

ZUZANNA BENINCASA

Uniwersytet Warszawski

KONTRAKT SPÓŁKI JAKO ALTERNATYWNA DLA POŻYCZKI MORSKIEJ FORMA PRAWNA FINANSOWANIA HANDLU MORSKIEGO

Najbardziej znaną w literaturze romanistycznej formą prawną, w ramach której odbywało się finansowanie handlu morskiego był kontrakt pożyczki morskiej¹. Charakterystyczną cechą tego wywodzącego

¹ Kontrakt ten, pomimo iż jest przedmiotem badań romanistów już od stuleci (odnośnie do literatury wcześniejszej niż dziewiętnastowieczna por. KLINGMÜLLER, s.v. '*fenus*', «RE» 6/1909, s. 2205), nadal budzi zainteresowanie i wzbudza ożywione dyskusje, w których ich uczestnicy spierają się co do fundamentalnych kwestii dotyczących tego kontraktu. Z uwagi na greckie korzenie tej umowy, jednym z fundamentalnych problemów dyskutowanych w odniesieniu do rzymskiej *pecunia traiecticia* jest sposób, w jaki kontrakt ten został recypowany do prawa rzymskiego. Z problemem tym bezpośrednio związane jest zagadnienie struktury jurystycznej tego kontraktu i umiejscowienia go w rzymskim systemie prawa, a więc kwestia, czy *pecunia traiecticia* stanowiła odmianę kontraktu nazwanego *mutuum* (a więc Rzymianie przejmując ten kontrakt z prawa greckiego dopasowali go do znanego im schematu kontraktów nazwanych), czy też stanowiła odrębny rodzaj umowy, kontrakt nie mieszczący się w ramach sztywnego systemu kontraktowego, autonomiczną strukturę, której zaskarżalność nadawała *stipulatio* zastrzegająca karę umowną na wypadek nie wywiązania się dłużnika ze zobowiązania do zwrotu pożyczki. Spośród innych zagadnień, wokół których koncentrowała się dyskusja dotycząca tego kontraktu w literaturze romanistycznej, należy wymienić przede wszystkim problematykę związaną z przedmiotem kontraktu (czy były to wyłącznie pieniądze, czy również towary nabyte za te pieniądze), zagadnienie ryzyka związanego z nawigacją (czy *periculum creditoris* należało do elementów przedmiotowo istotnych,

się z prawa greckiego kontraktu² było przejęcie przez pożyczkodaw-

czy stanowiło element naturalny albo dodatkowy w strukturze tego kontraktu), problem zastrzegania odsetek i ich charakter, ochrona procesowa stron i wreszcie dodatkowe gwarancje chroniące interesy stron. Autorami, którzy mieli swój niewątpliwy wkład w studia nad kontraktem *pecunia traiectica* w prawie rzymskim byli F. De Martino i A. Biscardi, którzy w latach trzydziestych ubiegłego stulecia rozpoczęli dyskusję nad poszczególnymi zagadnieniami dotyczącymi tego kontraktu, dyskusję, która mimo upływu czasu nadal inspirowa badaczy rzymskiego prawa handlowego. Wykaz bogatej literatury poświęconej zagadnieniu pożyczki morskiej patrz: A. CASTRESANA HERRERO, *El prestamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, Salamanca 1982; G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, «An. Pal.» 39/1987, s. 189-335 = G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, [w:] *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Rubbettino 1996, s. 95-239. Najnowsze publikacje poświęcone temu kontraktowi to: H. ANKUM, *Some Aspects of Maritime Loans in Old-Greek and in Roman Law*, [w:] *Timai*, Athen 2000, s. 293-306; J.G. WOLF, *Aus den neuen pompeianischen Urkundensfund: Die 'naulotike' des Menelaos – Seedarlehen oder Seefrachtvertrag*, [w:] *'Iuris Vincula'. Studi in onore di Mario Talamana*, Napoli 2001, s. 421-463; H. ANKUM, *Noch einmal: Die nauulotike des Menelaos in TP 13 (=TPSulp. 78 – ein Seedarlehen oder ein Seefrachtvertrag?)*, [w:] *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems. Studies in Honour of Wiesław Litewski*, Kraków 2003, s. 15-23; I. ŽEBER, *Kilka uwag o handlu morskim w prawie rzymskim*, «Acta UW» 2501 «Prawo» 285/2003, s. 43-52; S. SCHUSTER, *Das Seedarlehen in den Gerichtsreden des Demosthenes mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: dāneion nautikōn, fenus nauticum und Bodmeri*, Berlin 2005 oraz recenzja z tej pracy G. Thūra, «ZSS» 124/2007, s. 682-684; E. CHEVREAU, *La traiectica pecunia: un mode de financement du commerce international*, «MHSDB» 65/2008, s. 37-47 B. STELZENBERGER, *Kapitalmanagement und Kapitaltransfer im Westen des Römischen Reiches*, «Pharos» 23/2008, s. 108-123.

² Na temat kontraktu pożyczki morskiej w prawie greckim por. przede wszystkim U.E. PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze 1939, s. 9-137; J. VÉLISSAROPOULOS, *Les nauclères grecs. Recherches sur les institutions maritimes en Grèce et dans l'Orient hellénisé*, Geneve-Paris 1980, s. 301-311; G. PURPURA, *Tabulae Pompeiane 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo*, [w:] *Atti del XVII Convegno Internazionale di Papirologia*, Napoli 1984, s. 1245-1266 = [w:] *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Rubbettino 1996, s. 243-264. przyp. 1, A. CASTRESANA HERRERO, *El prestamo marítimo griego*, cit., s. 20-50; E. E. COHEN, *Athenian Finance: maritime and landed Yields*, «Classical Antiquity» 8/1989, s. 207-223; S. SCHUSTER, *op. cit.*; E. M. HARRIS, *Law and Economy in Classical Athens: [Demosthenes] against Dionysodoros*, [w:] *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens: Essays on Law, Society and Politics*, Cambridge 2006, s. 143-162.

cę, finansującego przedsięwzięcie związane z handlem morskim, ryzyka utraty pożyczonych środków w sytuacji, w której statek, na którym pożyczkobiorca transportował nabyte z pożyczonych środków towary nie dopłynął do portu przeznaczenia. Zastrzeżenie warunku *si salva navem pervenerit*, przenoszącego ryzyko utraty kwoty stanowiącej przedmiot pożyczki wskutek zdarzenia siły wyższej mającego miejsce w czasie podróży morskiej, na pożyczkodawcę, było istotnym elementem odróżniającym ten kontrakt od zwykłego kontraktu *mutuum*, w którym od momentu wręczenia przedmiotu pożyczki ryzyko przypadkowej jego utraty ponosił pożyczkobiorca. Ryzyko ponoszone przez wierzyciela było rekompensowane zastrzeżeniem w kontrakcie odsetek przewyższających limity ustawowo przewidziane dla zwykłej pożyczki³. Pożyczkodawca, w znacznym stopniu miał zapewniony wpływ na wykorzystanie środków pochodzących z pożyczki: ustalał wspólnie z pożyczkobiorcą trasę i termin podróży oraz zwyczajowo sprawował nadzór nad przedsięwzięciem poprzez swojego agenta podróżującego razem z pożyczkobiorcą. Niekiedy również taki agent był umocowany przez pożyczkodawcę do podejmowania decyzji dotyczących umowy, a nawet brał bezpośrednio udział w realizowanym przez pożyczkobiorcę przedsięwzięciu, świadcząc różnego rodzaju *opera*⁴.

³ W prawie greckim odsetki te zwyczajowo wynosiły około 33% kwoty zainwestowanego kapitału i jak można przypuszczać także w odniesieniu do rzymskiego kontraktu *pecunia traiecticia* wysokość takich odsetek kształtowała się na porównywalnym poziomie, chociaż fragment Pauli Sententiae mówi nawet o *infinitas usura*. Por. PS. 2,14,3: ... *quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest*. Funkcja tych odsetek była inna niż tradycyjna rola jaką pełniły odsetki w zwykłej pożyczce. Nie stanowiły one bowiem wynagrodzenia, jakie otrzymywał wierzyciel za pozostawienie do dyspozycji pożyczkobiorcy swojego kapitału, ale były swego rodzaju wynagrodzeniem za ryzyko, które ponosił wierzyciel, w związku z tym, iż w przypadku nie spełnienia się warunku *si salva navis pervenerit*, nie mógł żądać od dłużnika zwrotu pożyczonych pieniędzy. Por. G. PURPURA, *Tabulae Pompeiane*, cit., 256-263.

