

II. PRACE DROBNE I MATERIAŁY

MARIUSZ JERZY GOLECKI (Łódź)*

Grecka geneza kontraktu opcyjnego? – *Arrha* klasycznego prawa greckiego a współczesny giełdowy kontrakt opcyjny

W ostatnich latach obserwuje się niezwykle dynamiczny rozwój rynku kapitałowego, charakteryzujący się powstawaniem różnego typu usług finansowych oraz produktów bankowych. Jednym z najważniejszych wydarzeń, które zrewolucjonizowało współczesny międzynarodowy obrót gospodarczy, było upowszechnienie nowych instrumentów finansowych służących minimalizowaniu ryzyka inwestycyjnego. Do grupy tej należy zaliczyć giełdowe kontrakty opcyjne, których zastosowanie na rynkach papierów wartościowych oraz na rynkach walutowych służyć ma zwiększeniu pewności inwestycji bądź zabezpieczając przed nieoczekiwanymi zmianami kursów akcji, bądź innych papierów wartościowych.

Kontrakty opcyjne znane są od dawna zarówno w nauce prawa, jak i w praktyce obrotu, choć od połowy XIX w. w doktrynie większości państw europejskich charakter prawny opcji stanowił przedmiot sporu nie rozwiązanego w zasadzie do dnia dzisiejszego.

Wydaje się, że dla określenia charakteru prawnego oraz istoty konstrukcji prawnej opcji bardzo przydatne może okazać się zwrócenie uwagi na genezę tej instytucji. Jak dotychczas, w doktrynie jedynie sygnalizowano ten problem, nie doczekał się on jednak pełniejszego opracowania. W literaturze, zarówno ekonomicznej, jak i prawniczej, istnieją różne hipotezy dotyczące okoliczności, z którymi można wiązać z jednej strony powstanie instytucji, z której wywodzi się konstrukcja opcji na płaszczyźnie prawnej, z drugiej zaś strony zastosowanie tej konstrukcji w praktyce obrotu, w celu realizacji specyficznych funkcji (opcja rozumiana jako instrument finansowy).

E. Swan wskazuje na mezopotamskie pochodzenie tej instytucji, dowodząc, że umowy o dostawę towarów, mające cechy kontraktów terminowych,

* Autor jest stypendystą Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej.

zawierane były już w starożytnej Mezopotamii ok. 4000 lat p.n.e.¹ Jednocześnie, zdaniem tego autora, za pierwowzór współczesnych regulacji giełdowych w odniesieniu do kontraktów opcyjnych uznać należy XII-wieczne regulaminy targów w Wenecji². Zdaniem innych badaczy, genezę kontraktów opcyjnych wiązać należy raczej z istniejącymi już od ok. 1200 r. p.n.e. w Chinach, Indiach i Egipcie giełdami towarowymi³. Istnieje także hipoteza o greckim pochodzeniu konstrukcji prawnej opcji⁴. Z drugiej jednak strony wydaje się, że zarówno prawo greckie jak i rzymskie podchodziło z wielką nieufnością do wszelkich form spekulacji, w tym też do kontraktów terminowych czy opcji⁵. W literaturze pojawiają się także wzmianki dotyczące obrotu opcjami w związku z funkcjonowaniem średniowiecznych targów, a także siedemnastowiecznej giełdy w Harlemlu, na której spekulowano opcjami uprawniającymi do nabycia cebulek tulipanów po określonej z góry cenie⁶.

Biorąc pod uwagę to, że precyzyjne określenie momentu właściwego dla powstania rynku finansowego i zastosowania na nim instrumentu w postaci kontraktu opcyjnego nie wydaje się z braku wiarygodnych źródeł historycznych możliwe, należy, moim zdaniem, ograniczyć się do przedstawienia i skomentowania pierwszego, uznanego za pewne, źródła odnoszącego się z wielkim prawdopodobieństwem do zastosowania kontraktu opcyjnego w celach spekulacyjnych, a zatem użycia tej konstrukcji prawnej jaką jest opcja, jako instrumentu finansowego⁷. Źródłem tym jest fragment *Polityki* Arystotelesa, zdaniem niektórych poświęcony ocenie zjawiska spekulacji z punktu widzenia jego korzyści bądź szkód dla ustroju państwa⁸.

¹ E.J. Swan, *The Development of the Law of Financial Services*, London 1993, s. 2.

² Ibidem, s. 48–49.

³ P. Jones, J. Cook, *The Commodity Futures Trading Commission Act 1974*, 5 Mem.St.U.L.Rev., (1975), s. 457–458.

⁴ T. Bergeras, *Dictionnaire Joly, Bourse et Produits Financiers 1990-2*, Paris 1992, s. 1 pkt 1.

⁵ E.J. Swan, op. cit., s. 26–29.

⁶ T. Bergeras, op. cit., s. 1, pkt 2.

⁷ T. Bergeras twierdzi, że „La conception de la technique de l'option est très ancienne.. Aristote, le père de la logique, aurait été son premier utilisateur et bénéficiaire. Ses observations des astres lui ont permis de prévoir que l'été serait particulièrement aride et donc propice à une récolte abondante d'huile d'olive. L'année précédente caractérisée par une pénurie d'huile d'olive lui permit de payer des options à un bas prix. Ses anticipations se révélant exactes, l'effet de levier procuré par ce changement climatique l'a propulsé dans l'histoire des options, comme le *primus inter pares*.., op. cit., s. 1, pkt 1. Autor ten błędnie przypisuje spekulacje opcjami Arystotelesowi, nie zaś Talesowi z Miletu.

⁸ Tak np. M. Bączyk, M.H. Koziński, M. Michalski, W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss. *Papiery wartościowe*, Kraków 2000, s. 699. Autorzy ci utożsamiają genezę opcji z wykształceniem się <greckiej umowy sprzedaży „na pniu”>. Teza ta jest nieprecyzyjna. Greckiej umowy sprzedaży nie można utożsamiać z umową zobowiązującą do spełnienia świadczenia w przyszłości. Efekt ten osiągnano w wyniku zapłaty *arrha* oraz zawarcia kontraktu arrasowego.

