

MAREK KURYŁOWICZ (Lublin)

Alea i kontrakty aleatoryjne w prawie rzymskim*

I

1. Terminem *alea* oznaczane są w źródłach rzymskich, także prawniczych, przede wszystkim gry losowe¹. W starożytnym Rzymie były to najczęściej gry w kości (*tali, tesserae*)², których wynik zależał wyłącznie od losu i przypadku. Trafnie tę cechę gier losowych ujął Cicero, *divin.* 2,85: *Idem prope modum quod micare, quod talos iacere, quod tesseras, quibus in rebus temeritas et casus, non ratio nec con-*

* Artykuł niniejszy powstał w ramach studiów autora nad społecznoprawnymi zagadnieniami gier i zakładów w starożytnym Rzymie, prowadzonych w czasie pobytu w Leopold Wenger-Institut für Rechtsgeschichte (pod kier. prof. D. Nörra) Uniwersytetu w Monachium, na podstawie stypendium z Alexander von Humboldt-Stiftung.

¹ Por. D.11,5; C.3.43; Heumann-Seckel, s. 27; Leonhardt, RE I, 1, 1358 (skrót stosowany jest według M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971 — dalej jako: RP I — s. XIX i n.). Najnowsza praca o grach rzymskich: J. Väterlein, *Roma ludens. Kinder und Erwachsene beim Spiel im antiken Rom*, Amsterdam 1976. Ostatnie prawnicze opracowanie pochodzi z XIX w.: G. Schönhardt, *Alea. Über die Bestrafung des Glücksspiels im älteren römischen Recht*, Stuttgart 1885 (por. Pernice, SZ 7, 1886, s. 148). Wstępna charakterystyka stosunku prawa rzymskiego do gier także w: M. Kuryłowicz, *Die Glücksspiele und das römische Recht* — Studi Sanfilippo, Milano 1983, vol. IV, s. 267-282.

² Opis gry już u Plautusa, *Curc.* 354-361; zob. też *Sen. Apocol.* 15, 1; *Suet. Aug.* 71. Obrazy gier przynoszą też graffiti z Pompejów — por. np. U.E. Paoli, *Das Leben im alten Rom*, München 1961, Tabl. XV, 2. W źródłach nieprawniczych same już nazwy kości do gry (*tali, tesserae*), wyrzucanych ze specjalnego kubka (*fritillus*), oznaczają w ogóle grę — m. in. *Plaut. Asin.* 779; 904; *Bacch.* 71; *Capt.* 83; *Rud.* 329; *Cic. divin.* 1, 23: 2, 85; *Ovid. Trist.* 2, 471-475; *Prop.* 2, 33, 25; *Juv.* 11, 1-4; 14, 4; *Suet. Claud.* 33; *Amm. Marc.* 28, 4, 21; *Isid. Etym.* 18, 60; 64-66.

silium valet. W przenośnym znaczeniu *alea* oznacza los, ryzyko czy też nadzieję na szczęśliwy przypadek³.

Jeśli chodzi o gry losowe⁴, to zainteresowanie prawa dotyczyło tylko tych gier, które toczyły się o stawkę pieniężną lub inny fant wartości majątkowej. Źródła dostarczają licznych przykładów takich gier, przegrywania dużych sum pieniędzy lub wręcz trwonienia w ten sposób całych majątków⁵. Częste określenia typu *alea damnosa* (Mart. 4,14,6; 13,1,8; 14,8,1) czy *alea fallax* (Ovid. ex Ponto 4,4,21) podkreślają tę rujnąjącą graczy właściwość gier losowych, która uzasadnia rozumienie *alea* także jako gry hazardowej⁶.

