

RAFAŁ WOJCIECHOWSKI

Uniwersytet Wrocławski

UMOWA KOMENDY W ŚREDNIOWIECZU

I. CHARAKTERYSTYKA KOMENDY WE WŁOSZECH

Umowa komendy pojawiła się w Europie Zachodniej w okresie średniowiecza. Najpierw we Włoszech, gdzie była znana już w X wieku. Co szczególnie interesujące, wydaje się być od razu instytucją ukształtowaną. Trudno byłoby prześledzić jakąś jej wcześniejszą ewolucję. Za to poczynając od XI wieku dokonała szerokiej ekspansji poza Italią, tak że w późnym średniowieczu była już znana w całej Europie chrześcijańskiej. Jej rozpowszechnienie stanowiło ważny element odrodzenia handlu na kontynencie europejskim i w całym basenie Morza Śródziemnego. Nic dziwnego, że dzieje umowy komendy budzą od dawna zainteresowanie zarówno historyków, jak i prawników.

Istotę umowy komendy stanowiło porozumienie, według którego jedna ze stron inwestuje kapitał, a druga własną przedsiębiorczość. Odpowiedzialność wspólnika-inwestora ograniczała się do wniesionej sumy. Odmienne niż we współczesnej spółce komandytowej drugi wspólnik nie odpowiadał za ewentualne straty. Wiązało się to z faktem, że komenda zawierana była na czas pojedynczej wyprawy handlowej, w której ryzyko strat dotyczyło tylko zainwestowanego kapitału. Jeżeli po zakończeniu podróży dotychczasowe strony umowy pragnęły nadal współpracować w formie komendy, musiały zawrzeć nowe porozumienie. Wspólnik inwestujący pozostawał

w zasadzie w domu i dlatego nazywany był *socius stans* albo też *commendator*, bowiem powierzał sumę, którą często nazywano po prostu *commenda*. Natomiast wspólnik, który wkładał własną pracę oraz przedsiębiorczość, podróżując prowadził interesy i nazywany był *socius tractans* lub *tractator*. Po szczęśliwym zakończeniu podróży handlowej *commendator* otrzymywał jedną czwartą zysku, zaś trzy czwarte zysku przypadały *tractator*. To był schemat podstawowy, nazwany później w historiografii prawniczej komendą jednostronną. Według drugiego schematu wspólnik podróżujący wnosił jedną trzecią i otrzymywał połowę zysku ze spółki oraz oczywiście zwrot kapitału. Ten schemat nazwano później komendą dwustronną¹.

Tak określony rodzaj umowy handlowej w różnych regionach Włoch przybierał odmienne nazwy: *accomendatio*, *commendacio*, *accomenda*, *comanda* (od tej nazwy obecnie: „spółka komandytowa”), wreszcie najbardziej rozpowszechnioną: *commenda*. Dotyczyły one komendy jednostronnej. Tymczasem dwustronna forma tej instytucji była nazywana *societas maris*². W Wenecji obydwie odmiany określane były mianem *collegantia*³.

Komenda jednostronna łączyła właściwości pożyczki morskiej oraz spółki i dlatego wywołuje do dziś wątpliwości dotyczące ścisłej jej klasyfikacji⁴. O tym, że przeważnie zaliczana jest obecnie do spółek, decydują: istnienie blisko z nią spokrewnionej komendy dwustronnej oraz dalszy rozwój historyczny prawa spółek, w wyniku którego powstała spółka komandytowa, a następnie także spółka komandytowo-akcyjna.

¹ M.A. BENEDETTO, s.v. *Commenda (contratto di)*, [w:] *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino 1967, s. 609.

² M.A. BENEDETTO, *op. cit.*, s. 608.

³ A. ARCHANGELI, *La commenda a Venezia specialmente nel secolo XIV*, «RISG» 33 (1902), s. 107-164; F. BRAUDEL, *Kultura materialna, gospodarka i kapitalizm XV-XVIII wiek*, III: *Czas świata*, tł. J. i J. STRZEŁĘCCY, Warszawa 1992, s. 113-115.

⁴ A.L. UDOVITCH, *At the Origins of the Western 'Commenda': Islam, Israel, Byzantium?*, «Speculum» 37.2 (1962), s. 198.

II. ROZPOWSZECHNIENIE KOMENDY W EUROPIE

Wszystkie dostępne źródła wskazują na szerokie rozpowszechnienie *commenda* w Europie. Szczególnie znaczne było ono w portach południowej Europy. W pracach Sayousa oraz De Roovera wyraźnie dostrzec można, jak bardzo *commenda* zdominowała prowadzenie interesów Marsylii⁵: z 57 kontraktów spisanych 30 marca 1248 r. w tym mieście, skąd konwój statków miał wypłynąć do Syrii, 50 były *commenda*, a tylko dwa *societas*. Następnego dnia spisano 40 kontraktów, z których 27 stanowią *commendae*⁶.