⁴ Aby ograniczyć i kontrolować przyjęte na siebie ryzyko, pożyczkodawca zastrzegł sobie w kontrakcie wiele postanowień, mających na celu zminimalizowanie ryzyka nastąpienia zdarzeń, które mogłyby spowodować nieziszczenie się warunku zawieszającego *si salva navis pervenerit*. Do takich zastrzeżeń można zaliczyć przede wszystkim umowne określanie trasy podróży i dat, w których powinny

Istota tego kontraktu polegała więc na podziale ryzyka związanego z realizacją przedsięwzięcia wiążącego się z koniecznością transportu towaru statkiem między pożyczkodawcę i pożyczkobiorcę. Pożyczkodawca, dostarczający środków finansowych na zrealizowanie wyprawy handlowej, ponosił ryzyko utraty zainwestowanych środków w sytuacji, w której z powodu zdarzenia niezależnego od woli ludzkiej nie spełnił się warunek *si salva navis pervenerit*, natomiast pożyczkobiorca brał na siebie bezpośrednio ryzyko związane z nawigacją podróżując i inwestując pożyczzone pieniądze. W zamian za przejęcie na siebie określonego ryzyka, obie strony miały ekspektatywę udziału w znacznych zyskach, jakie przynieść miało wspólne przedsięwzięcie gospodarcze. Jeżeli statek wraz z towarami nabytymi ze środków pochodzących z pożyczki dopłynął szczęśliwie do portu przeznaczenia, wówczas pożyczkodawca otrzymywał z powrotem zwrot zainwestowanych pieniędzy oraz wysokie odsetki, będące *de facto* jego udziałem w zysku. Pożyczkobiorcy przypadała zaś pozostała po sprzedaży towarów część zysków.

być podjęte poszczególne etapy rejsu, co służyło wyeliminowaniu tras i portów potencjalnie niebezpiecznych oraz ominięciu pór roku, w których żegluga stawała się zbyt niebezpieczna z uwagi na niepewne warunki pogodowe. Innym sposobem, na zmniejszenie ryzyka pożyczkodawcy, było określenie terminu (*dies praestitutus*), przekroczenie granic którego powodowało, niezależnie od tego czy statek wypłynął z portu, czy do niego przyплыł, zwolnienie go z ryzyka wiążącego się z żegluga. Tym samym pożyczkodawca zabezpieczał się przed przekroczeniem przez pożyczkobiorcę umówionych terminów podróży przewidzianych w kontrakcie i w konsekwencji przedłużeniem podróży na okres, w którym zwiększało się ryzyko związane z nawigacją. Kolejnym sposobem zminimalizowania ryzyka obciążającego pożyczkodawcę była praktyka wysyłania w podróż z pożyczkobiorcą niewolnika-agenta, którego zadaniem było nadzorowanie przebiegu realizacji kontraktu pod kątem ustaleń poczynionych w umowie i ewentualnie podejmowanie decyzji o natychmiastowej spłacie pożyczki. Wspomniane instrumenty służyły wzmocnieniu prawdopodobieństwa ziszczenia się warunku *si salva navis pervenerit*, a więc zapewnieniu pożyczkodawcy możliwości skutecznej realizacji jego roszczenia o zwrot zainwestowanej kwoty wraz z odsetkami. Dzięki ich zastosowaniu wierzyciel mógł w takim zakresie, w jakim było to możliwe, zaplanować i kontrolować ryzyko jakie brał na siebie inwestując pieniądze w przedsięwzięcie związane z handlem morskim, realizowane przez inną osobę. Por. w szczególności D. 45,1,122,1; D. 22,2,4,1.

Analogiczne cele jak poprzez zawarcie kontraktu pożyczki morskiej mogły być osiągnięte poprzez zawarcie konsensualnego kontraktu *societas*.

Kontrakt spółki będący podstawową formą prawną, w której realizowano wspólne prowadzenie działalności gospodarczej, dawał wspólnikom szerokie możliwości w zakresie tworzenia ram organizacyjnych dla prowadzonej przez nich działalności. Z jednej strony, mógł być wykorzystywany do osiągnięcia swoich tradycyjnych celów, to jest do zgromadzenia kapitału niezbędnego do realizacji zamierzonej inwestycji i rozdzielenia ryzyka związanego z nawigacją i handlem morskim między kilku wspólników. Wówczas każdy ze wspólników zobowiązywał się do wniesienia określonego wkładu majątkowego do spółki i połączone środki wspólników służyły do realizacji wspólnego celu mającego przynieść określone profity, które miały być rozdzielone między uczestników spółki w stosunku do posiadanych przez nich udziałów. Z drugiej zaś strony, stanowił kontrakt ten alternatywną dla pożyczki morskiej formę prawną finansowania przedsięwzięć związanych z handlem morskim i jednocześnie sposób inwestowania posiadanego majątku w takie przedsięwzięcia, w przypadku w którym tylko jeden ze wspólników wносił wkład majątkowy, drugi zaś swoją wносił jako wkład do spółki swoją pracę polegającą na zorganizowaniu i realizacji przedsięwzięcia oraz wzięciu na siebie ryzyka związanego z nawigacją⁵.

O gotowości do podejmowania ryzyka związanego z podróżami, w tym podróżami morskimi, jako szczególnego rodzaju wkładzie

⁵ Druga z tych funkcji nie jest doceniana przez badaczy zajmujących się rzymskim prawem morskim, być może przywiązanych zbyt mocno do tradycyjnego postrzegania pożyczki morskiej jako typowej instytucji służącej finansowaniu przedsięwzięć gospodarczych związanych z handlem morskim. Na możliwości, jakie dawał kontrakt spółki w zakresie finansowania handlu morskiego, zwrócili jednak uwagę Rougé oraz Rathbone. Por. J. ROUGÉ, *Prêt et Société maritimes dans le monde Romain*, [w:] *The Seaborne Commerce of Ancient Rome: Studies in Archeology and History*, ed. J.H. D'ARMS-E.C. KOPF, «Memoirs of the American Academy in Rome» 36/1980, 291-303, s. 291-303; D. RATHBONE, *The financing of maritime commerce in the Roman empire, I-II AD*, [w:] *Credito e moneta nel mondo romano. Atti degli incontri capresi 2000*, Bari 2003, s. 211-212.

niepieniężnym do spółki, informacji dostarcza tekst komentarza *ad Sabinum* Ulpiana D. 17,2,29,1:

D. 17,2,29,1 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subaet solus.*

Ulpian, powołując się na poglądy Cassiusa i Sabinusa, stwierdza, iż możliwe jest zawarcie spółki, w której jeden ze współników będzie wykluczony od udziału w stratach, mając jednak przyznany udział w zyskach ze wspólnego przedsięwzięcia. Takie porozumienie będzie uznane za ważne, jeżeli wartość świadczonej pracy równoważy wartość poniesionej straty, co uzasadnione jest przekonaniem, iż często wkład niemajątkowy do spółki, wkład polegający na świadczeniu pracy (*industria*), świadczony przez współnika do spółki jest tak ważny, iż *de facto* ma większą wartość niż wkład kapitałowy wniesiony przez pozostałych współników. Jako przykład aportu mającego taką szczególną wartość, uzasadniającą wykluczenie współnika, który go wniósł od udziału w stracie, Ulpian podaje wkład współnika, ponoszącego jako jedyny ponosi w spółce ryzyko związane z nawigacją i niebezpiecznymi podróżami⁶.

Powyższy tekst pozostaje w logicznym związku z *principium* tego fragmentu, także pochodzącym z trzydziestej księgi komentarza Ulpiana *ad Sabinum*, gdzie jurysta ten rozważa zagadnienie dopuszczalności *pactum*, w którym współnicy zastrzegli, iż ich udziały w spółce będą nierówne.

⁶ Pomimo wysuwanych zarzutów pod adresem autentyczności tego fragmentu, w najnowszej literaturze nie podważa się jego klasycznego charakteru. Por. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Milano 1997, s. 83 wraz z podaną literaturą.

D. 17,2,29 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Si non fuerint partes societatis adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.*

Ulpian po stwierdzeniu, iż elementem naturalnym umowy spółki jest postanowienie, w myśl którego wspólnicy w równych częściach partycypują w zyskach i stratach, zapytuje, czy jeżeli te zostały przez samych wspólników ustalone jako nierówne, to takie porozumienie będzie uznane za ważne. Jurysta wypowiada się aprobująco o możliwości zawarcia takiego porozumienia, jeżeli jest to uzasadnione nierównością wkładów wniesionych przez nich do spółki. Zasada równości udziałów ma więc zastosowanie wtedy, gdy strony nic innego nie uzgodniły w umowie spółki, jeżeli natomiast udziały te zostały określone jako nierówne, wówczas ta nierówność musi mieć uzasadnienie w braku ekwiwalentności wniesionych do spółki wkładów. W końcowej części tego fragmentu Ulpian podaje przykłady możliwych rodzajów wkładów do spółki. Obok wkładu pieniężnego (*pecunia*)⁷ wymienia również pracę wspólnika (*opera*), wreszcie wspomina też o tym, że właściwie wspólnik może wnieść do spółki każdą rzecz mającą znaczenie dla realizacji zamierzonego przez wspólników celu gospodarczego (*vel cuiuscumque alterius rei causa*)⁸. Wydaje się, iż jurysta celowo zrezygnował z enumeratywnego wyliczenia wartości ekonomicznych, mogących stanowić wkład do spółki, zdając sobie sprawę z różnorodności sposobów, dzięki którym wspólnicy mogli dążyć do osiągnięcia wspólnego celu, i niejednorodności elementów, które miały wpływ jego osiągnięcie.

⁷ Por. D. 50,16,78pr. (Ulp. 50 *ad Sab.*): *'pecuniae' verbum complectitur; vero omnem omnino pecuniam, hoc est omnia non solum numeratam pecuniam corpora: nam corpora quoque pecuniae appellatione nemo est qui ambiget.*

⁸ Autentyczność tej części tekstu zakwestionował V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli 1950, s. 107, jednak wydaje się, iż trafnie G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., s. 185-192 broni jego oryginalności.

Podobny problem, aczkolwiek z nieco innej perspektywy, jest przedmiotem rozważań Proculusa w piątej księdze *epistulae*⁹. W tekście D. 17,2,80 Proculus zastanawia się nad decyzją arbitra, który ustalił udziały wspólników w sposób na pierwszy rzut oka zaskakujący, jeden ze wspólników miałby bowiem uczestniczyć w zyskach i stratach w 1/1000 a drugi w 999/1000, i podobnie jak Ulpian stwierdza, iż taka nierówność udziałów jest uzasadniona, jeżeli wkłady wnoszone przez wspólników pozostają do siebie w równie rażącej dysproporcji. Jako możliwe rodzaje wkładów Proculus wymienia *opera, industria, gratia* oraz wkład majątkowy polegający na wniesieniu *pecunia*.

