiot sprzedaży. Do tego samego wniosku prowadzi lektura kolejnego fragmentu, odnoszącego się do kupna połowu: *Si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est (...)*<sup>31</sup>.

Przywołany powyżej pogląd, zgodnie z którym przedmiotem sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* jest *spes*, a nie *res futura* wydaje się

---

<sup>30</sup> D. 18,4,11 (Ulp. 32 *ad ed.*). Analizując wskazany fragment źródłowy przez pryzmat skutków zawartego kontraktu, napotyka się na trudności przy próbie wskazania istotnych odrębności między kontraktem *emptio spei hereditatis* a kontraktem *emptio spei*, którego przedmiot stanowił *iactus retis*. W związku z powyższym powstaje pytanie o przyczynę, dla której juryści rzymscy nie przyjęli wprost konstrukcji *emptio spei* we wskazanych przypadkach kupna spadku, decydując się na wykorzystanie analogii, na którą wskazuje wyrażenie *emptio quasi spes hereditatis*. W piśmiennictwie wskazuje się na dwie możliwe przyczyny zastosowania analogii. Zgodnie z pierwszą z nich koncepcja *emptio quasi spes hereditatis* stanowiła wytwór pracy kompilatorów justyniańskich, którzy być może w tym zakresie tylko w niewielkim stopniu korzystali z dorobku jurysprudencki klasycznej (J.A.C. THOMAS, *Venditio...*, s. 541). Wedle drugiej, konstrukcja kontraktu *emptio quasi spes hereditatis* powstała w epoce prawa klasycznego, natomiast przyczyną, dla której zdecydowano się na zastosowanie analogii do *emptio spei*, była funkcja, którą ten kontrakt pełnił (A. CALONGE, *op. cit.*, s. 44). Wydaje się, że jako jedną z podstaw dla stworzenia konstrukcji analogicznej do *emptio spei*, można wskazać chęć uniknięcia lub maksymalnego możliwego ograniczenia spekulacji. *Emptio quasi spes hereditatis* miała pozostać instytucją, z którą nieodłącznie wiązało się ryzyko, jakaś niepewność i losowość, lecz z drugiej strony jasno określono podstawy odpowiedzialności sprzedawcy, który zawierał kontrakt, wiedząc, że nie istniały żadne widoki na jego uzyskanie. Wskazuje na to wyraźnie stwierdzenie, zawarte we fragmencie D. 18,4,12 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *Hoc autem sic intellegendum est, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur*.

<sup>31</sup> D. 19,1,12 (Cels. 27 *dig.*).

trafny – jednakże – jedynie w określonych okolicznościach. Może być uznany za uzasadniony jedynie wówczas, gdy nie powstaną rzeczy, których dotyczyła nadzieja, stanowiąca przedmiot sprzedaży. Nasuwa się natomiast pytanie o to, jak kwalifikować przedmiot kontraktu *emptio spei*, którego wykonanie skutkowało uzyskaniem przez sprzedawcę rzeczy, co do których powstania istniały wątpliwości. Precyzując: czy sprzedawca był zobowiązany do wydania rzeczy, skoro utrzymywał, że sprzedał zaledwie szansę na jej otrzymanie. Inkongruencja wskazanego poglądu została zasygnalizowana jeszcze w XIX w. przez F. Hofmanna<sup>32</sup>. Dla jej wykazania posłużył się przykładem, który, mimo że można uznać za przejaskrawiony, doskonale oddaje istotę problemu. Uczony mianowicie wskazał na przypadek, gdy rybak, powróciwszy po udanym połowie, odmówił kontrahentowi wydania ryb twierdząc, że sprzedał wyłącznie nadzieję na jego uzyskanie i z tego zobowiązania się wywiązał, w związku z czym zdecydował, że połów zachowuje dla siebie<sup>33</sup>.

Kolejny prezentowany w piśmiennictwie pogląd zakłada, że przedmiotem sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* była nadzieja lub rzecz, w zależności od wyniku realizacji zobowiązania wynikającego z zawartego kontraktu kupna-sprzedaży<sup>34</sup>. Tym samym kwalifikacja świadczenia uzależniona zostaje od efektu sprzedaży, następuje *ex post*. Wobec powyższego, jeżeli w rezultacie realizacji zobowiązania pojawiłaby się rzecz, dla której uzyskania kupujący zdecydował się zawrzeć kontrakt *emptio spei*, należałoby przyjąć, że to właśnie ona stanowiła jego przedmiot. W przeciwnym wypadku trzeba byłoby uznać, że wyłączny przedmiot świadczenia w tego typu kontrakcie kupna – sprzedaży stanowiła szansa na uzyskanie czegoś. Przeprowadzone tak rozumowanie wydaje się przynosić kompromisowe stanowisko w kwestii oznaczenia przedmiotu sprzedaży w kontrakcie *emptio spei*. Niestety, jego akceptacja nie prowadzi do rozwiązania postawionego na wstępie problemu, a jedynie przesuwając moment konieczności dokonania oznaczenia

---

<sup>32</sup> F. HOFMANN, *Über das Periculum beim Kauf*, Wien 1870, s. 108.