We fragmencie pierwszej księgi *Polityki* (I, IV, 5) poświęconym sztuce zarabiania pieniędzy Arystoteles wspomina następującą anegdotę o Talesie z Miletu:

πάντα γὰρ ὠφέλιμα ταῦτ' ἐστὶ τοῖς τιμῶσι τὴν χρηματιστικὴν, οἷον καὶ τὸ Θάλεω τοῦ Μιλησίου· τοῦτο γὰρ ἐστὶ κατανόημά τι χρηματιστικόν, ἀλλ' ἐκείνῳ μὲν διὰ τὴν σοφίαν προσάπτουσι, τυγχάνει δὲ καθόλου τι ὄν. ὀνειδιζόντων γὰρ αὐτῷ διὰ τὴν πενίαν ὡς ἀνωφελοῦς τῆς φιλοσοφίας οὔσης, κατανοήσαντά φασιν αὐτὸν ἐλαιῶν φορὰν ἐσομένην ἐκ τῆς ἀστρολογίας, ἔτι χειμῶνος ὄντος εὐπορήσαντα χρημάτων ὀλίγων ἀρραβῶνας [prodkr. moje – MJC] διαδοῦναι τῶν ἐλαιουργίων τῶν τ' ἐν Μιλήτῳ καὶ Χίῳ πάντων, ὀλίγου μισθωσάμενον ἅτ' οὐδενὸς ἐπιβάλλοντος· ἐπειδὴ δ' ὁ καιρὸς ἦκε, πολλῶν ζητουμένων ἅμα καὶ ἐξαίφνης, ἐκμισθοῦντα ὄν τρόπον ἠβούλετο, πολλὰ χρήματα συλλέξαντα ἐπιδειξαι ὅτι ῥάδιόν ἐστι πλουτεῖν τοῖς φιλοσόφοις, ἂν βούλωνται, ἀλλ' οὐ τοῦτ' ἐστὶ περὶ ὃ σπουδάζουσιν⁹.

Niezależnie od tego, czy opowiadanie o Talesie z Miletu jest w całości czy tylko w części prawdziwe, powyższy fragment świadczy o tym, że spekulacja w IV w. p.n.e. w Grecji była zjawiskiem rozpowszechnionym, co zdają się potwierdzać także inne przytoczone przez Arystotelesa przykłady¹⁰. Autor *Polityki* nie tylko wspomina o tym zjawisku. Próbuje także skonstruować swoistą teorię spekulacji, poszukując tych prawidłowości, które decydują o zysku bądź stracie. Powyższy tekst Arystotelesa można, moim zdaniem, traktować jako zapis odnoszący się bądź to do praktyki obrotu mającej miej-

⁹ Przytaczam za F. Susemihl, *Aristoteles Werke*, Leipzig 1879 (reprint Darmstadt 1978), t. VI, s. 134. Tłumaczenie polskie: Arystoteles, *Polityka*, w tłumaczeniu Ludwika Piotrowicza, Warszawa PWN 1964, s. 29–30. „Przytocz tę dla przykładu opowieść o Talesie z Miletu. Chodzi w niej bowiem o pewną spekulację zarobkową, którą mu przypisują ze względu na jego mądrość, w której jednak wyraża się pewna ogólna reguła. Kiedy bowiem wskazując na jego ubóstwo, robiono mu zarzut, że filozofia żadnego nie przynosi pożytku. Tales podobno, przewidując na podstawie swych wiadomości astrologicznych, że zbiór oliwek będzie obfity, z niewielkich pieniędzy, jakimi rozporządzał, dał zadatek jeszcze w zimie na wszystkie prasy do oliwek w Milecie i Chios, a ponieważ nikt nie dawał więcej, za niską cenę je wynajął. Kiedy zaś nadeszła właściwa pora i nagle wielu ludzi naraz poczęło ich poszukiwać, wynajmował je za cenę, jaką zechciał, a zebrawszy w ten sposób wielkie pieniądze (...)”.

¹⁰ Por. *Polityka* I, IV, 7, I, IV, 8. Na temat poglądów ekonomicznych i prawnych Arystotelesa por. M.I. Finley, *Aristotle and Economic Analysis*. [w:], *Studies in Ancient Society*, London-Boston 1974, s. 26–52.

sce w wieku VI p.n.e., bądź też w wieku IV p.n.e., zależnie od tego, czy opowieść o Talesie zostanie uznana za autentyczną w całości, czy też raczej za właściwą dla praktyki współczesnej Arystotelesowi.

Ze względu na omawianą problematykę, najistotniejszy jest fragment, w którym opisana została specyfika podjętych przez Talesa działań mających charakter transakcji sankcjonowanych przez ówczesny porządek prawny, tj. tzw. klasyczne prawo greckie¹¹. Arystoteles wspomina o tym, że Tales, nie mając wystarczającej ilości pieniędzy, dał *zadatek*. Nie należy jednak przetłumaczonego na język polski wyrazu *zadatek* traktować jako instytucji prawnej właściwej dla prawa współczesnego. W oryginale greckim mowa jest o *arrha* (ἀρραβὼν). Należy również zwrócić uwagę na fakt, że Tales nie miał zamiaru kupować pras do oliwek, a jedynie w odpowiednim czasie wynajmował je swoim klientom. Cała opowieść wskazuje niedwuznacznie na to, że sukces finansowy Talesa wynikał z zastosowania przez niego mechanizmu tzw. dźwigni inwestycyjnej. Transakcje zawierane przez filozofa z Miletu określić także można jako transakcje pochodne, skoro wysokość wpłaconej przez niego *arrha* zależała od rynkowej wartości pras, a ściśle od poziomu podaży i popytu, które wyznaczały tę wartość. Można zatem postawić tezę, że Arystoteles opisał jako pierwszy zastosowanie na znaczną skalę transakcji pochodnych do celów spekulacyjnych. Ponadto można zidentyfikować konkretną, właściwą klasycznemu prawu greckiemu instytucję w postaci *arrha*. Charakter prawny *arrha* od dłuższego czasu stanowi przedmiot intensywnych dociekań ze strony historyków prawa, w szczególności doktryny romanistycznej, jako że instytucja ta odegrała niepoślednią rolę w procesie wykształcenia się konsensualnego kontraktu *emptio venditio* w klasycznym prawie rzymskim¹².