D. 17,2,80 (Proc. 5 *epist.*): *Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duofundemille] 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.*

Kolejny tekst potwierdzający związek między wartością wniesionych wkładów do spółki a udziałami partnerów w zyskach i stratach to fragment komentarza Pomponiusa *ad Sabinum*, w którym jurysta ten rozważa problem *pactum* powierzającego określenie takich udziałów jednemu ze wspólników. Pomponius podobnie jak Proculus, odwołuje się do *arbitrium boni viri*¹⁰ jako kryterium ich wyznaczenia. Analogicznie do tekstów omawianych wcześniej podstawą do ustalenia tych udziałów,

⁹ Tekst ten stanowi logiczną kontynuację fragmentów pochodzących z tej samej księgi, dotyczących kwestii arbitrażu, a w szczególności, odwołania się do *arbitrium boni viri* przy ustalaniu udziałów w zyskach i stratach przypadających na poszczególnych *socii*. Por. D. 17,2,76; D. 17,2,78.

¹⁰ Zastosowanie tego kryterium wynikało z charakteru spółki będącej kontraktem opartym na *bona fides*. Owa dobra wiara wyznaczała granicę swobody wspólników 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 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 okolicznościach mających znaczenie dla realizacji zamierzonego przez

zgodnie z *arbitrium boni viri*, ma być wartość wkładów wnoszonych przez współników do spółki – czy to w formie środków finansowych, czy też pracy czy *industria*.

D. 17,2,6 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Si societatem meum 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.*

W omówionych tekstach zostały przedstawione przykłady różnego rodzaju wkładu do spółki, którego wartość znajduje swoje odzwierciedlenie w ustalonych w umowie udziałach w zyskach i stratach przypadających na poszczególnych *socii*¹¹. Obok wkładu majątkowego, pierwotnie mającego zasadnicze znaczenie w spółce¹², możliwe było także wniesienie do spółki bardzo szeroko rozumianej pracy, niezbędnej do realizacji zamierzonego przez współników celu spółki. Szczególne znaczenie w tym katalogu mają rodzaje wkładu, które juryści określają terminami *gratia* i *industria*. Pojęcie *gratia*,

wspólników celu. Por. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., s. 61-75 wraz z cytowaną tam literaturą.

¹¹ Obok *industria* i *gratia* na określenie wkładu niepieniężnego wnoszonego przez współnika juryści używają także terminów *peritia* i *ars* – D. 17,2,52,7; D. 17,2,52,2. Por. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., s. 172-183.

¹² Por. D. 17,2,5 pr.-1 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius. 1. Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. donationis causa societas recte non contrahitur.* Fragment ten, aczkolwiek pochodzący z komentarza *ad edictum*, ze względu na użyte sformułowania *patrimonium*, *aequae facultates*, *pauperior* jest interpretowany w kontekście spółki wszystkich majątków, chociaż zasada wyrażona przez Ulpiana ma niewątpliwie charakter bardziej uniwersalny. Według Ulpiana wkład polegający na świadczeniu pracy ma charakter komplementarny do wkładu majątkowego i pełni funkcję kompensacyjną w stosunku do kapitału, którego wartość nie jest wystarczająca na tyle, by dopuścić współnika do udziału w spółce.

z bogatą gamą znaczeniową, używane jest na określenie okoliczności związanych z osobą konkretnego współnika i najczęściej odnosi się do jego pozycji społecznej, kontaktów, znajomości, faktu, iż osoba ta jest osobą znaną, o nieskazitelnej reputacji, cieszącą się powszechnym szacunkiem, zasługującą na wdzięczność ze strony innych osób (często wpływowych). Ten rodzaj wkładu, jak zauważa Santucci, miał szczególne znaczenie w rzymskim kontekście społecznym i gospodarczym, gdzie wiele relacji, poczynając od osób najniżej stojących w hierarchii do tych najwyżej postawionych, opierało się na związkach czysto personalnych i relacjach klienteli¹³. Z kolei wkład określany mianem *industria*, rozumiany jest jako szczególna cecha pracy świadczonej na rzecz spółki, cecha odnosząca się do starannego działania współnika, jego kreatywności, operatywności, przedsiębiorczości, a także gotowości podejmowania ryzyka¹⁴. Gotowość podejmowania ryzyka związanego z podróżami jest więc w tym kontekście szczególnego rodzaju *industria*, mającą wyjątkową wartość z uwagi na to, iż współnik je ponoszący ryzykuje własne życie dla spółki. Wkład ten został oceniony przez Ulpiana jako mający szczególne znaczenie dla realizacji wspólnego celu, co znalazło swój wyraz w stwierdzeniu, iż współnik go wnoszący *plus societati conferat quam pecunia*. Wyjątkowy charakter tego rodzaju wkładu polegał, z jednej strony na tym, iż wartość, którą narażał współnik podróżując drogą morską jaką stanowiło jego własne życie, była niewspółmierna do wartości pieniędzy wnoszonych do spółki, z drugiej strony, wkład ten miał wyjątkowe znaczenie dla realizacji celu spółki, bowiem o powodzeniu wspólnego przedsięwzięcia decydował nie tyle zainwestowany w nie kapitał, ale przede wszystkim umiejętność wykorzystania tego kapitału dla osiągnięcia zysku. Gotowość po-

¹³ Na temat wkładu polegającego na świadczeniu *gratia* por. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., s. 151-172, który porównuje ten rodzaj wkładu z koncepcją „credito personale” jako szczególnego rodzaju wkładu do spółki. Por. G. SANTUCCI, *Il credito personale del socio. Un profilo della teoria dei conferimenti alla luce della tradizione romanistica*, [w:] *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, s. 395.

¹⁴ Na temat znaczenie terminu *industria* por. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., s. 111-151.

dejmowania ryzyka związanego z podróżami morskimi została więc uznana za wartość mogącą stanowić wkład do spółki ekwiwalentną do wartości inwestowanych przez pozostałych *socii* we wspólne przedsięwzięcie środków finansowych.

Ulpian przywołuje kasus wspólnika, który jako swój wkład wnosi do spółki gotowość ponoszenia ryzyka związanego z nawigacją (*item si solus naviget, si solus peregrineretur, pericula subaet solus*), aby zilustrować sytuację, gdy uzasadnione jest *pactum* wykluczające wspólnika od udziału w stratach, przy jednoczesnym przyznaniu mu określonego udziału w zyskach ze wspólnie prowadzonej działalności. Zagadnienie to było jednym z punktów polemiki dotyczącej możliwości ustalenia nierównego udziału w zyskach i w stratach na rzecz jednego ze wspólników, która to polemika przeszła do historii jako *magna questio*¹⁵ i jest uważana w doktrynie za echo dyskusji toczących się między jurystami, w których ścierały się ze sobą dwie koncepcje tego kontraktu, tradycyjna czyli statyczna, postrzegająca ten kontrakt jako wspólnotę majątkową oraz dynamiczna, czyniąca ze spółki instrument prowadzenia działalności gospodarczej nastawionej na zdobywanie zysków.

Informacji o *magna questio* dostarczają dwa teksty: G. 3,149 fragmentu z Instytucji Gaiusa i I. 3,25,2 z Instytucji Justyniana. Pośrednio kwestię tą porusza też Paulus w szóstej księdze komentarza *ad Sabinum*:

G. 3,149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse existimavit. Sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in*

¹⁵ O jej znaczeniu może świadczyć fakt, iż nie tylko Gaius przedstawił ją na wstępie swojego wykładu dotyczącego spółki w Instytucjach, ale również kilkaset lat później kompilatorzy justyniańscy uznali za celowe zamieścić wzmiankę o *magna questio* w *Institutiones*.

societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.

- I. 3,25,2: *De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur; ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur; quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superseset intellegatur lucri esse.*

- D. 17,2,30 (Paul. 6 ad Sab.): *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*

Dyskusja, której bohaterami byli dwaj wielcy juryści okresu republikańskiego, dotyczyła następującej kwestii: czy możliwe jest poro-

zumienie między wspólnikami przyznające jednemu z nich większy udział w zysku, a mniejszy w stracie wynikającej z działalności spółki. Quintus Mucius, reprezentujący stanowisko bardziej konserwatywne względem młodszego i bardziej liberalnego Serviusa, uważał takie porozumienie za sprzeczne z naturą spółki (*contra naturam societatis esse existimavit*)¹⁶. Jego adwersarz natomiast nie tylko dopuszczał zawarcie spółki na takich zasadach, ale – co więcej – uznawał ważność umowy spółki, na mocy której jeden ze wspólników byłby wykluczony od udziału w stratach, uczestnicząc jedynie w podziale korzyści¹⁷.

Tradycyjnie autorzy zajmujący się problemem *magna quaestio* upatrują w niej właśnie odbicia konfrontacji dwóch wizji kontraktu spółki, gdzie stanowisko zajmowane przez Quintusa Muciusa mogłoby stanowić interpretowane jako dowód przywiązania tego ostatniego do patrymonialistycznej koncepcji spółki, w której wkład polegający na świadczeniu pracy nie był uwzględniany w końcowym rozliczeniu między wspólnikami. Opcja proponowana przez Serviusa miałyby być remedium na owo „upośledzenie” *opera* we wzajemnych rozliczeniach między wspólnikami w tym sensie, iż niemożność potrącenia sobie od zysku brutto wkładu polegającego na świadczeniu pracy (przy

¹⁶ Odnośnie do autentyczności odwołania się do *natura societatis* w cytowanym fragmencie por. F. HORAK, ‘*Rationes decidendi*’ *Entscheidungsgründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen 1969, s. 161-162.