W germańskiej części Europy także znano *commenda*. Tak zwane *Wederlegginge* (albo *Wiederlegging* w wysokoniemieckim) były, podobnie jak najwcześniejsze przykłady komendy, umowami co do pojedynczej wyprawy. Jak zwykle występowało dwóch współników: bierny pryncypał oraz czynny agent. Reguły podziału były elastyczne, co różni nieco omawianą niemiecką odmianę spółki od dość sztywnej w tym zakresie klasycznej genueńskiej *commenda*. Istnieją wszakże dowody, iż w szesnastowiecznej Lubece czynny współnik uczestniczył tylko w zyskach, a nie w stratach. W ten sposób znikają wszelkie wątpliwości, że instytucja, z którą mamy do czynienia, jest naprawdę komeńdą⁷. We wspomnianym mieście hanzeatyckim Keutgen odnalazł kilka kontraktów *Wederlegginge* z XVI wieku spisanych pomiędzy panami i osobami im podporządkowanymi⁸. W południowych Niemczech lokalna odmiana tego kontraktu nazywana była *Fürlegging*⁹.

Warto zwrócić także uwagę na popularny w regionie hanzeatyckim kontrakt zwany *sendeve*, przez który zlecający, zwany zazwyczaj

⁵ A.-E. SAYOUS, *Le commerce des Europeens a Tunis depuis le XII siècle jusqu'à la fin de XVI^e*, Paris 1929, s. 61; R. DE ROOVER, *The Organization of Trade*, [w:] *Cambridge Economic History of Europe*, III, Cambridge 1971, s. 68.

⁶ R. DE ROOVER, *op. cit.*, s. 68.

⁷ R. DE ROOVER, *op. cit.*, s. 68.

⁸ R. KEUTGEN, *Hansische Handelsgesellschaften*, «Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte» 4 (1906), s. 492-502.

⁹ M.M. POSTAN, *Medieval Trade and Finance*, Cambridge 1973, s. 70.

po prostu „panem” (*Herr*), powierzał agentowi, nazywanemu z reguły „sługą” (*Diener*), albo towary do sprzedaży, albo kwotę pieniężną dla dokonania zakupu określonych towarów. Wykonawca zlecenia odpowiadał za towar, lecz nie interweniował w sprawach płatności. Jeżeli w wypadku sporu co do prawidłowości wykonanej operacji agent przysiągł, że działał jak mógł najlepiej według otrzymanych instrukcji, ewentualne straty obciążały wyłącznie zlecającego. Taka umowa nie była ściśle biorąc spółką handlową i nawet nie sporządzano dla niej aktu formalnego, ponieważ agent był w zasadzie tylko wykonawcą. *Sendeve* miała jednak cechy wspólne w włoską *commenda*, z tym jednak ważnym wyjątkiem, że prawie nigdy nie przyznawała agentowi udziału w zyskach, lecz dawała mu określone wynagrodzenie. Należy jednak podkreślić, że agent niekoniecznie był naprawdę sługą zlecającego; mógł być nim korespondent, obywatel innego miasta, wykonujący zlecenie nieodpłatnie i na zasadzie wzajemności usług. I w tym *sendeve* zbliża się do klasycznej konstrukcji zlecenia (*mandatum*) znanej prawu rzymskiemu. Mimo swej powszechności *sendeve* nie pozostawiła wielu śladów, nawet w księgach handlowych, gdyż nie zdawano rachunku z jej wykonania¹⁰. Umowa ta warta jest odnotowania, ponieważ daje się zauważyć, iż w zależności od kilku czynników, takich jak: rodzaj stosunku zależności istniejącej pomiędzy zlecającym i agentem, odpłatność ryczałtowa lub proporcjonalna do zysku itd., jeden rodzaj nieformalnej umowy kupieckiej w swoich różnych zastosowaniach mógł zbliżać się do wyczerpania znamion ściśle określonych kontraktów prawa prywatnego: komisju, komendy albo zlecenia.

Commenda była rozpowszechniona także w innych krajach europejskich. Na przykład Postan pokazał, że handlujący winem w Anglii stosowali szczególną odmianę tego kontraktu, gdy wkład był w naturze. Powierzali oni wino detalistom na zasadach *commenda*. Z powodu trudności napotykanych w tej sytuacji przy dzieleniu zysków i strat wyłonił się pewien sposób stałego wynagradzania, który

¹⁰ PH. DOLLINGER, *Dzieje Hanzy XII-XVII w.*, tł. V. SOCZEWIŃSKA, Warszawa 1997, s. 155-156.

poprowadził od *commenda* linię rozwojową do innych sposobów organizacji działalności gospodarczej¹¹.

III. PRZYCZYNY ROZPOWSZECHNIENIA KOMENDY W EUROPIE

Zrozumienie zjawiska rozpowszechnienia komendy w Europie byłoby trudne, gdybyśmy nie wzięli pod uwagę rozwoju *lex mercatoria*, czyli prawa kupieckiego. O wyjątkowym charakterze tej ewolucji stanowi fakt, że odmiennie niż prawo cywilne, które zostało stworzone przez uczonych prawników średniowiecznych na europejskich uniwersytetach z tekstów rzymskich, *lex mercatoria* była pozostawiona samym kupcom. Traktując o tym zespole norm, należy pamiętać, że kupcy samodzielnie prowadzili handel na targach i jarmarkach, tworzyli jego ramy prawne, a wreszcie powoływali własne sądy kupieckie, czyli sami stanowili i praktykowali swoje prawo. Niekiedy zasady rozwijane przez kupców były zbierane i puszczane w obieg. Jeden z pierwszych takich zbiorów prawa handlu morskiego został przyjęty podczas pierwszej krucjaty w 1095 r. w Amalfi, gdy handel był zdominowany przez wydarzenia polityczne. Znana jako *Lex Amalfitana* rozszerzyła ona swój autorytet na wszystkie republiki miejskie Włoch. Mniej więcej z 1150 r. pochodzi kompilacja wyroków w sprawach morskich wydanych przez sąd na wyspie Oléron, leżącej na Atlantyku u wybrzeży Francji. Ustalenia prawne poczynione w tych wyrokach były uznawane przez miasta portowe nad Atlantykiem i Morzem Północnym, co dotyczyło także Anglii (*White Book of London, Black Book of the Admiralty, Red Book of Bristol, Domesday of Ipswich*). Prawa portu Visby leżącego na bałtyckiej wyspie Gotlandii, pozostające najprawdopodobniej pod wpływem orzecznictwa Oléronu, zostały przyjęte przez kraje nadbałtyckie około roku 1350. Mniej więcej w tym samym czasie *Consolato del Mare*, zbiór zwyczajów morskich stosowany w Sądzie Konsularnym w Barcelonie, oparty po części na wcze-