Także kwestia pochodzenia *arrha* stanowi przedmiot dyskusji historyków prawa. Według jednej z koncepcji instytucja ta wywodzi się z fenickiej praktyki obrotu: kupcy fenicy zawierając transakcje handlowe z Grekami żądali od nich zabezpieczenia wykonania umowy w postaci sumy pieniężnej płaconej przez kupującego sprzedawcy, jako rodzaj zaliczki na poczet ceny¹³. Według innej teorii, *arrha* została po raz pierwszy zastosowana przez Talesa z Miletu, w związku z zawieranymi przez niego transakcjami spekulacyjnymi¹⁴.

¹¹ Co do adekwatności tego pojęcia por. M. Talamanca [w:] M. Bretone, M. Talamanca, *Il diritto in Grecia e Roma*, Bari 1981, rozdz. I oraz IV.

¹² Zob. R. Zimmerman, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 230–234.

¹³ Por. P. Bergold *Geschichte und Wesen des Arrhabons und der Arrha im griechischen und römischen Rechte bis zum Procheiros Nomos*, Gernsbach 1925, s. 9.

¹⁴ Tak C. Wachsmuth, *Hellenische Altertumskunde*, Halle 1846, t. II, s. 189. Por. także F. Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, s. 333.

Współczesna doktryna podchodzi jednak z dużym sceptycyzmem do powyższych poglądów. Wskazuje się, że w świetle obecnego stanu źródeł historycznych, a właściwie przy ich braku, konstruowanie jakichkolwiek sprawdzalnych teorii dotyczących genezy i pochodzenia *arrha* jest w praktyce niemożliwe¹⁵.

Sama istota i charakter prawny tej instytucji stanowi także przedmiot sporu. F. Pringsheim utożsamia *arrha* z mającym czysto osobisty charakter zabezpieczeniem wykonania zobowiązania. Jego zdaniem, przedmiot *arrha* stanowiło wręczenie pierścienia sprzedawcy przez kupującego, co tłumaczy on magicznym charakterem tej czynności¹⁶. Podstawę tej teorii stanowi interpretacja tekstu przypisywanego uczniowi Arystotelesa, Teofrastowi, w którym wspomina on o wręczeniu pierścienia¹⁷.

Wydaje się jednak, że przedmiotem *arrha* nie był, przynajmniej w odniesieniu do klasycznego prawa greckiego, pierścień, ale ustalona co do wysokości w wyniku porozumienia stron suma pieniężna, wzmiankę zaś Teofrasta dotyczącą pierścienia należy tak interpretować, że Teofrast miał na myśli raczej wartość pierścienia mierzoną w pieniądzu¹⁸.

Kwestia charakteru prawnego *arrha* wiąże się ściśle z problematyką dotyczącą konstrukcji klasycznej greckiej umowy zobowiązującej, w szczególności zaś umowy sprzedaży. Na wstępie należy zauważyć, że w klasycznym prawie greckim nie obowiązywała zasada konsensualizmu¹⁹, a więc samo zawarcie porozumienia pomiędzy stronami nie powodowało jeszcze powstania zobowiązania. Tak np. momentem konstytutywnym dla zobowiązania z umowy sprzedaży była zapłata ceny powiązana z przeniesieniem własności towaru na kupującego²⁰. Nabywcy w przypadku niewydania rzeczy przez sprzedawcę przysługiwał środek prawny w postaci skargi o zwrot spełnionego świadczenia (*διαδικασία*). Ten sam środek przysługiwał sprzedawcy, który wydał rzecz, ale nie otrzymał zapłaty ceny²¹. Samo porozumienie stron co do ceny i przedmiotu sprzedaży nie miało z punktu widzenia prawa greckiego

¹⁵ Tak M. Talamanca, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano 1953, s. 4. Inaczej F. Pringsheim, op. cit., s. 355.

¹⁶ F. Pringsheim, op. cit., s. 349.

¹⁷ Por. Stobajos, *Anthologium*, IV 2, 20, w opr. C. Wachsmuth i O. Hense, t. V, Berlin (1884-1912), gdzie przytoczony jest fragment dzieła Teofrasta *Ἐκ τῶν Θεοφράστου Περὶ συμβολαίων*, (fr. 97 Wimm.).

¹⁸ Tak M. Talamanca, op. cit., s. 5.

¹⁹ Za konsensualnym charakterem greckiej umowy sprzedaży opowiadają się R. Dareste, *Traité des lois de Théoprasste*, RH, 1870, s. 283 oraz E. Caillemer, *Le contrat de vente à Athènes*, RH, 1870, s. 634. Por. jednak F. Pringsheim, op. cit. s. 345, V. Arangio-Ruiz, Recenzja pracy F. Pringsheima *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, Jura 2 (1951), s. 285.

²⁰ Tak J. Partsch, *Aus nachgelassenen und kleineren verstrauten Schriften*, Berlin 1931, s. 262. Por. też F. Wieacker, *Lex commissoria*, Berlin 1932, s. 90.

²¹ M. Talamanca, op. cit., s. 7.