<sup>33</sup> Tamże.

<sup>34</sup> F. DE VISSCHER, *op. cit.*, s. 29-30.

przedmiotu świadczenia na etap późniejszy niż zawarcie kontraktu. Alternatywne określenie przedmiotu sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* czyni niemożliwym wskazanie momentu nastąpienia *perfectio* kupna<sup>35</sup>, który, w odniesieniu do typowej *emptio – venditio* miał istotne znaczenie z punktu widzenia ustalenia chwili przejścia na kupującego ryzyka przypadkowej (w znaczeniu *casus maior*<sup>36</sup>) utraty rzeczy, w myśl zasady *periculum est emptoris*<sup>37</sup>. Mimo, że kontrakt *emptio spei* nie stanowił typowego kontraktu kupna – sprzedaży, to ustalenie momentu, w którym zachodziła *perfectio* kupna miało kluczowe znaczenie dla ustalenia momentu przejścia na kupującego ryzyka. Jedyna różnica dotyczyła faktu, że w odniesieniu do kontraktu *emptio spei* nie chodziło o ryzyko utraty rzeczy. Z oczywistych powodów nie można utracić czegoś, co jeszcze nie powstało, w konsekwencji wydaje się, że odnosząc wskazaną zasadę do kontraktu *emptio spei*, należy *periculum* pojmować jako ryzyko niepowstania rzeczy, na skutek niezależnych od sprzedawcy przyczyn. Przyjęcie poglądu o alternatywnym oznaczeniu przedmiotu świadczenia sprzedawcy nie pozwala ustalić momentu, w którym następowała *perfectio* kupna, co skutkuje brakiem możliwości określenia chwili przejścia ryzyka niepowstania rzeczy na kupującego. Kolejna słabość wspomnianego poglądu polega na trudnościach

---

<sup>35</sup> D. 18,6,8 pr. (Paul. 33 ad ed.): *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio...*

<sup>36</sup> F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 533.

<sup>37</sup> W literaturze wskazywano, że idea *perfectio emptionis* była wytworem dopiero kompilatorów justyniańskich. Tezę powyższą poddano w wątpliwość, wskazując, że zaginięcie lub utrata rzeczy sprzedawanej w sprzedaży warunkowej, stanowiła zapewne istotny problem praktyki, w wyniku czego musiała wzbudzać zainteresowanie już jurystów klasycznych. Prawdopodobnie w oparciu o ten ostatni argument współcześnie przyjmuje się, że zasada *periculum est emptoris* swoje źródło miała w prawie klasycznym. V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, s. 250; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, München 1955, s. 552; I. MOLNÁR, 'Periculum emptoris' im römischen Recht der klassischen Periode [w:] *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli 1984, s. 2227; F. SCHULZ, *op. cit.*, s. 532; F. DE ZULUETA, *op. cit.*, s. 33; R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, s. 282.

z określeniem treści zobowiązania sprzedawcy na chwilę zawarcia kontraktu. Jak wspomniano, alternatywne oznaczenie przedmiotu świadczenia sprzedawcy skutkowało sprecyzowaniem jego treści *ex post*, zatem dopiero wówczas, gdy rzecz uzyskano albo gdy jej nie uzyskano. Wobec tego nie istnieje możliwość jednoznacznego stwierdzenia, że w chwili zawarcia kontraktu, zobowiązanie sprzedawcy polegało wyłącznie na *facere*, czego konsekwencją było przyjęcie, że był on zobowiązany wyłącznie do podjęcia czynności mających na celu osiągnięcie pożądanego rezultatu albo że polegało także na *dare*, zatem na obowiązku wydania uzyskanych rzeczy kupującemu<sup>38</sup>. Rozstrzygnięcie tych kwestii nie posiada waloru czysto teoretycznego. Określenie treści zobowiązania stron miało kluczowe znaczenie dla oceny ich odpowiedzialności oraz dla oszacowania rozmiaru odszkodowania, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania<sup>39</sup>. Uznanie za trafny poglądu o alternatywnym określeniu przedmiotu sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* wiązałoby się z koniecznością zaakceptowania błędu *circulus vitiosus* sprowadzającego się do przyjęcia za przesłankę wnioskowania tego, co dopiero powinno zostać dowiedzione<sup>40</sup>. W odniesieniu do wskazanego poglądu rozumowanie wygląda nastę-