¹¹ M.M. POSTAN, *op. cit.*, s. 76.

śniejszych zbiorach, a po części na statutach i kompilacjach miast włoskich, stał się uznawany jako prawo rozstrzygające we wszystkich centrach handlowych śródziemnomorskiego świata chrześcijańskiego¹². Wszystkie te zbiory dotyczyły prawa morskiego, w tym także spółek handlowych.

Generalnym skutkiem tego rozprzestrzenienia najważniejszych postanowień *lex mercatoria* była tendencja do powszechności i zmniejszania partykularyzmu w lokalnych odmianach prawa kupieckiego w Europie. Handel ponadnarodowy był oczywiście główną siłą stojącą za tym stanem spraw. Według Holdswortha, wszystkie kraje zgadzały się na istnienie *lex mercatoria*. Każdy kraj, każde miasto miało swoją odmianę tego systemu, lecz wszystkie odmiany składały się z tych samych części. Wszędzie główne zasady i najważniejsze reguły były podobne albo chociaż wykazywały skłonność do upodobnienia się¹³. Tę standaryzację i uniwersalność stwierdza także Postan, który pisząc o prawach Oléronu, Visby oraz *Consolato del Mare*, zauważył, że te trzy zbiory tworzą nieprzerwany łańcuch prawa morskiego, rozciągający się od wschodnich części Morza Bałtyckiego przez Morze Północne i wzdłuż wybrzeży Atlantyku do Cieśniny Gibraltarskiej, a stamtąd aż do wschodnich wybrzeży basenu Morza Śródziemnego¹⁴. Bez wątpienia pojawienie się *lex mercatoria* oraz rola, jaką odegrała ona w kompilowaniu i standaryzacji powszechnie akceptowanych praktyk kupieckich, przyczyniły się znacząco do rozpowszechnienia się w Europie spółek handlowych stanowiących pochodne komendy. Na korzyść spółek handlowych działały jednak i inne, nie mniej ważne czynniki.

Przede wszystkim komenda odpowiadała na zapotrzebowanie na kredyt bez łamania kościelnego zakazu odsetek. Po drugie popularność komendy w Europie zwiększała występująca w niej, ograniczona odpowiedzialność współników. W wyraźnym przeciwieństwie do

¹² H.J. BERMAN, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, tł. S. AMSTERDAMSKI, Warszawa 1995, s. 403-404.

¹³ W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, I, London 1903, s. 302-303.

¹⁴ M.M. POSTAN, *op. cit.*, s. 68.

innych ówczesnych europejskich odmian spółek, w komendzie główny wspólnik (*commendator*) odpowiadał tylko do wysokości swojej pierwotnej inwestycji. Po trzecie komenda, dzięki ograniczeniu odpowiedzialności dawała wspólnikom swego rodzaju ubezpieczenie, które nie kompensowało wprawdzie poniesionych strat, jednak znacząco je limitowało.

IV. KOMENDA POZA EUROPA

Schemat instytucjonalny analogiczny do włoskiej *commenda* był także szeroko rozpowszechniony już od wczesnego średniowiecza w świecie islamu. Nosił tam nazwę *mudaraba*¹⁵. Była ona stosowana wszędzie tam, gdzie docierała wiara muzułmańska. Podobnie jak chrześcijanie w Europie, również muzułmanie posługiwali się dokładnym i w miarę ujednoczonym zespołem norm prawnych dotyczących handlu, w tym także różnego rodzaju spółek. Ponadto, z powodu szczególnego położenia geograficznego licznych krain, które opanowali, muzułmanie mogli swobodnie korzystać z dziedzictwa innych cywilizacji, również dawniejszych, także mezopotamskich. Wobec jedności religijnej nie istniała przyczyna, dla której nie mieliby stosować ujednoczonego prawa handlowego w rozległym świecie islamu, od Atlantyku do Pacyfiku.

¹⁵ Podobnie jak w przypadku komendy włoskiej, również wobec islamskiej odmiany komendy używano wielu określeń, najważniejsze to: *qirad*, *muqarada* oraz *mudaraba*; nazwy te są wymienne bez zasadniczej merytorycznej różnicy, zaś przyczyną odmienności są czynniki geograficzne. Współcześni autorzy piszący w językach europejskich stosują różne nazwy: bądź jedną z arabskich, bądź też piszą po prostu *commenda*. Średniowieczny autor arabski Sarakshi w *Mabsut* 22,18, po rozważeniu pochodzenia tych nazw, daje preferencje określeniu *mudaraba* – cyt. wg A.L. UDOVITCH, *Partnership and Profit in Medieval Islam*, Princeton (NJ) 1970, s. 174-175; sam Udovitch stosuje w tej książce określenie *commenda*. W najnowszym opracowaniu dotyczącym islamskich odmian spółek M. ÇIZAKÇA, *A Comparative Evolution of Business Partnerships. The Islamic World and Europe, with Specific Reference to the Ottoman Archives*, Leiden-New York-Köln 1996, stosuje konsekwentnie nazwę *mudaraba*.