żadnego znaczenia. Dopiero bowiem spełnienie świadczenia przez jedną ze stron dawało podstawę do żądania od kontrahenta spełnienia świadczenia wzajemnego²². Taka konstrukcja greckiej umowy sprzedaży nie sprzyjała rozwojowi obrotu. Niemożliwe było w zasadzie zobowiązanie się do spełnienia świadczenia w przyszłości, skoro samo przyrzeczenie jego spełnienia nie było prawnie chronione. W związku z tym strony umowy musiały zawrzeć osobny kontrakt o wykonanie umowy rozporządzającej, w szczególności umowy sprzedaży, w przyszłości. Kontrakt ten musiał jednak, zgodnie z tym, co zostało wyżej powiedziane, mieć charakter bądź realny bądź formalny, tak aby dawał podstawę do wykreowania zobowiązania. Istotę tego kontraktu stanowiło wręczenie przez przyszłego kupującego sumy pieniężnej sprzedawcy. Tę właśnie sumę określano nazwą *ἀρραβών* (*arrha*). Kontrakt zaś, w wyniku zawarcia którego dochodziło do wręczenia *arrha*, nazywany był *ἡ ὀνὴ καὶ ἡ πρᾶσις*²³ (kontrakt arratyczny)²⁴.

Kwestię dyskusyjną stanowi określenie charakteru prawnego relacji pomiędzy umową sprzedaży (o skutku rozporządzającym), a kontraktem arratycznym. Niektórzy autorzy utożsamiają ze sobą te dwie konstrukcje prawne, twierdząc, że w rzeczywistości mamy tu do czynienia z konsensualną umową zobowiązującą oraz realną umową o charakterze rozporządzającym²⁵. Nie wydaje się jednak, żeby relacje występujące pomiędzy obiema konstrukcjami prawnymi, tj. kontraktem sprzedaży oraz kontraktem arratycznym można było adekwatnie opisać w powyższy sposób.

Należy podkreślić, że obydwa kontrakty miały charakter realny, gdyż zawarcie samej tylko umowy konsensualnej nie wywierało w prawie greckim skutków prawnych, dla powstania których podstawę stanowiło nie samo porozumienie stron, ale spełnienie przez jedną z nich świadczenia²⁶. W odniesieniu do kontraktu arratycznego za spełnienie świadczenia uznać należy zapłatę *arrha*. W odniesieniu do umowy sprzedaży była to natomiast zapłata ceny przez kupującego oraz wydanie rzeczy przez sprzedawcę. Samo zawarcie porozumienia pomiędzy stronami miało zaś takie znaczenie, że strony określały w jego treści zarówno przedmiot sprzedaży jak i wysokość ceny, a zatem jedynie ustalały treść przyszłego zobowiązania²⁷. Raz jeszcze podkreślić należy, że do zawarcia w prawie greckim umowy sprzedaży przyszłej

²² F. Pringsheim, op. cit., s. 345.

²³ Por. Stobajos, *Anthologium*, IV 2, 20.

²⁴ M. Talamanca używa w stosunku do tej konstrukcji nazwy *il contratto arrale*. Proponuję tłumaczenie tego zwrotu na język polski jako „kontrakt arratyczny”.

²⁵ Tak F. Pringsheim, op. cit., s. 157. Autor ten wyraża także pogląd, że konstrukcja umowy sprzedaży w prawie greckim opierała się na rozdzieleniu długu i odpowiedzialności. Zawarcie konsensualnej umowy sprzedaży konstituowało stan prawny określony przez F. Pringsheima jako „duty without liability”.

²⁶ Por. V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 285.

²⁷ Ibidem, op. cit., s. 290.

(nie zaś odręcznej), tj. takiej, której wykonanie byłoby opóźnione w stosunku do zaciągnięcia przez strony zobowiązań, konieczne było zawarcie dwóch kontraktów: najpierw kontraktu arratycznego, następnie zaś umowy sprzedaży o charakterze realnym²⁸. Jednocześnie nie ulega już dziś wątpliwości, że utożsamianie tych dwóch konstrukcji ze sobą jest niedopuszczalne i wynika z utożsamiania greckiej *arrha*, stanowiącej świadczenie jednej ze stron kontraktu arratycznego, z rzymską *arrha*, mającą w zasadzie już tylko znaczenie dowodowe, wobec wykształcenia się w klasycznym prawie rzymskim konsensualnego kontraktu *emptio venditio*²⁹.

Inną interesującą kwestią pozostaje stosunek kontraktu arratycznego do porozumienia stron co do ceny i przedmiotu sprzedaży. W tekście źródłowym, jakim jest przytoczony przez Stobajosa fragment 'Εκ τῶν Θεοφράστου Περί συμβολαίων, Teofrast wiąże takie konsensualne porozumienie stron z kontraktem arratycznym:

κυρία ἡ ὠνή καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτῆσιν, ὅταν ἡ τιμὴ δοθῆ
καὶ τὰ ἐκ τῶν νόμων ποιήσωσιν, οἷον ἀναγραφῆν ἢ ὄρκον ἢ
τοῖς γείτοσι τὸ γιγνόμενον εἰς δὲ τὴν παράδοσιν καὶ εἰς
αὐτὸ τὸ πωλεῖν, ὅταν ἀρραβῶνα λάβῃ³⁰.

Analiza tego problemu wymaga, moim zdaniem, wprowadzenia rozróżnienia pomiędzy pojęciami *ἀρραβῶν* (*arrha*) oraz *ἡ ὠνή καὶ ἡ πρᾶσις* (kontrakt arratyczny). Na kontrakt arratyczny składają się: porozumienie stron co do wysokości *arrha*, oznaczenie terminu dokonania przeniesienia własności rzeczy oraz zapłaty ceny, ustalenie wysokości ceny i określenia przedmiotu sprzedaży³¹. Takie porozumienie nie wywołuje skutków prawnych do momentu zapłaty przez kupującego *arrha*. Jednak do momentu spełnienia świadczenia określanego jako *arrha* wszystkie postanowienia zawarte w treści kontraktu arratycznego nabierają mocy prawnej i stają się zaskarżalne. Nie należy ich jednak utożsamiać z samą sprzedażą o charakterze realnym, polegającą jedynie na zapłacie ceny oraz wydaniu rzeczy.