---

<sup>38</sup> Problem oznaczenia treści zobowiązania sprzedawcy w kontrakcie *emptio spei* podjął w swojej monografii A. Calonge. Swoje tezy autor oparł na analizie fragmentu D. 19,1,12 (Cels. 27 dig.): *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*. Uczony, stojąc na stanowisku, że przedmiotem sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* jest nie rzecz, lecz tylko sama *spes* lub *alea*, stwierdził, że rybak nie mógł być zobowiązany do *dare rem*, ponieważ nie miał pewności, czy uda mu się efektywnie uzyskać jakąś rzecz, ani też nie mógł być zobowiązany do *facere*, ponieważ jego aktywność polegać miała na czymś więcej, niż tylko na działaniu polegającym na „spróbowaniu szczęścia”. Jego zdaniem: „... encerraba fundamentalmente la obligación de entrega del producto de la pesca”. Ostatecznie A. Calonge nie sprecyzował treści zobowiązania sprzedawcy, poprzestając na stwierdzeniu, że zbliżało się ono do świadczenia usług lub najmu dzieła. Zob. A. CALONGE, *op. cit.*, s. 39.

<sup>39</sup> Zob. D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 *ad Sab.*); D. 19,1,1 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 19,1,12 (Cels. 27 dig.); D. 19,1,21 *pr.* (Paul. 33 *ad ed.*).

<sup>40</sup> Z. ZIEMBIŃSKI, *Logika praktyczna*, Warszawa 2009, s. 196.

pująco: skutki prawne kontraktu *emptio spei* są określane w oparciu o oznaczenie jego przedmiotu, przy czym oznaczenie przedmiotu kontraktu można ocenić dopiero przez pryzmat skutków prawnych, które powstają w wyniku jego zawarcia<sup>41</sup>.

Z kolei zwolennicy ostatniego spośród prezentowanych poglądów, upatrują w zawierającym przez strony czynności raczej kontraktu najmu dzieła (*locatio – conductio operis*) albo kontraktu spółki, powołanej dla realizacji pojedynczego przedsięwzięcia (*societas unius rei*)<sup>42</sup>. Uznanie za trafne takiego stanowiska oznaczałoby jednak usunięcie w sposób sztuczny problemu konieczności kwalifikacji *venditio sine re*. Odnosząc się do źródłowego przypadku kupna połowu, można dostrzec, że źródło zobowiązania rybaka mógł stanowić kontrakt *locatio – conductio operis* albo kontrakt *societas (unius rei)*. Nie można również wykluczyć sytuacji, że strony, dążąc do minimalizacji ryzyka, decydowały się, dla osiągnięcia rezultatu w postaci uzyskania przyszłego połowu ryb lub ptaków, na zawarcie jednego ze wskazanych wyżej kontraktów. Niemniej jednak wydaje się, że tego typu kontrakty, o ile w ogóle występowały w praktyce obrotu, mogły jedynie stanowić alternatywę dla *emptio spei*. Ze źródeł jednoznacznie wynika, że juryści rzymscy wyraźnie akcentowali, że to właśnie kontrakt kupna – sprzedaży stanowi źródło zobowiązania w przypadku nabycia *iactus retis* albo *iactus missilium*: *Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur...*<sup>43</sup>; *Si iactum retis emero...*<sup>44</sup>; ... *cum futurum iactum retis a piscatore emimus...*<sup>45</sup>. Dlatego też należy stwierdzić, że już tylko w oparciu o leksykalną analizę źródeł, ostatni z prezentowanych w piśmiennictwie poglądów wydaje się najslabiej uzasadniony. Stanowisko jurystów w odniesieniu do kupna *iactus retis*, *captus piscium*, czy *mis-*

---

<sup>41</sup> F. ENDEMANN, *op. cit.*, s. 399

<sup>42</sup> J. BENKE, *op. cit.*, s. 13-14; R. KNÜTEL, *Hoffnungskauf und Eviktionshaftung*, [w:] *Kaufen nach Römischem Recht*, red. E. JAKAB W. ERNST, Berlin-Heidelberg, 2008, s. 145-146.

<sup>43</sup> D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 *ad Sab.*).

<sup>44</sup> D. 19,1,12 (Cels. 27 *dig.*).

<sup>45</sup> D. 19,1,11,18 (Ulp. 32 *ad ed.*).

*silia* jest jednoznaczne – zawsze posługują się na ich określenie pojęciami *emptio spei* (*quia spei emptio est* – D. 18,1,8,1), albo *emptio aleae* (*quasi alea emitur* – D. 18,1,8,1).