¹⁷ Bezdyskusyjna była natomiast kwestia niedopuszczalności wykluczenia wspólnika od udziału w zyskach. Ulpian w tekście D. 17,2,29,2 stwierdza, że takie porozumienie nie prowadziło do zawarcia kontraktu spółki, jako że byłby to *iniquissimus genus societatis*, który, jak twierdzi Ariston, Cassius miał zwyczaj nazywać lwią spółką. D. 17,2,29,2 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ea qua quis damnum, non etiam lucrum spectet*. Niemożność zawarcia spółki, w której jeden ze wspólników byłby wykluczony od udziału w zyskach, partycypując jedynie w stratach wiązała się z zakazem zawierania spółki *donationis causa*. Por. D. 17,2,5,1. Na temat “lwiej spółki” por. A. GUARINO, *La società col leone*, «Labeo» 28/1982, s. 7-16; J. M. BLANCH NOUGÈS, *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» 11/2008, s. 17-30.

jednoczesnym założeniu, że wspólnik wnoszący do spółki wkład majątkowy wycofywał ten wkład w końcowym rozliczeniu) miała być zrównoważona wykluczeniem wspólnika, który taki wkład wnosił, od udziału w stratach¹⁸.

Zdaniem Wiaeckera¹⁹ punktem spornym w dyskusji między jurystami był sposób dokonywania rozliczenia w spółce, w której jeden ze wspólników wnosił jako wkład nie tylko kapitał, ale również pracę, albo partycypował w spółce wyłącznie w formie świadczonych dla spółki usług lub pracy. Według tego autora, w momencie finalnego rozliczenia się w spółce, kiedy dokonywano *compensatio lucri cum damno*, jeżeli spółka zakończyła działalność z zyskiem, wówczas wspólnik wnoszący kapitał od tego zysku netto potrącał sobie wniesio-

¹⁸ Por. E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris 1928, s. 133-135; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, «BIDR» 42/1934, s. 165-194; A. WATSON, *Some cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law*, «TR» 31/1963, s. 88; TENZE, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, s. 137 i n.; 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*, Roma 1987, s. 63-68; A. WATSON, *The Notion of Equivalence of Contractual Obligation and Classical Roman Partnership*, «The Law Quarterly Review» 97/1981, s. 275-286; 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, I, Milano 1988, s. 224-232; M. FUENTESECA, *La magna quaestio societatis y otros problemas del contrato de sociedad romano*, «Dereito» 7.1: 35-36/1998, s. 35-65; J. D. HARKE, *Societas als Geschäftsführung*, «RIDA» 73/2005, s. 51-54; J. M. BLANCH NOUGÈS, *op. cit.*, s. 1-13. Nieco inni punkt widzenia został zaproponowany przez Wiaeckera i Bona, zdaniem których problemem, który leży u podstaw *magna quaestio* było odmienne traktowanie wkładu polegającego na świadczeniu przez wspólnika określonej *opera* dla spółki. Por. F. WIAECKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gessellschaftsrechts*, I, Weimar, 1936, s. 251-268; F. BONA, *Contributi alla storia della 'societas univorsorum quae ex quaestu veniunt' in diritto romano*, [w:] *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Torino 1968, s. 443-461, w szczególności 448; M. FUENTESECA, *op. cit.*, s. 58-60.

¹⁹ F. WIAECKER, *op. cit.*, 251-268.

ny do spółki kapitał i dopiero tym, co pozostało dzielił się z pozostałym *socius*. Jeżeli natomiast spółka zanotowała straty przekraczające wartość wniesionego kapitału, wówczas wspólnik świadczący pracę jako wkład do spółki był obowiązany zwrócić drugiemu wspólnikowi część zainwestowanego przez niego w spółkę kapitału. Taki sposób sporządzania bilansu i rozliczania się między wspólnikami, zdaniem Wiaeckera, upośledzał w spółce pozycję wspólnika świadczącego pracę, jako że ten, w wypadku wypracowania przez spółkę zysku netto nie miał prawa potrącenia od tego zysku wartości świadczonej dla spółki pracy, tak jak to robił wspólnik wnoszący kapitał, w wypadku zaś straty, nie tylko tracił bezpowrotnie swoją pracę, ale także był obowiązany w części wynagrodzić stratę w kapitale wniesionym przez drugiego wspólnika. Innowacja wprowadzona przez Serviusa miałyby więc polegać, zdaniem Wiaeckera, na polepszeniu sytuacji wspólnika świadczącego pracę w tym sensie, że jeżeli spółka wypracowała zysk, wspólnik ten partycypował w nim w większej części niż wspólnik kapitałowy (w ten sposób otrzymywał niejako wynagrodzenia za swoją pracę świadczoną dla spółki), jeżeli zaś spółka nie tylko nie przyniosła zysku ale również straciła zainwestowany w nią kapitał, wspólnik wnoszący pracę w całości lub części był zwolniony od ponoszenia tej straty.

Interpretacja zaproponowana przez Wiaeckera została skrytykowana przez Horaka²⁰, którego zdaniem intencją Serviusa nie było zrównanie pod względem wartości ekonomicznej wkładu polegającego na świadczeniu pracy i wkładu pieniężnego²¹, a jedynie uznanie za do-

²⁰ F. HORAK, *op. cit.*, s. 158-161.

²¹ Zdaniem Horaka przyjęcie interpretacji proponowanej przez Wiaeckera zakładało przyznanie lepszej pozycji wspólnikowi świadczącemu pracę, w sytuacji, kiedy spółka zakończyła działalność ze stratą, wspólnik świadczący pracę tracił bowiem jedynie swoją pracę, natomiast wspólnik wnoszący do spółki wkład majątkowy tracił zainwestowany w spółkę majątek oraz musiał partycypować w całości w stratach. Horak wyszedł jednak z założenia, że wykluczenie wspólnika świadczącego pracę od udziału w stratach odnosi się nie do straty w kapitale wniesionym przez drugiego z *socii*, ale w odniesieniu na przykład do zobowiązań zaciąganych przez *socii* wobec osób trzecich. Wydaje się natomiast, że intencją Serviusa było uniknięcie sytuacji,

puszczalne zawarcia *pactum*, zapewniającego w umowie spółki uprzywilejowaną pozycję wspólnikowi świadczącemu dla spółki pracę mającą szczególne znaczenie dla realizacji zamierzonego przez *socii* wspólnego celu. Ponieważ wspólnik świadczący taką pracę dla spółki nie otrzymywał za nią żadnego dodatkowego wynagrodzenia²², formą przyznania mu ekwiwalentu za jej świadczenie mogło być przyznanie mu wyjątkowej względem pozostałych *socii* pozycji w spółce, wyrażającej się w przyznaniu mu większego udziału w zyskach niż przypadający na innych wspólników, przy założeniu, że w stratach uczestniczy w jednakowym bądź mniejszym stopniu niż pozostali.

Sceptyczne stanowisko wobec interpretacji Wiaeckera zajął również Talamanca²³, zdaniem którego zagadnienie, które legło u podstaw dyskusji relacjonowanej przez jurystów jako *magna questio*, dotyczyło spółek, opartych na współwłasności majątku między wspólnikami, których cel był inny, niż administrowanie tym wspólnym majątkiem wniesionym przez *socii* do spółki, i kwestii pozycji w spółce wspólnika wnoszącego wkład polegający na *opera*, w sytuacji, gdy spółka poniosła stratę przewyższającą wartość wniesionego przez jej uczestników majątku²⁴. Taka sytuacja, przy założeniu iż wspólnicy

w której wspólnik świadczący dla spółki jedynie pracę musiałby uczestniczyć w stracie kapitału, wnoszonego przez innych wspólników.

²² Zdaniem tego autora było to wyrazem niechęci rzymskich jurystów do hybrydowych konstrukcji prawnych, stanowiących połączenie kilku innych znanych konstrukcji, w tym konkretnym wypadku spółki i umowy o odpłatne świadczenie pracy.

²³ M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, [w:] *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. GIARDINO, A. SCHIAVONE, Roma 1991, s. 24-30.

²⁴ Dla tego autora, fundamentalne znaczenie dla rozstrzygnięcia problemu, który legł u podstaw *magna quaestio*, miał podział wkładów na wkłady wnoszone do spółki *quoad usum*, a więc wyłącznie do dyspozycji spółki w celu realizacji zamierzonego przez *socii* przedsięwzięcia, bez możliwości ich zbycia bądź konsumpcji, oraz wkłady wnoszone *quoad sortem*, a więc z założeniem, iż zostaną one zużyte bądź zbyte w toku działalności spółki. Talamanca wyłączył *a priori* z problematyki *magna quaestio* ten pierwszy rodzaj wkładów wychodząc z założenia, iż zawsze były one zwracane wspólnikowi, który oddał je do dyspozycji spółki przy dokonywaniu finalnego rozliczenia i zawęził

w równych częściach partycypują w zyskach i stratach, wymagałaby od współnika świadczącego pracę wyrównania części straty w kapitale wniesionym przez pozostałych *socii*, co mogłoby być dla niego kłopotliwe. Skoro świadczył on dla spółki jedynie pracę, prawdopodobnie nie dysponował żadnym majątkiem stąd, postulat Serviusa, by w tym szczególnym przypadku zwolnić go od obowiązku partycypowania w takiej stracie. Talamanca twierdził, iż Quintus Mucius, podobnie jak Servius, dopuszczał udział w spółce współnika świadczącego pracę i swobodę współników w ustalaniu ich wzajemnych udziałów w spółce. Punktem spornym w dyskusji z Serviusem był jedynie sposób traktowania współnika wnoszącego pracę w sytuacji, w której spółka zanotowała stratę przekraczającą wartość wniesionego kapitału. Wówczas Servius uważał, że współnik, który świadczył pracę powinien być wykluczony, w całości lub w części, od uczestniczenia w tej stracie (w zależności od tego, czy wnosił tylko wkład niemajątkowy, czy też uzupełniał pracą mniejszą w porównaniu z wkładami pozostałych *socii* wartość wnoszonego wkładu majątkowego), z czym nie zgadzał się Quintus Mucius, twierdząc, iż jest to