Także lokalni władcy w Azji Południowo-Wschodniej, gdy dobrowolnie przyjmowali islam, rozwijali u siebie naturalne zainteresowania prawem islamskim. W tym kontekście nie powinno dziwić, że w XIII wieku sułtan Mahmud z Malakki, pod wpływem jurysprudencej mużułmańskiej, skodyfikował malajskie prawo morskie. Inna kodyfikacja dokonana przez *matowa* Amanna Gappa w XVII wieku jest także dokładnie znana dzięki tłumaczeniu dokonanemu przez Matthesa¹⁶. Wydawać się może dość niezwykle, że gdy przedstawiciele Holenderskiej Kompanii Wschodnioindyjskiej dotarli do Malajów pod koniec XVI wieku, nie byli szczególnie zaskoczeni strukturą instytucjonalną handlu stosowaną na tych odległych wyspach. Przekazując relacje do Holandii, bardzo szybko spostrzegli, że jedna z instytucji, którą zaobserwowali wśród miejscowych kupców to *commenda*¹⁷.

Merlin-Roelofsza uważała, że ludy malajskie prawdopodobnie poznały komendę od Portugalczyków¹⁸. Ten pogląd spotkał się wkrótce z uzasadnionym sprzeciwem i nie jest obecnie możliwy do przyjęcia, bowiem Malajczycy, podlegając wpływowi prawa islamskiego, znali *mudaraba* przynajmniej pół wieku przed przybyciem Portugalczyków. Poza tym *undang-undang Melaka*, która zawierała pewne ważne cechy *mudaraba* została skompilowana za rządów sułtanów Muhammeda Shaha oraz Muzaffera Shaha, to znaczy pomiędzy 1424 a 1458 rokiem¹⁹.

Krótkie porównanie malajskich, mużułmańskich oraz zachodnioeuropejskich spółek może świadczyć za tezą przeciwną. Malaj-

¹⁶ B.F. MATTHES, *Over de Wadjorezen met hun Handels en Scheepswetboek*, Makassar 1869.

¹⁷ J.C. VAN LEUR, *Eenige Beschouwingen Betreffende den Ouden Aziatischen Handel*. Middelburg 1934, s. 117; G. SCHMOLLER, *Die geschichtliche Entwicklung der Unternehmung*, «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich» 14 (1890-91), s. 752.

¹⁸ M.A. MEILINK-ROELOFSZ, *Asian Trade and European Influence in the Indonesian Archipelago between 1500 and about 1630*, The Hague 1962, s. 48.

¹⁹ LI-AY YOCK FANG, *Undang-undang Melaka*, The Hague 1976, s. 38, 147.

ski kapitan *anakoda* był często agentem, który podróżował z dobrami sobie powierzonymi. W podobny sposób jak w *mudaraba* i *com-menda*, kapitał malajskich spółek mógł być wnoszony w formie pieniędzy lub towarów. *Anakoda*, jak *mudarib* albo *tractator*, miał wolność w inwestowaniu powierzonego sobie kapitału.

Matthes informuje nas, że w spółkach malajskich uczestnictwo w zyskach i stratach przybierało różne formy. *Bagilaba-pada* była umową, w której zyski i straty dzielono równo pomiędzy wspólników. Ta forma spółki odpowiadała klasycznej islamskiej *mufawada*. *Bagilaba-samatoela* z drugiej strony odpowiadała *mudaraba*, czyli komendzie. Matthes ustalił, że istotą *bagilaba-samatoela* było porozumienie, dotyczące dowolnie kształtowanego przez strony podziału zysków²⁰, przy stałym przypisaniu strat inwestorowi wnoszącemu kapitał. Takie porozumienie miało być dalekim echem stwierdzenia przypisywanego czwartemu kalifowi Alemu: „zysk podąża za uzgodnionymi warunkami, strata podąża za kapitałem”²¹. W ten sposób w *bagilaba-samatoela* agent nie był odpowiedzialny za stratę, co było nieodzowną częścią arabskiej *mudaraba*²².

Islamskie formy spółki zdominowały także praktykę handlową potężnej chrześcijańskiej wspólnoty działającej na wielkich obszarach pomiędzy Europą Zachodnią a Malajami. Wyraźnie ukazał to Herzig. Koncentrując się na ważnej sieci handlowej Ormian z Isfahanu, Herzig przekonująco wykazał, że islamska *mudaraba* odgrywała dominującą rolę w działalności handlowej tych kupców. W dialekcie Julfa ta forma nazywana była *muzarabat* i wykazywała wszelkie najważniejsze cechy islamskiej komendy, zwłaszcza dotyczące podziału zysków i strat, upoważnienia agenta do inwestowania kapitału spółki w inne *muzarabat*, gromadzenia kapitału należącego do wielu pryncypałów itd.²³

²⁰ B.F. MATTHES, *op. cit.*, s. 52.