Gry losowe (hazardowe) były w Rzymie już w okresie republiki przedmiotem zakazów ustawowych. Pierwsza wzmianka o ustawie przeciw grom (*lex alearia*) pochodzi od Plautusa (Mil. 164: *ut ne fraus legi faciant aleariae*). Powtarzają się one u Cicerona (Phil. 2,56: *lege quae est de alea*) i Horacego, który pisze już w liczbie mnogiej: *vetita legibus alea* (Od. 3,24,58). W tytule D.11,5: *De aleatoribus*, zamieszczony został z kolei tekst Marciana (D.11,5,3), który wymienia ustawy regulujące kwestię zawierania zakładów w związku z dozwolonymi lub niedozwolonymi grami. Ustawy te: *Titia*, *Publicia* i *Cornelia*, bliżej zresztą nie znane, regulowały prawdopodobnie także kwestie samych niedozwolonych gier losowych; łączyłyby się wówczas ze wzmiankami o *leges aleariae*

³ Por. też Cic. divin. 1, 23; 2, 48; 2, 121; de fin. 3, 54; Mart. 4, 14, 8 (*incertis fritillis*); Horat. Od. 2, 1, 6. Dalsze źródła u Väterlein, o.c., s. 11, uw. 52; także A. Otto, *Die Sprichwörter der Römer*, Hildesheim 1964 (Nachdruck z r. 1890), s. 13. Co do filozoficznych aspektów gier i umów losowych zob. F. Senn, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit*, RHD 34, 1956, s. 167 i n.

⁴ Oprócz gier w kości znane były również inne gry losowe, np. *nuces* (rzucanie orzechami lub zgadywanie ich ilości: par-impar) lub gra monetami (*capitana*) — por. Elegia Nux 75 i n., Suet. Aug. 71; Macrobr. sat. 1, 7, 22. W źródłach występują one jednak jako typowe gry dziecięce, rzadko uprawiane przez dorosłych i dlatego określane co najwyżej jako *alea parva et non damnosa* — Mart. 14, 18; p. też Horat. sat. 2, 3, 47. O grach tych zob. Väterlein, o.c., s. 34 i n., nadto J. Carcopino, *Zycie codzienne w Rzymie*, Warszawa 1966, s. 240; J. Marquardt, *Das Privatleben der Römer II*, Leipzig 1886, s. 839. Co do *micatio* zob. nadto Schneider, RE XV, 2, 1516; A. Guarino, *Consuetudo micandi* — Historia 29, 1980, s. 124 i n. Rozciąganie pojęcia *alea* na te i ewentualnie inne jeszcze gry (por. Mommsen, StrR., s. 860, uw. 6) nie jest uzasadnione. Najbardziej rozpowszechnioną i najbardziej typową była niewątpliwie gra w kości.

⁵ Gra o fant: Plaut. Curc. 354 - 360 (pierścień); 609 (niewolnica); Paul. D. 11, 5, 4, pr., por. Siber, s. 179. O przegranych w kości m. in. Cic. Phil. 2, 56 (*in alea perdidit*); Horat. epist. 1, 18, 21 (*praeceps alea nudat*); Pers. 5, 57 (*alea decoquit*); Juv. 1, 88 i n., 11, 175; Carcopino, o.c., s. 239; U. E. Paoli, o.c., s. 264.

⁶ Heumann-Seckel, s.v. *alea*; L. Friedlaender, *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*, Leipzig 1922, s. 253. Najczęściej określenia te używane są zamiennie.

w źródłach nieprawniczych⁷. Istnieją nadto podstawy do przypuszczeń, że *leges aleariae* pozostawały w związku z tzw. *leges sumptuariae*, z którymi łączył je wspólny motyw występowania w obronie starorzymskich dobrych obyczajów, a przeciwko zbytkowi i rozrzutności⁸.

Ostatni zakaz okresu klasycznego ustanowiony został przez *senatus-consultum* (daty nieznanej), przytoczony przez Paulusa w D.11,5,2,1 (1,19 ad ed.): *Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat*. Ponowiony zaś został kilka wieków później przez Justyniana, który podkreślając znów zwodniczy i zgubny charakter gier hazardowych (C.3,43,1, pr.) zabronił ich w całej rozciągłości — C.3,43,1,1 (529 r.): *Commodis igitur subiectorum providere cupientes hac generali lege decernimus, ut nulli liceat in privatis seu publicis locis ludere neque in specie neque in genere* — —.

2. Ustawy przeciw grom stanowią jednak, podobnie jak *leges sumptuariae*, wymowny przykład nieskuteczności ustawodawstwa wobec odmiennej praktyki i obyczajów. Mimo prawnych zakazów, gry w kości pozostały ulubioną rozrywką Rzymian⁹ i chociaż typowe środowisko graczy mieściło się w niższych kręgach społecznych, to nie brak przykładów hazardu osób znanych: polityków, literatów i samych cesarzy¹⁰. Charakterystyczne dla oceny hazardu w okresie pryncypatu są zwłaszcza satyry Juwenalisa.