dyskusję między dwoma wielkimi jurystami do zagadnienia wkładów wnoszonych do spółki na własność. Kolejnym etapem dla Talamanca było rozróżnienie dwóch typów spółek: „*società di gestione*” i „*società di godimento*”. W tych ostatnich, których najlepszym przykładem była *societas omnium bonorum*, cel spółki zostaje osiągnięty poprzez wniesienie do współwłasności aktualnie posiadanych przez *socii* majątków i zobowiązanie do podziału między pozostałych *socii* przyszłych korzyści (przy czym *socii* nie mają obowiązku prokurowania takowych korzyści). W tej spółce *partes lucri et damni* nie mogą być pojmowane inaczej niż jako udziały we wspólnym majątku, który podlega podziałowi między współników, niezależnie od tego, kto i ile przysporzył spółce w czasie jej trwania. Ponieważ źródła nie dostarczają żadnych podstaw do stwierdzenia, iż sposób rozliczeń w przypadku „*società di gestione*” był odmienny, autor ten uznał, iż podobnie współnicy dokonywali rozliczeń i w tym typie spółki, tak więc od wypracowanego zysku brutto nie odliczano ani wartości wkładów majątkowych, ani tych polegających na świadczeniu *opera* dla spółki. Wspólnik świadczący dla spółki pracę miał udział w podziale majątku spółki, nie tylko tym przysporzonym w czasie jej trwania, ale również wniesionym do spółki przez innych współników, i w ten sposób realizowano zasadę pełnej ekwiwalentności między wkładem majątkowym a wkładem polegającym na *opera*.

sprzeczne z naturą spółki, by udział w zyskach i stratach był różny w odniesieniu do tego samego współnika.

W najnowszej literaturze także Santucci w swojej monografii poświęconej zagadnieniu *opera* jako wkładu w rzymskiej spółce poddał krytyce wcześniejsze interpretacje *magna quaestio*²⁵. Zdaniem tego autora źródłem kontrowersji między dwoma wielkimi jurystami okresu późnej republiki była nie tylko kwestia rozliczania strat przekraczających wartość wniesionego kapitału, ale przede wszystkim odmienne traktowanie wkładu współnika nie polegającego na wniesieniu do spółki określonego majątku. Santucci stwierdził, iż jest prawdopodobne, iż stanowisko jakie zajął Quintus Mucius w tym sporze było konsekwencją przywiązania tego jurysty do schematu *societas omnium bonorum* opartego na równości udziałów nie tylko w odniesieniu do udziału w zysku i udziału w stracie, ale również równych udziałów przyznanych poszczególnym uczestnikom spółki²⁶. Podejmując próbę re-

²⁵ Por. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., s. 49-53.

²⁶ Santucci twierdzi, iż Quintus Mucius – w odróżnieniu od Serviusa – będący zwolennikiem koncepcji *ius strictum*, był dużo bardziej przywiązany do schematu *societas omnium bonorum*, opartego na idei równości udziałów, zarówno w zysku i stracie, jak i przypadających na rzecz poszczególnych *socii*. Idea, w myśl której udziały w spółce należące do poszczególnych współników powinny być równe, według tego autora pojawia się nawet w rozumowaniu jurystów z III w n.e., tak więc sugeruje on, iż problemem było nie tylko to, czy współnik może mieć inny udział w zysku, a inny w stracie, ale również to, czy w ogóle dopuszczalne jest to, żeby udziały w spółce nie były równe. Na poparcie swojej hipotezy Santucci odwołuje się do fragmentów, w których dyskutowane jest zagadnienie arbitrażu w kwestii ustalenia udziałów w zysku i stracie (D. 17,2,76; D. 17,2,78; D. 17,2,80 D. 17,2,6). Dyskutowany w tych tekstach problem dotyczy dopuszczalności ustalenie przez osobę trzecią udziałów współników w zyskach i stratach i legalności takiego ustalenia (*ratum id iure societatis sit*) w sytuacji, gdy udziały te zostały ustalone jako nierówne. Proculus wyjaśnia, że jeżeli ustalenie udziałów było zgodne z *arbitrium boni viri*, wówczas jest ono ważne, nawet jeżeli wyznaczone udziały miałyby pozostawać w stosunku do siebie w rażącej dysproporcji, tak jak w przykładzie przedstawiony w D. 17,2,80. *Arbitrium boni viri* zakładało w tym przypadku kierowanie się względami *bona fides* i ustalenie wartości tych udziałów proporcjonalnie do wartości wkładów wniesionych przez współników. Santucci kwestionuje dotychczasowe interpretacje tych fragmentów, które koncentrują się na zagadnieniu legalności powierzenia osobie trzeciej określenia udziałów między

konstrukcji poglądów Quintusa Muciusa na zagadnienie *opera* jako alternatywnego dla wniesienia kapitału sposobu uczestnictwa w spółce, Santucci dochodzi do wniosku, iż jurysta ten, chociaż dopuszczał partycypowanie w spółce w inny sposób, niż poprzez wniesienie wkładu majątkowego, traktował wkład polegający na świadczeniu pracy z mniejszym zainteresowaniem. Uznanie zaś tych dwóch rodzajów wkładów za ekwiwalentne nie było dla niego rzeczą oczywistą z uwagi na silnie zakorzenioną w świadomości tradycyjną koncepcję spółki, opartej na współwłasności majątków między wspólnikami, i ta konfrontacja między dwoma typami spółek znalazła swój wyraz w *magna quaestio*, gdzie dyskutowano swobodę różnicowania udziału w spółce i swobodę wyceny wkładu wspólnika.

Interpretacja zaproponowana przez Santucciego nie jest jednak w pełni przekonująca. W moim przekonaniu teksty dotyczące *magna quaestio* nie uprawniają do nadania temu zagadnieniu znaczenia tak uniwersalnego jak proponuje ten autor, a źródła będące w jego opinii dowodem na to, iż odejście od zasady równości udziałów w spółce było nawet dla jurystów z okresu prawa klasycznego zagadnieniem dyskusyjnym mogą być interpretowane w odmienny sposób²⁷.

wspólnikami, i twierdzi, że problemem będącym właściwym źródłem słynnej *magna quaestio* była także kwestia, czy udziały między poszczególnymi wspólnikami mogą nie być równe, na co wskazywać ma jego zdaniem odwołanie się do koncepcji równości udziałów jako alternatywy dla rozstrzygnięcia zaproponowanego przez Nerwę. Por. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., s. 53-60.

²⁷ W szczególności dotyczy to tekstów odnoszących się do kwestii *arbitrium boni viri*: D. 17,2,76; D. 17,2,78; D. 17,2,80 oraz D. 17,2,6, bowiem zagadnienie, które podejmuje Proculus w swoich *epistulae* koncentrowało się moim zdaniem na zagadnieniu ważności ustalenia udziałów w spółce, a więc pośrednio i wyceny wkładów dokonanej przez osobę trzecią, podczas gdy sama nierówność tych udziałów nie wydaje się być źródłem kontrowersji. Wydaje się więc, iż słuszna jest tradycyjna doktryna upatrująca źródło problemu w kwestii, czy w kontraktach opartych na porozumieniu między stronami możliwe jest ustalenie przez strony elementów tego kontraktu w taki sposób, iż odwołają się do decyzji osoby trzeciej, a nie pytaniu, czy udziały między wspólnikami mogą nie być równe. Gdyby bowiem założyć, że intencją Proculusu było rozważenie dopuszczalności nierównych udziałów w zyskach i stratach, nie byłoby żadnego motywu dla konstruowania przez tego jurystę przykładu, w którym określenie tych udziałów zostało powierzono osobie trzeciej, ponieważ bardziej przejrzysty byłby

Niewątpliwie słusznie Autor ten przypisuje Quintusowi Muciusowi przywiązanie do schematu *societas omnium bonorum*, o czym świadczy fakt, iż interpretuje on pojęcia *lucrum* i *damnum* w znaczeniu, w jakim funkcjonowały w tym typie spółki, tym niemniej źródła, traktujące o *magna quaestio*, wyraźnie sugerują, iż kluczowym punktem w tej dyskusji była dla jurystów sytuacja wspólnika wnoszącego pracę w momencie, w którym działalność spółki zakończyła się stratą zainwestowanego kapitału²⁸. Jak słusznie zauważył Talamanca, w spółce typu *omnium bonorum* taka sytuacja była w zasadzie niemożliwa, bowiem wspólnicy na bieżąco dzielili się uzyskanymi zyskami i poniesionymi stratami, a w momencie ustania spółki po prostu rozdzie-

casus, w którym udziały zostały określone jako nierówne przez samych wspólników. Po drugie, wydaje się, 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, w innym przypadku bowiem kwestia, czy taki arbitraż jest ważny czy nie, straciła by na aktualności, ponieważ niezależnie od tego, czy uznano by ustalenia arbitra za zgodne z *ius societatis* czy też nie, udziały wspólników byłyby uznane za równe (w pierwszym przypadku zgodnie z rozstrzygnięciem danym przez wyceniającego, w drugim zgodnie z zasadą, w myśl której, jeżeli wspólnicy nic nie ustalili w kwestii wysokości ich wzajemnych udziałów domniemywano, iż są one równe). Tak więc odwołanie się do idei równości udziałów między wspólnikami 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 Nerva nie miałoby mocy prawnej, z konieczności zakładało to nieistnienie jakiegokolwiek *pactum* między wspólnikami w przedmiotowej kwestii, a więc prowadziło by do zastosowania domniemania równości takich udziałów. Należy ponadto zauważyć, iż podobny problem był dyskutowany przez jurystów także w odniesieniu do kontraktu *emptio venditio*, gdzie rozważano zagadnienie, czy cena może być ustalona przez osobę trzecią, w której to dyskusji to właśnie Proculus był zwolennikiem poglądu, iż takie *pactum* jest dopuszczalne. Por. G. 3,140.