Ścisły związek pomiędzy *ἀρραβῶν* (*arrha*) oraz *ἡ ὠνή καὶ ἡ πρᾶσις* (kontrakt arratyczny) został zauważony w doktrynie. Wedle jednej z teorii konieczność zapłaty *arrha* stanowiła wymóg formalny, którego niedopełnienie powodowało niezaskarżalność nie tyle kontraktu arratycznego, co całej

²⁸ Por. D.M. MacDowell, *The Law of Classical Athens*, London 1978, s. 139.

²⁹ Por. M. McAuley, *One thousand Years of Arra*, 25 McGill Law Journal, 1977, s. 693 i nast., J.A. C Thomas, *A Postscript on Arra*, Jura, 10 (1959), s. 109 i nast., R. Zimmerman, op. cit. s. 230–233, M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, t. I, München 1971, s. 547–548.

³⁰ Por. Stobajos, *Anthologium*, IV 2, 20.

³¹ Por. D.M. MacDowell, op. cit., s. 140.

umowy sprzedaży³². Pogląd taki prowadzi jednak do utożsamienia kontraktu arratycznego z umową sprzedaży. Inni autorzy próbowali natomiast wyjaśnić związek kontraktu arratycznego z realną umową sprzedaży odwołując się do pojęcia *causa*. W szczególności, P. Bergold określa *arrha* mianem przyczyny prawnej dla dokonania przewłaszczenia i zapłaty ceny³³.

Moim zdaniem, należy zwrócić uwagę na nieco inny aspekt tego zagadnienia. Wydaje się bowiem, że zawarcie kontraktu arratycznego wywierało trzy skutki, z czego dwa o charakterze prawnym, a jeden o charakterze pozaprawnym:

1. Zawierając kontrakt arratyczny, strony ustalały treść wzajemnych zobowiązań z tytułu przyszłego kontraktu realnego (np. sprzedaży). Samo porozumienie stron nie wywoływało jednak żadnych skutków prawnych, aż do momentu zapłaty *arrha*.

2. Kontrakt arratyczny, a ściśle uiszczenie *arrha* przez kupującego, powodowało powstanie zobowiązania do wykonania transakcji sprzedaży. Zawarcie kontraktu arratycznego nadawało zaskarżalność przyszłej transakcji sprzedaży (bądź też innego kontraktu realnego). Strona, która nie spełniła świadczenia, zobowiązana była do zapłaty kary, bądź to umownej, bądź określonej w prawie danej polis³⁴.

3. Zawierając kontrakt arratyczny strony ustalały także termin, do którego lub w którym, dokonana ma zostać transakcja (zawarta, a zarazem wykonana umowa realna) oraz wysokość *arrha* i ewentualnie wysokość kary umownej, do zapłacenia której zobowiązana była strona odpowiedzialna za niewykonanie tejże umowy (wysokości *arrha* nie można bowiem automatycznie utożsamiać z wysokością kary umownej). Świadczenie polegające samo w sobie na zapłacie *arrha* nie mieściło się w pojęciu greckiej, realnej umowy sprzedaży. Na umowę tę składała się przecież jedynie zapłata ceny i wydanie rzeczy. Dlatego też należałoby określić stosunek *arrha* do ceny, stanowiącej przedmiot umowy sprzedaży. Teofrast wspomina o tym, że w przypadku zawinionego niedojścia do skutku umowy sprzedaży, strona winna zobowiązana była do zapłaty sumy pieniężnej równej ustalonej cenie przedmiotu sprzedaży³⁵.

³² P. Simonetos, *Das Verhältnis von Kauf und Uebereignung im altgriechischen Rechte*, [w:] Festschrift Paul Koschaker, Weimar 1939, t. 3, s. 172 i nast.

³³ P. Bergold, op. cit., s. 23 i nast., podobnie F. Pringsheim, op. cit., s. 387 i nast.

³⁴ Por. F. Pringsheim, op. cit., s. 351.

³⁵ Stobajos, *Anthologium*, IV 2,20: ἐὰν δὲ λαβὼν ἀρραβῶνα μὴ δέχεται τὴν τιμὴν ἢ δοῦς μὴ καταβάλλῃ ἐν τῷ ὀρισμένῳ χρόνῳ δεῖ γὰρ ὀρίσθαι, καθάπερ ἐν τοῖς Θουρίων τὸν μὲν ἀρραβῶνα παραχρήμα τὴν δὲ τιμὴν αὐθημερόν, οἱ δὲ καὶ πλείους ἡμέρας τίθενται τῆς τιμῆς, οἱ δ' ἀπλῶς ὅσας ἂν ὁμολογήσωσι τὸ δ' ἐπιτίμιον ἐκατέρω, πότερον τῷ μὲν στέρησις τοῦ ἀρραβῶνος.

Kwestia tego, na ile norma ta miała zastosowanie do kupującego nie stanowi już dziś przedmiotu sporu. Zarówno badania tekstów źródłowych, jak i wykładnia celowościowa jednoznacznie potwierdzają tezę o tym, że kupujący w przypadku, gdy z jego winy nie doszło do zawarcia realnej umowy sprzedaży tracił jedynie *arrha*³⁶. Dyskusyjna pozostaje natomiast, w szczególności w świetle wspomnianej wypowiedzi Teofrasta, kwestia określenia wysokości kary umownej, do zapłaty której zobowiązany był sprzedawca.

V. Arrangio-Ruiz przyjmuje, że *arrha* zaliczana była na poczet ceny, co w praktyce prowadziło do zmniejszenia wysokości kary umownej (*τιμή*), do zapłacenia której zobowiązany był sprzedawca³⁷. M. Talamanca wyraża natomiast przekonanie, że w przypadku niedojścia do skutku umowy sprzedaży z winy sprzedawcy, mógł on stracić *arrha*, a dodatkowo musiał zapłacić równowartość ceny. Kwestia ta zależała jednak od dokonanych przez strony w momencie zawierania kontraktu arratycznego ustaleń oraz od norm zawartych w ustawodawstwie konkretnej polis³⁸.