Wydaje się, że tylko przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym przedmiotem sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* jest rzecz, pozwala rozstrzygnąć węzłowe kwestie, związane z określeniem przedmiotu zobowiązania sprzedawcy oraz zakresu jego odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Przede wszystkim staje się wówczas możliwe oznaczenie momentu nastąpienia *perfectio* kupna<sup>46</sup>. Skoro bowiem kontrakt *emptio spei* był bezwarunkowy, cena została przez strony uzgodniona, a przedmiot świadczenia oznaczony, choć z oczywistych przyczyn niedookreślony ilościowo i jakościowo, to można przyjąć, że *perfectio* kupna następowała już w chwili zawarcia kontraktu. W konsekwencji od tego momentu kupującego obciążało ryzyko niepowstania rzeczy, na skutek niezależnych od sprzedawcy przyczyn. Następnie, przyjęcie, że przedmiotem sprzedaży w kontrakcie *emptio spei* jest rzecz umożliwia określenie przedmiotu zobowiązania oraz przedmiotu świadczenia. Jednoznacznie można wówczas stwierdzić, że zobowiązanie sprzedawcy polegać miało na *facere*, czyli podjęciu czynności zmierzających do uzyskania rzeczy, natomiast przedmiotem świadczenia było wydanie tego, co potencjalnie uzyskał sprzedawca. Ponadto zaakceptowanie tego poglądu ułatwia wyznaczenie granic odpowiedzialności stron (głównie sprzedawcy) za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Odpowiedzialność sprzedawcy w omawianym przypadku rozciągała się na etap poprzedzający zawarcie umowy, gdzie istotnego znaczenia nabierało, pożądanę z punktu widzenia wyniku kontraktu, powinno zachowanie stron kontraktujących (obowiązki przedkontraktowe). Tytułem przykładu można wskazać stanowisko jurystów w kwestii przyznania kupującemu *iactus retis* skargi z tytułu kupna (*actio empti*) także w przypadku, gdy rybak odmówił zarzucenia sieci, czyli nie podjął czynności zmierzających do uzyskania rzeczy, których wykonanie

---

<sup>46</sup> D. 18,6,8 pr. (Paul. 33 *ad ed.*).

wyczerpywało treść jego zobowiązania<sup>47</sup>. Pewnych trudności interpretacyjnych dostarczać może kwestia miarkowania wysokości odszkodowania, z powodu braku rozstrzygnięcia tego zagadnienia we fragmentach źródłowych<sup>48</sup>. W takim przypadku, z uwagi na fakt, że przedmiot świadczenia opiewał na *incertum*, odszkodowanie podlegało oszacowaniu<sup>49</sup>. Jego wysokość mogła przekraczać wartość rzeczy, ponieważ przy jej ustalaniu sędzia powinien wziąć pod uwagę ogół okoliczności składających się na wykonanie zobowiązania<sup>50</sup>.

#### THE CASE OF THE GOLDEN TRIPOD AND THE SUBJECT OF SALE IN THE CONTRACT OF 'EMPTIO SPEI'

##### Summary

The article analyzes the question of the subject of sale in the contract of *emptio spei*. The starting point for this study is the source document by Valerius Maximus, describing the case of finding a golden tripod by fishermen, who before sailing out sold the result of their work to Miletus merchants. After the return of the fishermen a dispute arose over whom the find should be awarded to: the sellers or the buyers. The solution to this particular case depends on the accepted position on the subject of sale in the contract called the sale of hope. Literature of the subject presents four views on the matter. According to the first one, the subject of sale in the

---

<sup>47</sup> D. 19,1,12 (Cels. 27 *dig.*). Por. uwagi w przyp. 38.

<sup>48</sup> D. 18,1,62,1 (Mod. 5 *reg.*): ... *ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*. Przyjmuje się jednak, że odszkodowanie obejmowało raczej wyłącznie zwrot nakładów i wydatków poniesionych przez kupującego w związku z zawarciem kontraktu (odszkodowanie określane współcześnie mianem odszkodowania w granicach ujemnego interesu umownego). Zob. J. MACKINTOSH, *The Roman Law of Sale*, Edinburgh 1907, s. 111; R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, s. 245.

<sup>49</sup> S. RANDAZZO, *op. cit.*, s. 476 i n.

<sup>50</sup> D. 19,1,1 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empti est.*



contract of *emptio spei* is hope itself. However according to the second view it is the item, the subject that will appear in the future. The third among the presented views proclaims that the subject of sale in the contract of *emptio spei* is alternatively: hope of obtaining the item or the item itself, depending on the achieved result. The fourth view, in which the consensual contract calls for receiving a subject nonexistent in the moment of sale, should not be qualified as the contract of purchase-sale.

The article presents advantages and disadvantages arising from accepting each of these views. Considering all of the mentioned views on the subject the author regards the second opinion, according to which the contract of *emptio spei* is always *res future* as the best. Accepting this opinion allows to evaluate the time of *perfectio* of sale, allows naming the subject of obligation of the seller as well as the range of liability of the parties arising from the title of failure to perform or improper performance of the contract.