²⁸ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., s. 51 uważa, moim zdaniem niesłusznie, że w źródłach trudno jest wprost odnaleźć przykłady spółek, które znalazły się w tej niefortunnej sytuacji, iż prowadzona przez wspólników działalność przyniosła stratę. Takie sytuacje opisane są m.in. we fragmentach D. 17,2,52,4 czy D. 17,2,58 pr., kiedy to cel spółki nie został zrealizowany a majątek przeznaczony do realizacji celu spółki został utracony.

lali między siebie wspólny majątek. Inaczej sytuacja przedstawiała się w przypadku *societas* typu *questuaria*, gdzie mogło okazać się, iż wspólne przedsięwzięcie nie przyniosło spodziewanych zysków, a zainwestowany kapitał nie został odzyskany²⁹. Potwierdza to przypuszczenia, iż zagadnienie określane jako *magna quaestio* pojawiło się w rozważaniach jurystów w związku transformacją kontraktu spółki w instrument prowadzenia działalności gospodarczej nastawionej na zdobywanie zysków i odejściem od koncepcji spółki opartej na współwłasności majątku między wspólnikami, której celem było jedynie administrowanie wspólnym majątkiem.

Chociaż teksty źródłowe nie dostarczają bezpośrednio informacji na temat sposobu dokonywania rozliczeń z tytułu wspólnie prowadzonej działalności między wspólnikami w przypadku, w którym spółka nie tylko nie osiągnęła spodziewanego zysku, ale także zanotowała straty przekraczające wartość wniesionego kapitału, pośrednio możliwa jest jego rekonstrukcja w oparciu o fragmenty, które analizują *casus* utraty „majątku spółki” i zagadnienie, kiedy taka strata będzie uznana za wspólną.

W przypadku wkładu *quoad sortem* i spółki opartej na schemacie *societas omnium bonorum*, a więc mającej na celu jedynie wspólne korzystanie i administrowanie wniesionym przez wspólników majątkiem, strata wniesionych wkładów majątkowych – niezależnie od tego czy stanowiły je rzeczy oznaczone gatunkowo czy indywidualnie – była traktowana zawsze jako strata obciążająca obu wspólników, co wynikało z faktu istnienia między nimi współwłasności przedmiotów należących do spółki. W takim wypadku wspólnik świadczący pracę nie był obowiązany nic zwracać drugiemu wspólnikowi, a więc ryzyko utraty zainwestowanego majątku obciążało wyłącznie wspólnika, który go wniósł. Przypadek takiej spółki opierającej się na współwła-

²⁹ Talamanca proponował jednak zawęzić znaczenie *magna quaestio* tylko do takich spółek, innych niż *societas omnium bonorum*, w których wspólnik wносił kapitał na własność spółki, bowiem uważał, iż w przypadku wkładów *quoad usum*, wkład ten byłby zawsze wycofywany ze spółki po jej zakończeniu. Wydaje się jednak, iż problem dyskutowany przez jurystów dotyczył właśnie tych ostatnich spółek, w których sytuacja wspólnika świadczącego pracę nie była do końca sprecyzowana.

sności majątku między współnikami jest analizowany przez Celsusa we fragmencie D. 17,2,58 pr. Jurysta mówi o spółce zawartej *habendae quadrigam*, w której obaj współnicy wnosili do współwłasności określone składniki majątkowe (*ego* – jednego konia, *tu* – trzy konie). Jeżeli jeden z koni padł, wówczas strata była uznawana za wspólną, ponieważ dotyczyła wspólnego majątku³⁰. Innym przykładem spółki opierającej się na współwłasności określonego majątku, w której jednak majątek ten pochodził od tylko jednego z *socii*, natomiast wkład drugiego współnika polegał na świadczeniu pracy, była spółka zawarta

³⁰ D. 17,2,58 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si id quod quis in societatem contulit extinctum sit, videndum an pro socio agere possit. tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad eptulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et egeum unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.* Jak informuje Ulpian, Celsus w siódmej księdze swoich digestów rozważał dwa stany faktyczne. Pierwszy stan faktyczny odpowiada sytuacji, w której osoba A (nazywana w tekście „Ty”) ma trójkę koni a osoba B (nazywana w tekście „Ja”) jednego i umawiają się, iż A weźmie 4 konie i sprzeda jako komplet do kwadrygi i przekaże B jedną czwartą ceny, w którym to przypadku, jeżeli koń B zdechł przed zrealizowaniem celu spółki, B nie ma żadnych roszczeń do A, bo celem spółki nie było posiadanie kwadrygi ale sprzedaż tej kwadrygi. Drugi z przedstawionych stanów faktycznych, w części analogiczny do pierwszego (A ma trójkę koni, B jednego), to sytuacja, w której współnicy umawiają się, iż B przekaże A swojego konia celem ustanowienia współwłasności kompletu koni do kwadrygi, w której to współwłasności A będzie miał trzy czwarte udziału a B jedną czwartą. W tym ostatnim przypadku Celsus, w przypadku śmierci jednego z koni, uznaje, iż spółka istnieje nadal i strata jest wspólna. Rozróżnienie tych dwóch stanów faktycznych przedstawionych przez Celsusa odwołuje się do rozróżnienia spółki opartej na schemacie *societas omnium bonorum*, opartej na wspólności majątków ich uczestników, której celem było posiadanie i zarząd tym majątkiem (*habendae*) i spółce, której celem jest osiągnięcie zysku (*questus*) czyli spółce, w której wspólny jest tylko ten właśnie zysk, rozumiany jako przychód z zawieranych kontraktów *emptio venditio* i *locatio conductio*, której szczególną odmianą była *societas unius negotii*, czyli spółka zawarta w celu zrealizowania pojedynczej transakcji sprzedaży (*vendendae*). Por. Z. SŁUZEWSKA, *Rozliczenie kosztów podróży w ramach spółki a zagadnienie ‘impensa in societatem’ i ‘propter societatem’ w rozumowaniu Labeona i Juliana*, «Zeszyty Prawnicze [UKSW]» 8.1/2008, s. 43-49.

przez aktora Roscius z właścicielem niewolnika Fanniussem, w której tej ostatni wniósł do spółki niewolnika Panurgusa (uczynił go przedmiotem współwłasności z Rosciusem³¹), natomiast Roscius zobowiązał się wykształcić tego niewolnika w sztuce aktorskiej, tak by później obaj mogli czerpać zyski z jego gry w teatrze³². Kiedy Panurgus został zabity, obaj wspólnicy ponieśli szkodę i obaj pretendowali do uzyskania odszkodowania od zabójcy, co zresztą doprowadziło do konfliktu między wspólnikami i w konsekwencji – do procesu, w którym Cicero podjął się obrony znanego aktora³³. Można więc hipotetycznie założyć, iż w przypadku spółek, w których wspólnicy wnosili do współwłasności określone przedmioty majątkowe, strata tego majątku była zawsze wspólna, niezależnie od tego, czy były to przedmioty oznaczone gatunkowo czy indywidualnie i niezależnie od tego czy obaj wspólnicy złożyli się na ten wspólny majątek, czy pochodził on od jednego z nich, podczas gdy drugi wnosił do spółki swoją pracę.

Sytuacja przedstawiała się odmiennie, jeżeli w spółce nie istniała między wspólnikami współwłasność przedmiotów majątkowych, a więc wspólnicy wnosili wkład majątkowy jedynie *quoad usum*. W takiej sytuacji w momencie dokonywania rozliczeń między wspólnikami majątek, który oddali do dyspozycji spółce powinien być im zwrócony³⁴. W przypadku, jeżeli przedmioty materialne, wniesione do spół-

³¹ Cic., *Pro Rosc. Com.* 10.27: *Panurgus, inquit, fuit Fanni; is fit ei cum Roscio communis. Hic primum questus est non leviter Saturius communem factum esse gratis cum Roscio, qui pretio proprius fuisset Fanni. Largitus est scilicet homo liberalis et dissolutus et bonitate adfluens Fannius Roscio. Sic puto.*

³² Można przypuszczać, iż wspólnicy zdecydowali się uczynić niewolnika przedmiotem współwłasności, by automatycznie nabywać na własność zyski, które wypracował występując jako aktor.

³³ Na temat spółki zawartej przez Roscius por. S. RICCOBONO, *op. cit.*, s. 225-226; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, *cit.*, s. 163-170.