Teofrast w przytoczonym przez Stobajosa fragmencie wspomina o surowości zasady, zgodnie z którą sprzedawca musiał zapłacić karę równą ustalonej przez strony w treści kontraktu arratycznego cenie³⁹. Jednocześnie, najwyraźniej dla usprawiedliwienia tego rozwiązania, podaje przykłady ustawodawstw, które przewidywały nie tylko konieczność zapłacenia przez sprzedawcę wartości ceny, ale dodatkowo zwrot *arrha*. Rozwiązanie to ma służyć jako przykład pewnej skrajności, na tle której zapłata kary o wysokości samej tylko ceny towaru jawi się jako akceptowalna. Moim zdaniem, z wypowiedzi Teofrasta można wywnioskować, że co do zasady sprzedawca w przypadku niedojścia do skutku umowy sprzedaży zobowiązany był do zapłaty samej tylko wartości ceny ustalonej przez strony kontraktu arratycznego. Wyjątkowo możliwe było przyjęcie innego, bardziej surowego dla sprzedawcy rozwiązania w postaci zapłaty ceny i dodatkowo zwrotu *arrha*.

Kolejne wymagające wyjaśnienia zagadnienie dotyczące konstrukcji prawnej kontraktu arratycznego i charakteru prawnego *arrha* w klasycznym prawie greckim, to kwestia związana ewentualnym zwrotem lub zachowaniem *arrha* na poczet ceny, w wypadku prawidłowego wykonania umowy sprzedaży. Nasuwa się pytanie, czy *arrha* podlegała zaliczeniu na poczet ceny, czy też po jej wpłaceniu kupujący musiał jeszcze zapłacić całą cenę. V. Arrangio-Ruiz zdaje się przyjmować, że *arrha* zaliczana była na poczet ceny. Prze-

³⁶ M. Talamanca, op. cit., s. 13. Jako jeden z argumentów podaje on brak przykładów z praktyki obrotu w istniejącym materiale źródłowym, świadczących o tym, że kara umowna, do zapłaty której zobowiązany był kupujący, przekraczała wysokość *arrha*.

³⁷ V. Arrangio-Ruiz, A. Olivieri, *Inscriptiones Graecae Siciliae et infimae Italiae ad ius pertinentes*, Roma 1965, s. 248.

³⁸ Por. interpretację, którą przedstawia M. Talamanca, op. cit., s. 14–15, przyp. 36.

³⁹ Stobajos, *Anthologium* IV 2, 20.

ciwne stanowisko prezentuje M. Talamanca, którego argumenty uważam za przekonujące⁴⁰. Analiza konstrukcji greckiej umowy sprzedaży wskazuje jednoznacznie na to, że realny charakter tejże umowy wyklucza uznanie *arrha* za rodzaj zaliczki traktowanej jako częściowa zapłata ceny. Przez cenę należy bowiem rozumieć sumę pieniężną płaconą przez kupującego w momencie wydania towaru przez sprzedawcę. Gdyby uznać *arrha* za częściową zapłatę ceny, tym samym, biorąc pod uwagę realny charakter zarówno kontraktu arrhatycznego, jak i umowy sprzedaży, należałoby konsekwentnie stwierdzić, że w rzeczywistości mamy do czynienia z jedną umową. Taka hipoteza została jednak już wcześniej odrzucona.

Podkreślić należy inny jeszcze aspekt związany z konstrukcją prawną kontraktu arratycznego. Ze wspomnianego wcześniej fragmentu tekstu Arystotelesa wynika bowiem, że Tales z Miletu uiszczył *arrha*, chcąc zawrzeć nie umowę sprzedaży, ale umowę najmu⁴¹. Na podstawie tego tekstu wywnioskować można, że kontrakt arratyczny niekoniecznie musiał być zawierany w związku z umową sprzedaży, ale mógł także poprzedzać zawarcie innych umów⁴². W związku z tym nasuwa się wątpliwość, czy kontrakt arratycznego nie można uważać za proceduralny instrument służący zawieraniu umów w klasycznym prawie greckim. Jeśli bowiem wziąć pod uwagę fakt, że umowy w prawie greckim miały charakter realny, a co za tym idzie, ich prawna skuteczność uzależniona była od spełnienia świadczenia przez jedną ze stron, jedynym sposobem zawarcia skutecznej umowy w wypadku, gdy strony chciały opóźnić spełnienie świadczenia pozostawało uiszczenie *arrha* i zawarcie wiążącego kontraktu arratycznego.

Kontrakt ten określić można jako kontrakt realny, dwustronnie zobowiązujący, zawierany w wyniku spełnienia przez jedną ze stron świadczenia poprzedzającego zapłatę ceny z tytułu przyszłej umowy sprzedaży. Zawarcie kontraktu arratycznego wywoływało skutek w postaci powstania zobowiązania do zawarcia definitywnej, rozporządzającej umowy sprzedaży. W wypadku, gdy umowa sprzedaży nie zostałaby zawarta, strona, która ponosi za to odpowiedzialność zobowiązana jest do zapłaty kary o określonej bądź ustawowo, bądź umownie przez strony kontraktu arratycznego wysokości⁴³.

⁴⁰ M. Talamanc a w odniesieniu do teorii, której zwolennikiem jest V. Arrangio-Ruiz, twierdzi, że: „Ci é chiaro il ragionamento dell'illustre Maestro, che cioè, avendo ricevuto un'arra, il venditore, al momento dell'effettiva compravendita, riceve soltanto il residuo prezzo; ma non crediamo che questo ragionamento colga nel segno: i greci infatti sentivano troppo la natura dell'arra come anticipo sul prezzo (...)”, op. cit., s.14, przyp. 38.

⁴¹ Fragment ten stał się przedmiotem spekulacji co do istnienia w prawie greckim konsensualnej, zobowiązującej umowy najmu. Por. F. Wieacker, op. cit., s. 92, Massei, op. cit., s. 205.

⁴² Por. uwagi F. Pringsheima dotyczące *arrha* płaconej w związku z zawieraniem umów o dzieło w prawie greckim, op. cit. s. 374.