²¹ A.L. UDOVITCH, *Partnership*, *cit.*, s. 129.

²² B.F. MATTHES, *op. cit.*, s. 54.

²³ E. HERZIG, *The Armenian Merchants of New Julfa (Isfahan)*, Oxford 1991, s. 217-225.

Co więcej, Ormianie stosowali *muzarabat* nie tylko w stosunkach pomiędzy sobą, lecz także z muzułmanami. Islamska terminologia była stosowana dla ułatwienia transakcji pomiędzy Ormianami a kupcami indyjskimi. Należy przy tym pamiętać, że Ormianie z Isfahan, angażując się w wymianę międzykontynentalną sięgającą od Londynu do Filipin, pełnili także ważną rolę w handlu pomiędzy Indiami a Rosją prowadzonym przez Azję Centralną. W handlu na tym kierunku korzystali także z usług Turków, doskonale obeznanych ze stosunkami w Azji Centralnej. W swoich wielostronnych kontaktach zawierali liczne umowy, także komendy z Turkami, Hindusami i Rosjanami²⁴.

Na podstawie powyższych krótkich uwag można zorientować się, że instytucjonalny schemat komendy zrobił w średniowieczu wielką karierę. Dał się wyraźnie zauważyć we wszystkich ważniejszych strefach handlu w Europie i na Bliskim Wschodzie. Bez wątplenia komenda stała się instytucją uniwersalną. Widać, że wszędzie doceniano zalety zróżnicowania zakresu działania współników, ograniczenia odpowiedzialności w tej spółce oraz unikania drażliwej, zarówno w chrześcijaństwie, jak i w islamie, kwestii odsetek. Zgodność z zasadami cywilizacji chrześcijańskiej oraz islamskiej przyczyniała się do szerokiego stosowania komendy – od Anglii na Zachodzie do Malajów na Wschodzie, a nawet jeszcze dalej na Południe²⁵.

V. SPÓR O GENEZĘ KOMENDY

Jest uznaną prawdą, że komenda stanowiła jedną z ważniejszych form organizacji handlu w Europie średniowiecznej. Jednakże od

²⁴ S. DALE, *Indian Merchants and Eurasian Trade 1600-1750*, Cambridge 1994, s. 66-67.

²⁵ Również handel morski na Oceanie Indyjskim był zorganizowany w formach zbliżonych do *mudaraba*, por. M.A. MEILINK-ROELOFSZ, *Trade and Islam in the Malay-Indonesian Archipelago prior to the Arrival of the Europeans*, [w:] *Islam and the Trade of Asia*, Philadelphia 1970, s. 151-152; K.N. CHAUDHURI, *Trade and Civilisation in the Indian Ocean: An Economic History from Rise of Islam to 17506*, Cambridge 2002, s. 210.

kilkunastu dziesięcioleci trwa w literaturze światowej dyskusja co do genezy tej odmiany spółki.

Goldschmidt był jednym z pierwszych badaczy, którzy wypowiadałi się w tej kwestii. Początków komendy upatrywał w prawie greckim i rzymskim. Uważał, że spekulacyjne inwestycje dla wspólnego zysku oraz ograniczenie odpowiedzialności z tytułu zaangażowanego kapitału były znane w starożytności klasycznej. Uczony ten wskazywał, że jest trudne do wyobrażenia, aby podział zysków i ryzyka w handlu morskim nie był stosowany w tym wczesnym okresie, chociaż w kodyfikacji justyniańskiej nie zachowały się żadne ślady spółki podobnej do *commenda*. Równocześnie jednak Goldschmidt przyznawał, że *commenda* istniała pomiędzy muzułmanami już w VII wieku, a nawet była stosowana przez samego Mahometa. Wobec istnienia tak wczesnych zastosowań komendy w arabskiej kulturze prawnej Goldschmidt ostatecznie zawahał się, czy należy tę formę spółki rozpatrywać jako oryginalną instytucję islamską, czy też została ona zapożyczona przez muzułmanów z popularnej praktyki prawnej (*Vulgarrecht*), stosowanej w prowincjach wschodnich państwa rzymskiego, która jednak nie weszła do kodyfikacji justyniańskiej²⁶.

Weber²⁷ oraz Lastig²⁸ odrzucili argumentację, że istnieje powiązanie pomiędzy prawem rzymskim a komendą. Twierdzili oni, że komenda była instytucją wyjątkową. Również Ashley wyrażał analogiczną opinię²⁹.

Tymczasem wczesne, i raczej dwuznaczne, dowody na poparcie tezy, że komenda stanowiła oryginalną instytucję europejską mogą

²⁶ L. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart 1891, s. 255-256.

²⁷ M. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*, Stuttgart 1889, s. 2.

²⁸ G. LASTIG, *Die Accomendatio. Die Grundform der heutigen Kommanditgesellschaften in ihrer Gestaltung vom XIII bis XIX Jahrhundert und banachbarte Rechtsinstitute*, Halle 1907, s. XIX.

²⁹ W.J. ASHLEY, *An Introduction to English Economic History and Theory*, II, New York 1893, s. 412.

być wysłędzone dopiero od IX wieku. Są to szczególne umowy związane z uprawą roli, które według Silberschmidta przypominają dwunastowieczną komendę dość dokładnie i zawierają klauzulę, według której część przychodu lub zysku będzie zarezerwowana dla właściciela ziemskiego³⁰. Bardziej bezpośrednim dowodem jest dokument datowany na 976 rok, w którym Hualdrada, wdowa po doży nazwiskiem Petrus Candianus, wyjaśnia korzyści z *commendatione* oraz z *collegantia*³¹. Jednocześnie po raz pierwszy został wtedy użyty synonim wyrazu *commenda*.