Juv. 1,87 - 93: — *et quando uberior vitiorum copia? quando/ maior avaritiae patuit sinus? alea quando/ hos animos? neque enim loculis comitantibus itur/ ad casum tabulae, posita sed luditur arca./ proelia quanta illic dispensatore videbis/armigero! simplexne furor sestertia centum/ perdere et horrenti tunicam non reddere servo?*

⁷ O *leges aleariae* patrz Rotondi, Leg. publ., s. 261; 363; 479. G. Longo, NNDI IX, s. 793; 796; patrz też następny przypis.

⁸ Por. ostatnio I. Sauerwein, *Die leges sumptuariae als römische Massnahme gegen den Sittenverfall*, (Dissertation) Hamburg 1970, s. 5 i n., D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, s. 73 i n. Wcześniej już F. Wieacker, *Vom römischen Recht*, Stuttgart 1961, s. 63. Odmienne J. Söndel, *Les „leges sumptuariae“ considérées comme l'expression des conditions sociales et économiques de la Rome antique*, Arch. Jur. Crac. VI, 1973, s. 115, uw. 109. Do tematu tego powracam w osobnym artykule (w druku).

⁹ O grach jako rozrywece por. literatura w przypisie 5 oraz: J. Balson, *Life and Leisure in Ancient Rome*, London 1969, s. 154; J. Guillen, *Urbs Roma. Vida y costumbres des los Romanos*, Salamanca 1980, vol. 2, s. 319; L. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 1983, s. 434 i n., z dalszą literaturą na s. 727.

¹⁰ O grach imiennie w źródłach wymienionych znanych postaci w Rzymie patrz Väterlein, s. 61 - 72 (politycy), 72 - 85 (cesarze), 85 - 98 (literaci). Wśród cesarzy zamięłowaniem do gry w kości wyróżniali się August, Domicjan i Klaudiusz (Suet. Aug. 71; Dom. 21; Claud. 5). Grali również Kaligula, Neron, Verus i Kommodus.



Żądza i obłęd gry, w której przegrywano całe skarbczyki domowe (*arca*) kosztem np. źle odzianych niewolników to zapewne nieco przesadzony, ale dobrze ilustrujący gry hazardowe obrazek obyczajowy z życia codziennego Rzymu.

Juv. 11,175-178: — — *alea turpis / turpe et adulterium mediocribus: haec eadem illi / omnia cum faciunt, hilares nitidique vocantur.*

Wyraźny i w tej satyrze jest akcent społeczny, gdy wytyka Juvenalis, że to, co dla ubogich jest niegodziwym hazardem (*alea turpis*), u bogatych nazywa się wesołą rozrywką¹¹. Podobnie Suetonius podkreśla, że cesarz August nie przejmował się negatywną oceną społeczną jego zamiłowania do hazardu (Aug. 71), Ammianus Marcellinus zaś opisuje próby ominięcia przez *nobiles* miana hazardzisty (*aleator* — 28,4,21) i zastąpienia go ogólniejszym mianem gracza (*tesserarius*). Różnica pojęć była jednak taka sama, jak między złodziejami (*fures*) a rabusiami (*latrones* — Amm. Marc. *ibid.*). W odniesieniu do plebsu stwierdza zaś Marcellinus, że cały czas schodzi im na grach w kości, piciu wina, spektaklach i innych tego rodzaju rozrywkach: *Hi omne, quod vivunt, vino et tesseris impendunt et lustris et voluptatibus et spectaculis* (Amm. Marc. 28,4,29).

Jak widać już z przytoczonych źródeł, gry hazardowe były zadomowione w całym społeczeństwie rzymskim, aczkolwiek w wyższych jego warstwach zdawano sobie sprawę, że nie jest to rozrywka godna dobrze urodzonego obywatela rzymskiego.