⁴³ Por. M. Talamanc a, op. cit., s. 10.

Interpretacja zawartej w *Polityce* wypowiedzi Arystotelesa pozwala także w pewnym stopniu na podjęcie próby opisu funkcjonowania instytucji prawnej w postaci *arrha* w praktyce obrotu. Arystoteles wspomina w swoim opowiadaniu dotyczącym spekulacyjnej działalności Talesa z Miletu najpierw o uiszczeniu przez niego *arrha*, Tales nie był bowiem w stanie zapłacić czynszu i od razu wynająć pras do oliwek. Jego strategia opierała się zatem na wykorzystaniu efektu tzw. dźwigni inwestycyjnej. Współcześnie uważa się, że z punktu widzenia analizy finansowej opcji giełdowej efekt ten stanowi najbardziej charakterystyczną cechę tej transakcji, odróżniającą ją od innych instrumentów pochodnych.

Współczesna opcja giełdowa, mająca charakter instrumentu pochodnego, jest tożsama z konstrukcją prawną *option contract* wykształconą na gruncie *common law*. Jest ona równocześnie bardzo zbliżona do znanego klasycznemu prawu greckiemu kontraktu arratycznego. Podobieństwo to, pomijając dystans dzielący gospodarkę klasycznej Grecji od dziewiętnastowiecznej gospodarki angielskiej i amerykańskiej, jest tym bardziej zastanawiające, że w zasadzie można wykluczyć możliwość istnienia jakiegokolwiek recepcji konstrukcji prawnych klasycznego prawa greckiego w *common law*⁴⁴.

Wykształcenie się na gruncie *common law* kontraktu opcyjnego (*option contract*)⁴⁵ związane było z regulacją dotyczącą oferty w prawie angielskim, a w szczególności z obowiązywaniem tzw. *doctrine of consideration*⁴⁶. Oferta w *common law* nie wiąże bowiem oferenta, aż do momentu jej przyjęcia przez oblata⁴⁷. Może on nawet pomimo wyznaczenia terminu, w którym będzie oczekiwał na odpowiedź oblata zmienić ją lub odwołać⁴⁸. Istnieją dwa wyjątki od tej zasady: pierwszy stanowi rzadko dziś już spotykana w prakty-

⁴⁴ Na podobieństwo pomiędzy opcją właściwą klasycznemu prawu greckiemu, a opcją w *common law* zwrócił ostatnio uwagę R. Versteeg w artykule *A Contract Analysis of the Trojan War*, 40 *Arizona Law Review*, 1998, s. 173. W szczególności zauważa on, że: „Modern contract doctrine would treat Dolon's undertaking of the task as creating an option contract that would freeze Hector's offer for a reasonable period of time.”, op. cit., s. 186.

⁴⁵ Por. P.S. Atiyah, „*Contracts, Promises and the Law of Obligation*”, Oxford 1986, s. 183, 192 i n. Por. też D. Henrich, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*. Berlin-Tübingen 1965 s. 70–74. Por. też opinię F. Zolla, który na marginesie swoich uwag dotyczących różnicy pomiędzy opcją a umową przedwstępną zauważył, że „Do opcji, instytucji pochodzenia angielskiego (agreement for an option) stosować trzeba w granicach analogii przepisy o umowie przedwstępnej.”, *Zobowiązania w zarysie*, Warszawa 1948, s. 78.

⁴⁶ Por. A.W.B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract. The Rise of the Action of Assumpsit*. Oxford 1975, s. 316–326.

⁴⁷ Przyjęty w *common law* system oferty wywodzi się wprost z prawa rzymskiego. Por. Ulpian w D.50,12,3: *Pactum est duorum consensus atque coventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum..* Co do wpływu dokonanego przez Ulpiana rozróżnienia pomiędzy niewiązującą ofertą a wiążącym porozumieniem na ewolucję pojęcia oferty i kontraktu w *common law* por. A.W.B. Simpson, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, *Law Quarterly Review*, 91 (1975), s. 251 i n.

⁴⁸ Por. *Cooke v. Oxley* (1790) 3 T.R. 653, *Routledge v. Grant* (1828) 4 Bing. 653, *Head v. Diggon* (1828) 3 M. & Ry. 97.

ce *an offer under seal*, czyli oferta złożona w specjalnej formie, która nie może być odwołana ani zmieniona⁴⁹. Drugi to zawarcie oddzielnej umowy, w której oferent zobowiązuje się oczekiwać na odpowiedź oblata (optującego) w z góry określonym przez obie strony terminie, natomiast oblat spełnia świadczenie polegające na zapłacie ustalonej przez obie strony sumy pieniężnej tzw. premii opcyjnej, stanowiącej *consideration*, czyli porównywalny do kontynentalnej *causa* warunek ważności umowy⁵⁰. Pomimo pewnych kontrowersji, taka regulacja dotycząca oferty oraz ewentualnej umowy opcyjnej funkcjonuje w *common law* do dzisiaj⁵¹.

Wydaje się, iż właśnie w tego typu „umowie o związanie ofertą”, bądź też umowie zawartej pod warunkiem potestatywnym⁵², można upatrywać pierwowzoru giełdowej umowy opcyjnej. E. Jowitt określa opcję jako: „*The privilege (acquired for a consideration) of calling for delivery [podkr. moje – MJG] or of making delivery or of both, within a specified time, of some particular stock or article at a specified price to a specified amount*”⁵³.

Prawo opcji, zgodnie z przedstawioną powyżej charakterystyką, uprawniało do żądania dostarczenia określonych z góry towarów w oznaczonym terminie. Należy przy tym zauważyć, że powstała na gruncie *doctrine of consideration* konstrukcja umowy opcyjnej polegającej na zobowiązaniu się oferenta do oczekiwania w określonym terminie na odpowiedź oblata, w zamian za zapłatę premii opcyjnej, mającej charakter *consideration*, stała się co najmniej od XVII wieku podstawą prawną dla zawieranych na giełdach transakcji terminowych. Giełdowe transakcje opcyjne stanowią zatem swoistą odmianę klasycznych kontraktów opcyjnych⁵⁴.