³⁴ Jeżeli przedmiotem takiego wkładu były rzeczy oznaczone indywidualnie i nieużywalne, wówczas, dokonując rozliczenia z tytułu wspólnie wprowadzonej działalności, wspólnik będący ich właścicielem, po prostu zabierał je sobie. Formą wynagrodzenia za udostępnienie tych przedmiotów do realizacji celu spółki był określony w umowie spółki, przyznany mu udział w zyskach wynikających z wspólnie prowadzonej działalności. W przypadku wniesienia do spółki rzeczy używalnych

ki do używania, lub pieniądze, przeznaczone na realizację celu spółki przez jednego ze współników zostały utracone, zanim spółka zrealizowała swój cel, współnicy mieli obowiązek uczestniczyć w takiej stracie proporcjonalnie do posiadanych udziałów w spółce. Taka sytuacja jest analizowana przez Juliana-Ulpiana w tekście dotyczącym spółki zajmującej się *sagaria negotiatio*, zarówno w odniesieniu do rzeczy oznaczonych gatunkowo jak i indywidualnie³⁵.

oznaczonych gatunkowo, takich jak pieniądze, które służyć miały realizacji celu spółki, jakim było wypracowanie zysku, możliwe były dwa warianty finalnego rozliczenia. W pierwszym wariacie współnik mógł sobie zastrzec, że zostaną mu one zwrócone w momencie dokonywania finalnego rozliczenia w spółce (wówczas byłyby traktowane podobnie jak pożyczka udzielona spółce), w drugim wariacie współnik odzyskiwał te pieniądze niejako w zysku, to jest przyznany mu udział w zysku uwzględniał dodatkowe wynagrodzenie za udostępnienie tych pieniędzy spółce. Pośrednio na rzecz pierwszego wariantu rozliczeń przemawiają: tekst D. 17,2,60 pr. z komentarza Pomponiusa *ad Sabinum* oraz tekst D. 17,2,67,1 pochodzący z 32 księgi komentarza Paulusa *ad edictum*. Teksty te dotyczą sytuacji, w której współnik zainwestował pieniądze będące zyskiem spółki na własny rachunek i juryści zastanawiają się nad zakresem jego odpowiedzialności względem pozostałych *socii*. Z wypowiedzi jurystów wynika, że współnik ten był traktowany analogicznie do pożyczkobiorcy, który pożyczył te pieniądze od spółki i obowiązany był zwrócić te pieniądze pozostałym współnikom, nie będąc jednocześnie zobowiązanym do podzielenia się zyskiem, który uzyskał inwestując te pieniądze na własne ryzyko i na własny rachunek. Jeżeli z powodu zainwestowania wspólnych pieniędzy taki współnik nie wypłacił w terminie pozostałym współnikom przypadającej na nich części zysku (a więc popadł w stosunku do nich w zwłokę), był obowiązany wynagrodzić swoim *socii* szkodę, którą ponieśli z tytułu zawinionego przez niego opóźnienia w wypłacie zysków. Można więc przypuszczać, że w sytuacji, w której współnik oddawał do dyspozycji spółki prywatne pieniądze, był traktowany w pewnym sensie jak pożyczkodawca względem spółki i jeżeli wspólna inwestycja przyniosła zysk, wówczas te pieniądze były odliczane od tego zysku brutto i w zależności od tego, czy saldo było dodatnie czy ujemne, mógł on wycofać te środki ze spółki. Por. F.S. MEISSEL, 'Societas'. *Struktur und Typenvielfalt des römischen Gessellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main 2004, s. 134, w szczególności przyp. 270 (wraz z cytowana przez tego Autora literaturą), 220-221.

³⁵ D. 17,2,5,4 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque propriam perdidit. Dicit Iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscerere debere*

Wspólnik, który wyruszył w podróż *ad merces emendas* i został napadnięty przez rabusiów, straciwszy pieniądze i inne zabrane w podróż rzeczy, miał prawo żądać, by jego *socius* partycypował w tej stracie stosownie do przypadającego na niego udziału w spółce, jeżeli strata dotyczyła pieniędzy i rzeczy, które były mu niezbędne dla realizacji wspólnie zamierzonego celu. Podobne rozwiązanie miało zastosowanie w sytuacji, w której wspólnik utracił jakieś rzeczy na statku, który zatonął, w której to sytuacji strata obciążała obu wspólników, jeżeli były to towary, które normalnie są przewożone statkiem³⁶.

Zakładając, że analogiczny sposób rozliczeń miał miejsce w spółce, w której jeden ze wspólników świadczył dla spółki pracę, a drugi oddawał do dyspozycji spółki określone przedmioty majątkowe lub kapitał, należy uznać, iż takie rozliczenie było dla wspólnika wnoszącego pracę niekorzystne, bowiem nie tylko nie odzyskiwał on wartości wniesionej przez siebie pracy, ale jeszcze był zobowiązany do pokrycia części straty w kapitale wspólnikowi, który wносił do spółki wkład majątkowy. Rozstrzygnięcie proponowane przez Serviusa zakładało więc, iż w przypadku wspólnika świadczącego jedynie pracę w spółce, jeżeli działalność spółki nie przyniosła żadnych zysków i nie udało się odzyskać, w całości lub części, zainwestowanych środków, utrata pracy świadczonej przez wspólnika równoważyłaby utratę kapitału wnoszonego przez drugiego wspólnika, w związku z czym ten ostatni ponosiłby w całości ryzyko utraty zainwestowanych środków finansowych. Jeżeli wspólnik wносił do spółki zarówno pracę, jak i wkład majątkowy, wówczas, zdaniem Serviusa, możliwe było

tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime Iulianus probat. Proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit. Por. Z. SŁUŻEWSKA, *op. cit.*, s. 29-61.

³⁶ Analogicznie, w przypadku spółki, której celem było zakupienie określonej rzeczy, jeżeli pieniądze należące do jednego ze wspólników zostały utracone *post collationem*, a więc już po formalnym wniesieniu ich do spółki (to jest w okolicznościach, które nie miałyby miejsca, gdyby kontrakt spółki nie został zawarty), strata części kapitału była uważana za wspólną. Por. D. 17,2,58,1. Por. też Z. SŁUŻEWSKA, *op. cit.*, s. 46-48.

zastrzeżenie w umowie spółki *pactum*, na mocy którego jego udział w zysku był większy niż udział w stracie. Przyznany mu udział w zysku uwzględniał zarówno wartość świadczonej przez niego *opera*, jak i wartość wniesionego majątku, podczas gdy udział w stracie był odpowiednio zmniejszony o wartość wykonanej przez niego pracy. Rozwiązanie, zgodnie z którym wspólnik świadczący dla spółki pracę lub usługi, miałby być wykluczony w całości lub części od udziału w stratach w kapitale, miało więc na celu jedynie zapobieżenie sytuacji, w której ten wspólnik miałby obok utraty czasu i zaangażowania zainwestowanego w prowadzenie spraw spółki byłby także obciążony w części stratą poniesioną przez wspólnika wnoszącego do spółki jedynie wkład majątkowy³⁷.

W późniejszych rozważaniach nad zagadnieniem stanowiącym przedmiot *magna quaestio*, kiedy, jak można przypuszczać, trafność stanowiska zajmowanego przez Serviusa nie była już poddawana w wątpliwość³⁸, jako przykład spółki, w której wspólnik świadczący pracę uczestniczy w podziale zysku, ale jest wykluczony od udziału w stracie Ulpian podaje właśnie przykład *societas*, w której jeden ze wspólników prowadząc sprawy spółki odbywał dalekie podróże, w tym również drogą morską (*si solus naviget, si solus peregrinetur*), i tym samym ponosił wszelkie związane z tym ryzyka (*pericula subeat solus*), podczas gdy drugi wspólnik wnosił do spółki wkład pieniężny (*pecunia*). Wzięcie na siebie ryzyka związanego z podróżami stanowi więc dla tego jurysty szczególnego rodzaju wkład do spółki, wkład, którego znaczenie jest oceniane nawet wyżej, niż rola, jaką odgrywał w spółce wkład pieniężny (*plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia*).

³⁷ Podobny problem był przedmiotem rozważań doktrynalnych także w czasach średniowiecznych, kiedy dyskutowano zagadnienie wkładu wspólnika polegającego na świadczeniu pracy. Por. R. WOJCIECHOWSKI, *Rozwiązanie i likwidacja spółki według komentatorów*, «Acta UW» 2367 «Prawo» 276/2002, s. 47-57.

³⁸ Z tekstów relacjonujących *magna quaestio* wynika, iż to właśnie poglądy Serviusa zostały uznane za miarodajne w przedmiotowej kwestii: G. 3,149: ... *Sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia* ... ; I. 3,25,2: ... *Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit*

W oparciu o dostępny materiał źródłowy nie jest możliwe stwierdzenie, jaką rolę odegrał taki schemat spółki, w której tylko jeden ze współników podejmował się realizacji wspólnego przedsięwzięcia wiążącego się z podejmowaniem ryzyka niebezpiecznych podróży, a drugi jedynie finansował to przedsięwzięcie, w dyskusji nad zagadnieniem dopuszczalności *pactum* wykluczającego współnika świadczącego jedynie pracę dla spółki ze strat w końcowym rozliczeniu spółki. Należy jednak zauważyć, iż w tekstach zachowanych w Digestach jedyny przykład konkretnej sytuacji, kiedy takie porozumienie między współnikami było uznawane za ważne, to właśnie przykład współnika, który *solus navigat, solus peregrinetur*. Można przypuszczać, że skoro właśnie ten przykład przywołali w swoich rozważaniach Sabinus i Cassius, był on już w ich czasach przykładem w pewnym sensie modelowym, gdy wkład niepieniężny wnoszony przez jednego z *socii* był na tyle istotny dla realizacji celu spółki i jednocześnie na tyle wartościowy, że uznawano, iż wart jest więcej niż pieniądze, co uzasadniało wykluczenie współnika wnoszącego taki wkład od udziału w stratach. Jest prawdopodobne, że przykład ten, jako szczególnie oddziałujący na wyobraźnię był wykorzystywany przez Serviusa i jego zwolenników w celu uzasadnienia propagowanej przez nich idei wykluczenia współnika świadczącego dla spółki tylko pracą od udziału w stratach. Ponieważ realizacja celu spółki była w tym wypadku związana z ponoszeniem ryzyka utraty życia, współnik ponoszący takie ryzyko chciał się zabezpieczyć przed ewentualnymi dodatkowymi kosztami na wypadek niepowodzenia przedsięwzięcia i utraty zainwestowanego kapitału, stąd domagał się wykluczenia go z udziału w stracie przekraczającej zainwestowane środki. Taka zapobiegliwość była również uzasadniona z uwagi na fakt, że spółki mające za przedmiot handel morski w dużo większym zakresie niż inne spółki były narażone na niepowodzenie przedsięwzięcia z przyczyn niezależnych od współników, stąd ryzyko utraty zainwestowanych we wspólne przedsięwzięcie środków było dużo większe niż w innych spółkach, w których wkład współnika polegał na świadczeniu pracy.