Znaczący wkład do dyskusji wniósł Sayous, który badał mużulmańskie praktyki handlowe stosowane w Afryce Północnej. Zauważył on, że mużulmanie dysponowali w X i XI wieku znacznie doskonalszymi instrumentami prawa handlowego niż ówczesni Europejczycy. Bez wątpienia już w czasach Mahometa, a nawet jeszcze w okresie przedislamskim, kontrakt polegający na zwrocie pieniędzy i udziale w zysku, który miał dopiero być osiągnięty, istniał w formie prawie identycznej z *commenda*, która pojawiła się znacznie później w państwach chrześcijańskich zachodniej części basenu Morza Śródziemnego³². W ten sposób Sayous stwierdził wielkie podobieństwo pomiędzy pewnymi islamskimi formami spółki a *commenda*.

Ponad trzydzieści lat później Udovitch zauważył, że to kraje islamu są prawdopodobnym źródłem konstrukcji prawnej komendy w średniowieczu, również tej występującej w Europie Zachodniej. Udovitch doszedł do tej konkluzji po wyeliminowaniu zarówno talmudycznej *isqa* jak i bizantyjskiej *chreokoinonia* jako możliwych początków komendy. Uczony ten dowodził, że różniły się one od *commenda* w jej najbardziej znaczącej cesze, mianowicie w odpowiedzialności agenta. Istotnie, podczas gdy zarówno *isqa*, jak i *chreoko-*

³⁰ W. SILBERSCHMIDT, *Die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum XIII Jahrhundert. Ein Beitrag zur Geschichte der Commandit- und stillen Gesellschaft*, Würzburg 1884, s. 5.

³¹ J. FICKER, *Urkunden zur Reichs und Rechtsgeschichte Italiens*, Innsbruck 1874, s. 38.

³² A.-E. SAYOUS, *op. cit.*, s. 132-133.

inonia przypisywały pewien stopień odpowiedzialności agentowi w przypadku straty, całkowita nieobecność takiej odpowiedzialności w *commenda* jest zauważalna tylko w islamskiej *qirad* (*mudaraba*)³³.

Poglądy Udovitcha, który jednoznacznie opowiedział się za islamskimi początkami komendy w średniowieczu, okazały się swego rodzaju zaskoczeniem dla ustalonych norm nauki europejskiej, która stara się dopatrywać genezy różnorodnych aspektów kultury europejskiej w starożytności grecko-rzymskiej. Wskutek tego tezy Udovitcha zostały ponownie rozważone w najdrobniejszych szczegółach. Jednakże nawet Pryor, który był najzagorzalszym krytykiem wniosków Udovitcha, po podkreśleniu możliwych powiązań z prawem rzymskim, bizantyjskim oraz żydowskim, musiał przyznać, że z trzech kontraktów badanych przez Udovitcha, *qirad* (*mudaraba*) była bardziej podobna do *commenda* aniżeli *chreokoinonia* oraz *isqa*. Nawet biorąc pod uwagę podobieństwa, które dostrzega Pryor z *chreokoinonia* oraz *isqa* oraz różnice, które wskazał on pomiędzy *commenda* a *qirad* (*mudaraba*), musiał on przyznać, że podobieństwa zarówno w strukturze ekonomicznej, jak i prawnej pomiędzy *qirad* (*mudaraba*) oraz *commenda* były uderzające. Pomimo tego spostrzeżenia Pryor nadal uznawał, że *commenda* jest syntezą, do której powstania przyczyniły się prawo rzymskie, bizantyjskie, żydowskie oraz islamskie³⁴.

W ostatnich dwudziestu latach upowszechnia się jednak pogląd, który przyjmuje pierwszeństwo historyczne *mudaraba* przed *commenda*³⁵. Zwolennikom tego rozumowania trudno odmówić słusz-

³³ A.L. UDOVITCH, *At the Origins*, cit., s. 198-207.

³⁴ J.H. PRYOR, *The Origins of the 'Commenda' Contract*, «Speculum» 52.1 (1977), s. 33, 37.

³⁵ Zagadnieniu wpływów islamskich na prawo spółek jest w całości poświęcona książka M. ÇIZAKÇA, *op. cit.* Autor tej pracy przytacza nowe argumenty na poparcie dawniejszych tez Udovitcha o pierwszeństwie krajów islamskich we wprowadzaniu umowy zwanej później w Europie komendą. Wskazanie na pierwszeństwo prawa krajów islamskich w stosowaniu komendy występuje w najnowszej literaturze m.in.: J.L. ABU-LUGHOD, *Before European Hegemony: The World System A.D. 1250-1350*, Oxford 1989, s. 177, 180, 205; L. PEIRCE, *Morality Tales. Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab*, Berkeley-Los Angeles-London 2003, s. 243.

ności. Przede wszystkim bez przerwy utrzymywały się kontakty handlowe w obrębie basenu Morza Śródziemnego, które umożliwiały rozprzestrzenianie się idei i nowych rozwiązań, zwłaszcza tych dotyczących handlu³⁶. Następnie, skoro *mudaraba* wykazuje praktycznie pełne podobieństwo do *commenda*, to mają one wspólny początek. Jeżeli więc *mudaraba* jest w sposób oczywisty starsza, to ona może zasłużyć na bycie uważana za pierwowzór *commenda*.