Podobnie, jak miało to miejsce w starożytnej Grecji, tak i w krajach *common law*, opcja stała się instrumentem finansowym. Z tym jednak, że o ile

⁴⁹ Por. P. Cheshire, A. Fifoot, T. Furmstone, *Law of Contract*, London-Dublin-Edinburgh 1991, s. 3.

⁵⁰ Por. W. Lorenzen, *Causa and Consideration in Contracts*, Yale Law Journal, 28 (1919), s. 621 i n.

⁵¹ Por. *Law Revision Committee, 6-th Interim Report (Statute of Frauds and the Doctrine of Consideration)*, Cmd. 5449, 1937, para. 38, s. 22. Por. krytyczne uwagi dotyczące konstrukcji opcji w doktrynie amerykańskiej C. Fried, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation* Cambridge-London 1981, s. 31, 36, 39, 48, 116–117, i angielskiej: G. Treitel, *The Law of Contract*, London 1999, s. 141–142.

⁵² Charakter prawny kontraktu opcyjnego w *common law* jest wciąż sporny. Por. G. Treitel, *ibidem*, s. 140, przyp. 80.

⁵³ E. Jowitt, *The Dictionary of English Law*, 1959, s. 1271, cytuję za D. Henrichem, *op. cit.*, s. 72.

⁵⁴ Por. *Halsbury's Laws of England*, t. XXXVI 1961, s. 509. D. Henrich stwierdza, że: „Häufig ist die Vereinbarung eines optionsrechts auch bei *Börsengeschäften*. Wird jemandem das Recht eingeräumt bestimmte Papiere zu einem bestimmten Kurs bis zu einem festgesetzten Zeitpunkt erwerben zu können, so spricht man von einer option to call. Verpflichtet sich jemand, eine bestimmte Anzahl von Papieren zu einem bestimmten Kurs einzunehmen auf dessen Wunsch abzukaufen, so hat dieser eine sogenannte option to put.”, *op. cit.*, s. 74.

uznanie opcji prawa greckiego (*arrha*) za instrument pochodny może być kontrowersyjne, w szczególności wobec istnienia nielicznych źródeł dokumentujących praktykę obrotu, o tyle nie budzi ono żadnych kontrowersji w odniesieniu do kontraktów opcyjnych zawieranych co najmniej od XVII w. na giełdach towarowych, np. na giełdzie bawełny w Liverpool. W Londynie w tym samym czasie w rozpoczęto obrót prawami opcji na papiery wartościowe. Został on jednak zabroniony na mocy *Bernard's Act* w roku 1733⁵⁵.

Charakterystyczne nazwy umów opcyjnych: *call* dla umowy uprawniającej do żądania dostarczenia towaru, czy *put* dla umowy uprawniającej do żądania odbioru towaru wywodzą się właśnie z angielskich giełd towarowych⁵⁶. Podobnie też funkcjonowały od drugiej połowy XVIII w. rynki opcji w USA⁵⁷. W 1848 r. w Chicago powstała giełda towarowa Chicago Board of Trade. Rozpoczęto na niej także obrót opcjami na towary rolne⁵⁸. Jednak już w 1865 r. Rada Giełdy próbowała zabronić zawierania takich transakcji. Transakcje opcyjne zawierano także w związku z obrotem ropą naftową oraz akcjami spółek kolejowych w Nowym Jorku⁵⁹. Zawieranie transakcji opcyjnych związane było ze spekulacją, która pod koniec XIX wieku stała się także w USA przedmiotem szeregu regulacji i orzeczeń sądowych⁶⁰.

W konkluzji należy stwierdzić, że wszystkie wyżej wymienione cechy kontraktu arratycznego właściwe dla klasycznego prawa greckiego oraz ówczesnej praktyki obrotu uprawniają do tego, by w konstrukcji prawnej tego kontraktu upatrywać archetyp współczesnego, wywodzącego się z prawa anglosaskiego, kontraktu opcyjnego. Zapłatę *arrha* utożsamiać można z zapłatą premii opcyjnej. Świadczy o tym zarówno charakter prawny tej instytucji, jak i zachowane w źródłach świadectwo dotyczące posługiwania się nią w sposób analogiczny do współczesnych kontraktów opcyjnych jako instrumentem służącym spekulacji z jednej i zabezpieczeniem przed zmianą ceny rynkowej, z drugiej strony.

⁵⁵ Por. *Grisewood v. Bain*, 20 Eng. L and Eq. Rep. 290 (1852).

⁵⁶ R. Goode, *Commercial Law*, wyd. 2, London 1995, s. 156.

⁵⁷ Por. E. Katz, *History of Options* [w:] *Options Institute, Options Essential Concepts and Trading Strategies*, 1990, s. 2, por. także R. Hull, *Kontrakty terminowe i opcje. Wprowadzenie*, Warszawa 1997, s. 206. Rynek opcyjny w USA został zorganizowany przez pełniącą funkcje izby rozliczeniowej pomiędzy stowarzyszonymi brokerami samorządową organizację brokerów „Put and Call Brokers and Dealers Association”.

⁵⁸ E.J. Swan, *The Development of the Law of Financial Services*, Londyn 1993, s. 92.

⁵⁹ Idem, *United States; The Rise and Decline of Futures Trading in America*, [w:] *Futures & Derivatives Law Review* 3, 1994, s. 12.

⁶⁰ *Harris v. Tubbrige*, 83 N.Y. 92, 95 (1880), *Bigelow v. Benedict*, 70 N.Y. 202 (1877), *Pixley v. Boynton*, 79 Ill. 351 (1875), *Kirkpatrick & Lyons v. Bonsall*, 72 paragr. 155 (1872). Istnieje także bogata literatura z tego okresu dotycząca walki ze spekulacją. Por. np. D. Passos, *A Treatise on the Law of Stockbrokers and stock Exchanges*, New York 1882.