Kontrakt spółki, w momencie przejścia od koncepcji spółki opartej na współwłasności posiadanych majątków do koncepcji spółki typu

questuaria nastawionej na zdobywanie zysków z prowadzonej przez wspólników działalności gospodarczej, stał się więc jedną z form, w której mogło być realizowane finansowanie inwestycji mających za przedmiot handel morski, co stanowiło alternatywę dla wykorzystywanej od dawna formy finansowania tego typu przedsięwzięć jaką była pożyczka morska. Ryzyko związane z podróżowaniem, a ściślej gotowość podejmowania tego ryzyka, była traktowana jako wartość, którą wspólnik może wnieść do spółki jako szczególny rodzaj wkładu niepieniężnego, którego odzwierciedleniem będzie określony udział tego wspólnika w zyskach i stratach. Jednocześnie szczególnie charakter tego wkładu niepieniężnego był wykorzystywany jako argument w dyskusji nad generalnym zagadnieniem wykluczenia wspólnika wnoszącego do spółki jedynie wkład polegający na świadczeniu pracy od udziału w stratach³⁹. Uznawano, że gotowość podejmowania tego ry-

³⁹ Warto też zauważyć, iż uznanie za wartość, którą wspólnik może wnieść do spółki, gotowości podejmowania ryzyka związanego z podróżami drogą morską jest także dowodem na to, iż juryści rzymscy w pełni uznawali, iż dla realizacji celu spółki znaczenie ma nie tylko wkład polegający na oddaniu do dyspozycji spółki określonego majątku, ale także – a niekiedy przede wszystkim – wkład polegający na świadczeniu pracy, przy wykonywaniu której wspólnik wykorzystywał będzie swoje szczególne umiejętności (*ars, peritia*), znajomości i pozycję społeczną (*gratia*), czy gotów będzie właśnie narażać swoje życie podejmując określonego typu działalność uznawaną za szczególnie ryzykowną. Jak zauważył trafnie Santucci, uznanie tego typu wartości jako mających zasadnicze znaczenie dla tak istotnej dla kontraktu spółki kwestii, jak ustalenie udziałów w zyskach i stratach oznaczało zaakceptowanie w pełni w sferze prawnej elementów, które odgrywały kluczową rolę w świecie rzymskich *negotiationes* w sferze prowadzenia działalności gospodarczej. Dzięki temu spółka stała się kontraktem atrakcyjnym dla osób, które zamierzały prowadzić wspólnie działalność nastawioną na zdobywanie zysków, jako dogodny instrument realizacji bardzo różnorodnych przedsięwzięć gospodarczych. Ukazanie możliwości, które dzięki przyjęciu tak elastycznej i liberalnej koncepcji wartości mogących stanowić wkład do spółki dawał ten kontrakt osobom chcącym uzyskiwać zyski z prowadzonej wspólnie *negotiatio*, jest jednocześnie argumentem na korzyść koncepcji, zgodnie z którą rola tego kontraktu w rzymskiej praktyce obrotu nie była tak marginalna, jak usiłują to przedstawić zwolennicy koncepcji o dominującym znaczeniu konstrukcji opierających się na wykorzystaniu *servus communis* w sferze wspólnego prowadzenia działalności gospodarczej. Por. S. RICCOBONO, *op. cit.*, w szczególności s. 224; 232; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, *cit.*, s. 183-192.

zyka ma taką samą wartość jak wnoszony przez drugiego z *socii* wkład majątkowy, w związku z czym, jeżeli działalność spółki nie przyniosła zysków, a zainwestowany kapitał został utracony, współnik świadczący ten szczególny typ *opera* mógł być wykluczony od udziału w stracie kapitału, tj. nie musiał wyrównywać swojemu partnerowi części straty poniesionej przez utratę zainwestowanych środków. Wspólnik wnoszący kapitał do spółki znajdował się więc w analogicznej sytuacji do pożyczkodawcy przy *fenus nauticum*. Jego udział w inwestycji sprowadzał się do dostarczenia środków niezbędnych do jej zrealizowania, nie zajmował się on już realizacją wspólnego przedsięwzięcia, a więc nie prowadził spraw spółki i tym samym nie narażał swojego życia podróżując drogą morską. W przypadku powodzenia wyprawy miał on udział w zyskach, proporcjonalny do jego udziału w spółce, co pozwalało mu nie tylko na odzyskanie zainwestowanych środków, ale także osiągnięcie zysku, tak jak to miało miejsce w przypadku pożyczkodawcy przy pożyczce morskiej, który, jeżeli spełnił się warunek *si salva navem pervenerit*, odzyskiwał pożyczone pieniądze wraz z wysokimi odsetkami. W sytuacji natomiast, gdy przedsięwzięcie się nie powiodło, współnik wnoszący kapitał nie odzyskiwał zainwestowanych środków, a więc podobnie jak pożyczkodawca w kontrakcie pożyczki morskiej, ponosił on ryzyko utraty zainwestowanego kapitału w razie niepowodzenia całej wyprawy morskiej. Podobnie położenie współnika świadczącego pracę polegającą na podróżowaniu biorącego na siebie ryzyko związane z podróżami *trans mare*, było analogiczne do sytuacji pożyczkobiorcy przy kontrakcie *pecunia traiectica*. Jeżeli zorganizowana przez niego wyprawa handlowa zakończyła się sukcesem, wówczas musiał podzielić się zyskami ze współnikiem, który sfinansował całe przedsięwzięcie proporcjonalnie do ustalonych w umowie spółki udziałach w zysku, natomiast w sytuacji niepowodzenia wspólnego przedsięwzięcia nie był obciążany stratą zainwestowanych środków, podobnie jak pożyczkobiorca w pożyczce morskiej, który nie musiał w tej sytuacji zwracać pożyczonych pieniędzy⁴⁰.

⁴⁰ Co prawda, w przypadku pożyczki morskiej finansujący był obciążony jedynie ryzykiem zatonięcia statku i nie ponosił ryzyka niepowodzenia realizowanego przez pożyczkobiorcę przedsięwzięcia z innych przyczyn niż związane z nawigacją,

THE CONTRACT OF PARTNERSHIP AS AN ALTERNATIVE FOR THE MARITIME LOAN FORM OF FINANCING OF MARITIME COMMERCE

Summary

The best known form of a common investment in maritime trading was a contract of maritime loan. On the basis of this contract the creditor undertook the risk of the perishing of the ship (*periculum maris*) in which case he was not entitled to claim his money back, but as a reward he could stipulate the interests exceeding the legal rate in case of a successful journey. Analogical purposes could be realized through making the consensual contract of *societas*, in case of concluding of a partnership in which only one partner made a contribution of capital and the other *socius* contributed his future services that consisted of travelling and trading and as the consequence was exposed to the risk of navigation. The willingness to undertake such a risk, was treated as a very precious component of a partner's services and in case of a partnership in which only one partner made such a contribution, his contribution was deemed to be of extreme value and importance and thus justify granting him a special position in a partnership that means being excluded from bearing the loss of capital contributed by other *socius*.

The question of the exclusion of one of the partners from bearing the loss constituted one of the issues of the controversy reported in legal sources as *magna questio*. This controversy is deemed to be related with

natomiast w przypadku spółki wykluczenie wspólnika wnoszącego do spółki jako wkład pracę wiążącą się z ponoszeniem ryzyka związanego z nawigacją od udziału w stracie wnoszonego przez drugiego ze wspólników kapitału wydaje się mieć charakter generalny i być niezależne od przyczyny takiej utraty. Należy jednak zauważyć, iż w przypadku spółki, w której jeden ze wspólników jedynie dostarczył pieniędzy na zakup towarów, które następnie miały być przetransportowane na statku i sprzedane w innym miejscu przez drugiego wspólnika, najbardziej prawdopodobną sytuacją, w której spółka nie osiągnęła zysku a jednocześnie zainwestowany kapitał został utracony, to właśnie przypadek zatonięcia okrętu w czasie podróży. Jeżeli bowiem towary zakupione ze wspólnych środków zostały szczęśliwie dowieziona do miejsca, w którym miały być spieniężone z zyskiem, było mało prawdopodobnym, by nie udało się ich sprzedać nie odzyskując przynajmniej ceny ich zakupu.

the transformation of a partnership from the community of properties to a modern kind of partnership being an instrument of conducting economic activities and gaining profits. In the latter the partners did not necessarily create a co-ownership of their properties as their contributions were made *quo ad usum*. In this kind of partnership also a contribution consisting of future services was very often more important for making profit than a monetary contributions. The heroes of the controversy were two famous republican jurists Quintus Mucius Scaevola and Servius Sulpicius Rufus. The controversy between these two jurists regarded the possibility of making a partnership in which one partner was to have a minor share in the loss in respect of his share in the profit. The *pactum* on the basis of which one of the partners was to have the minor share in the loss in respect of his share in profit was deemed by Quintus Mucius to be *contra naturam societatis*, but for his adversary it was possible to make such a partnership and it was even possible to exclude one of the partners from bearing the loss resulted from the partnership's business. According to Servius such an agreement was valid if such a partner contributed only with his services in the partnership and these services as crucial for partnership's business were deemed to be of the same value as the capital contributed by the other partners. Servius' intent was thus to prevent the situation in which the partner who offers only his services for a partnership was obliged to take part in the loss of the capital contributed by other partners.