Wśród uczestników dyskusji dotyczącej początków komendy w średniowieczu zauważyć można zrozumiałą tendencję do poszukiwania najbardziej bezpośrednich poprzedników zachodnioeuropejskiej komendy. Należy jednak pamiętać, że komenda znana już była w Babilonii pod nazwą *kassap tappûtim*, zaś istota kontraktu była niezwykle podobna do późniejszych rozwiązań arabskich i europejskich³⁷.

Z dyskusji dotyczącej początków średniowiecznej komendy wynika, że wszyscy uczestnicy próbują jej najdawniejsze początki lokować wśród kupieckich ludów Bliskiego Wschodu. Niewątpliwie tradycje tych ludów oparte są, w ten czy inny sposób, między innymi na dziedzictwie starożytnych cywilizacji mezopotamskich. Z dawniejszych i nowszych głosów w dyskusji co do genezy komendy można wysnuć wniosek, że wywodzi się ona z prastarych tradycji społeczeństw kupieckich Mezopotamii, które znały ją już prawie cztery

³⁶ Jak niezwykle żywotny i niezależny od różnic religijnych i bieżących konfliktów politycznych był handel w basenie Morza Śródziemnego por. np. R.S. LOPEZ, I.W. RAYMOND, *Medieval Trade in the Mediterranean World*, New York 2001, *passim*. W pracy tej, będącej komentowanym wyborem reprezentatywnych tekstów źródłowych, wielokrotnie widać wyraźnie trwałość współpracy kupców muzułmańskich i chrześcijańskich. Szczególnie charakterystyczne są teksty nr 190 oraz nr 191 (s. 384-387) pochodzące prawdopodobnie z 1201 r., a napisane przez kupców z Tunisu do ich partnerów w Pizie po incydencie militarnym, który na krótko formalnie uniemożliwił wszelką współpracę. Pomimo zawirowań politycznych i wygnania wszystkich Pizańczyków z Tunisu muzułmańscy korespondenci przekazują do Włoch najnowsze wieści polityczne i informacje o kontynuacji niedokończonych interesów.

³⁷ E. SZLECHTER, *Le contrat de société en Babilonie, en Grèce et a Rome*, Paris 1947, s. 25-42, 68-72.

tysiące lat temu, zaś do Europy Zachodniej, według przeważających obecnie poglądów, trafiła we wczesnym średniowieczu przez Włochy od kupców islamskich.

VI. PODSUMOWANIE

Wydaje się, że przy okazji rozważań dotyczących dziejów komendy w Europie, Azji i Afryce można podjąć próbę odpowiedzi na szersze jeszcze pytanie, czy w prawie istnieją wynalazki? Zdaniem autora artykułu odpowiedź na tak postawioną kwestię wypada pozytywnie. Z dziejów wynalazków technicznych widać, jak rzadko powstawały one całkowicie niezależnie od siebie. Często natomiast jedne cywilizacje przejmowały je od drugich. Tak było z papierem, prochem, igłą magnetyczną itd. To samo zjawisko dotyczy komendy, spółki akcyjnej, spółdzielni, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Co więcej, podobnie jak coraz rzadsze są współcześnie wynalazki dokonywane przez samodzielnych, prywatnych wynalazców, a większość innowacji technicznych powstaje dzisiaj w laboratoriach³⁸, tak samo rozwój danej gałęzi prawa, w tym zwłaszcza prawa handlowego, następował przez długi czas poprzez wynalazki dokonywane przez praktyków. Od czasów pierwszych jurystów republikańskich nauka prawa, z względnie krótką przerwą na Zachodzie pomiędzy VI a X wiekiem, nieprzerwanie ingeruje w tworzenie prawa. Podobnie jak w innych dziedzinach ludzkiej działalności od XVIII wieku wynalazki w prawie są dokonywane w dużym stopniu przez naukę, chociaż pozostaje jeszcze pewien margines na wynalazki praktyków, zwłaszcza w prawie międzynarodowym publicznym i międzynarodowym handlowym. Trzeba jednak podkreślić, że przecież nawet politycy, wprowadzając nowe instytucje i zwyczaje, korzystają z usług wyspecjalizowanych prawników. W ten sposób postępuje unaukowanie wynalazczości w zakresie prawa.

³⁸ Początek tego procesu scjentyzacji wynalazczości widoczny był już w XVI wieku. Por. B. ORŁOWSKI, *Technika*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1999, *passim*.

Powyższy proces scjentyzacji wynalazczości prawnej widać wyraźnie w następujących po średniowieczu dziejach komendy, która z wolna przekształca się w XVII i XVIII wieku w spółkę komandytową. Wreszcie w XIX i XX wieku wchodzi, poprzez naukę prawa i ustawodawstwo przez nią inspirowane, do nowożytnych kodeksów handlowych i cywilnych³⁹. Przystaje być instytucją zwyczajową i zostaje zaliczona do wciąż poszerzającego się katalogu spółek handlowych, które podlegają już jednak nie nakazom wypływającym z praktyki kupieckiej, lecz wypracowanym przez naukę i zatwierdzonym przez ustawodawcę przepisom prawa prywatnego.

Na podstawie aktualnego stanu badań można stwierdzić, że obecnie podjęcie na nowo prastarego wynalazku komendy przypisuje się dość powszechnie kupcom arabskim, a jej rozpowszechnienie, zwłaszcza we wczesnym średniowieczu, ekspansji islamu. W ten sposób obok cyfr „arabskich”, (które sami Arabowie przejęli z Indii), papieru (którego technologię wytwarzania Arabowie przejęli z Chin) i mnóstwa innych dokonań cywilizacyjnych, komenda, której idea podstawowa ukształtowała się jeszcze w starożytności w Mezopotamii, stanowi kolejną pozycję w wykazie wynalazków, które Arabowie przekazali średniowiecznej Europie. A przecież trzeba jeszcze pamiętać o tradycji lektury pism Arystotelesa i wielu innych myślicieli antycznych, których spuściznę poznano w Europie właśnie dzięki pośrednictwu arabskiemu. Nie powinno więc zaskakiwać, że również w europejskim dziedzictwie prawnym wystąpić mogą elementy powiązane z kulturą arabską i szerzej islamską⁴⁰.

³⁹ Kolejność wyliczenia kodeksów: handlowych i cywilnych nie jest przypadkowa; przecież w XIX wieku najpierw we Francji, a następnie w Niemczech rozdzielono w osobnych kodyfikacjach prawo handlowe i cywilne – natomiast w XX wieku Szwajcaria, a następnie Włochy przyjęły jednolite kodyfikacje prawa cywilnego. Ta kolejność dowodzi też jak bardzo pierwotnie odseparowane były od siebie nawzajem *ius civile* oraz *lex mercatoria* i ile trzeba było czasu, aby ustawodawcy niektórych krajów zdecydowali się doprowadzić prawo prywatne do jedności.

⁴⁰ Tak ważny dla prawa zobowiązań wyraz jak „ryzyko” i jego różne warianty w językach europejskich jest pochodzenia arabskiego. Pierwotnie wyraz arabski *rizk* oznaczać miał szczęśliwy przypadek, przypadkowy podarek. W związku z przy-

Kontrakt komendy jest o tyle znaczący, że w prawach ludów Europy chrześcijańskiej właśnie od idei rozróżnienia zakresu działania współników oraz idei ograniczenia odpowiedzialności, które zawarte były w konstrukcji tego rodzaju spółki, rozpoczął się proces rozwojowy, który poprzez spółkę komandytową i jej pochodne doprowadził do powstania spółki akcyjnej oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, stanowiących filary współczesnej gospodarki rynkowej. W harmonijny sposób idee ograniczenia odpowiedzialności i odsunięcia niektórych współników od bieżącego zarządu spółką, których początek w okresie średniowiecza można przypisać praktyce kupców arabskich, łączą się w tych nowoczesnych spółkach kapitałowych z ideą osobowości prawnej obecną w praktyce rzymskiej, a opracowaną naukowo po raz pierwszy przez średniowiecznych kanonistów.

THE *COMMENDA* CONTRACT IN THE MIDDLE AGES

Summary

The author of this article deals with the *commenda* contract in the Middle Ages. First of all he characterized the most important features of the *commenda* contract in Italy, because in this country it appeared already in the 10th century. One kind of the *commenda* contract was one-sided. The contract of this kind consisted in an agreement, in accordance with which one party invested some capital and the other contributed his enterprise. The liability of the partner who invested capital was limited only to its amount. Differently from the modern continental *Kommanditgesellschaft* or *société en accomandite*, in the one-sided contract the active partner was not liable for possible losses. This feature of the contract was connected

jęciem islamu każde *rizk* zaczęto pojmować jako zrządzenie Allacha, nic więc dziwnego, że wzięto pod uwagę również możliwość niepomysłnego obrotu spraw. Chrześcijanie przejęli od Arabów raczej to drugie znaczenie. Por. J. KULISZER, *Powszechna historia gospodarcza średniowiecza i czasów nowożytnych*, I, tł. W. GŁUCHOWSKI, Warszawa 1961, s. 321, przyp. 40.

with the fact that *commenda* was made for a single trade expedition, in which the risk of loss concerned the invested capital only. In the mutual *commenda* the partner who put into *commenda* the enterprise made his own material contribution which enlarged his share in the profits.

The *commenda* spread subsequently throughout Europe. This phenomenon was supported by the general development of the *lex mercatoria* i.e. common merchants law, whose basic provisions were widely accepted everywhere, from Iberian Peninsula to Scandinavia. The *commenda* contract was popular also outside Europe, especially in the vast Islamic areas. *Commenda* was called there *mudaraba*. Similarly to Christians in Europe, Muslims used precise and, to some extent, standardized collection of legal rules concerning trade, including different kinds of companies. Even local rulers in south-eastern Asia who converted to Islam promoted Islamic trade law including *mudaraba*.

Because of the great popularity of the *commenda* contract in the Middle Ages, since the middle of 19th century discussions have been conducted on the origins of this contract. It is unquestionable that *commenda* was already well-known in Mesopotamic societies in the times of Hammurabi. However it is not clear how *commenda* entered the medieval European *lex mercatoria*. Various scholars connect the beginnings of medieval *commenda* with Jewish, Islamic or Byzantine law systems. The author of this article notices that at present the arguments for Arabic beginnings of the *commenda* contract prevail. It is not surprising, taking into consideration that many inventions and ideas were handed down to the medieval Europe just by the Arabs.