3. Ocena gier w kości w hierarchii rozrywek odpowiednich dla Rzymianina była więc jednoznacznie negatywna. Już Cicero pisze, że człowiek został stworzony dla wyższych zadań niż gry i zabawy (*de off.* 1,103), a jeśli nawet — po wypełnieniu swych obowiązków — odda się rozrywce, to winien baczyć, by przez to nie narazić swej godności na uszczerbek (*de off.* 1,104). Nie brakuje zaś rozrywek odpowiednich dla obywatela, tak jak np. gry sportowe i polowanie, stanowiące *honestae exempla ludendi* (Cic. *de off.* 1,104). W innym miejscu (*de orat.* 3,15,58) zwraca Ciceron uwagę, że jeśli ludzie prości oddają się w wolnych chwilach grom w kości (*se ad talos aut ad tesseras conferunt*), to ludzie z jego sfery znajdują odpowiednie dla siebie rozrywki: — — *alii ad poetas, alii ad geometras, alii ad musicos contulerunt*. Poglądy Cicerona nie były odosobnione, albowiem u innych autorów (np. Ovid. *Rem.* 146-148; Quint. *inst.* 1,12,8; Sen. *de brev. vita* 13,1; *de vita beata* 7,3; Mart. 4,14) spotkać można wypowiedzi przeciwstawiające marnotrawieniu czasu na ucztach i grach życie aktywne, wypełnione pracą pożyteczną, a w wolnych chwilach literaturą, sztuką i innymi szlachetnymi roz-

¹¹ F. Bellandi, *Etica diatribica e protesta sociale nelle satire di Giovenale*, Bologna 1980, s. 82; Carcopino, o.c., s. 239.

rywkami. Należały do nich zawsze, jak potwierdzają źródła prawnicze, gry zręcznościowe i sportowe (Paul. D.11,5,2,1; Marc. D.11,5,3).

Przeciwno grom hazardowym przemawiały natomiast ich zgubne skutki majątkowe, brak umiarkowania oraz towarzyszące im z reguły takie okoliczności jak pijaństwo, huczne biesiady i rozpusta¹². Również knajpy (*popinae* — Mart. 5,84; Paul. D.47,10,26) i domy publiczne (*lustra* — Cic. Phil. 2,56; Amm. Marc. 28,4,29) były ulubionymi miejscami spotkań hazardzistów. Nic więc dziwnego, że stawiani byli oni na równi z ludźmi o najgorszej reputacji (*omnes aleatores, omnes adulteri, omnes impuri impudicique* — Cic. Cat. 2,23), a miano hazardzisty (*aleator*) było wręcz obelżywe¹³. Z tych też względów skłonność do hazardu uznawana była za wadę (*vitium moris*), obniżającą wartość moralną osoby i pociągającą za sobą niesławę społeczną¹⁴.

II

1. Jako działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami były też gry losowe ścigane karnie. Relację o takim procesie przeciwko Licyniuszowi Denticula przekazał Cicero, Phil. 2,56: *Licinium Denticulam de alea condemnatum, conlusorem suum, restituit; — — quam attulisti rationem populo Romano, cur eum restitui oporteret? — — hominem omnium nequissimum, qui non dubitaret vel in foro alea ludere, lege, quae est de alea, condemnatum qui in integrum restituit — —*.

Wyrok został co prawda za sprawą Antoniusza uchylony przez zgromadzenie ludowe, ale tekst w każdym razie dowodzi, że ustawa przeciw

¹² Por. już u Plautusa (Curc. 354; Asin. 905; Mostel. 307), nadto Cic. Cat. 2, 23; Phil. 2, 56, 2, 67 (— — *domus erat aleatoribus referta, plena ebriorum; totos dies potabatur*). Horacy (Od. 2, 7, 25) opisuje zwyczaj wybierania króla uczt (*arbitrum bibendi*) rzutem kości. Por. też Od. 1, 4, 18; Juv. 11, 171 - 179; Plin. h.n. 14, 140. Częste zestawienie hazardu i rozpusty u Cicerona (wyżej); również Quint. inst. 2, 4, 22 (*adulterum, aleatorem, petulantem*); Plin. Paneg. 82, 9 (*in aleam, stuprum*); Tryph. D. 50, 16, 225 (*adulterum aleatorem*). Por. też przepisy 13 i 32.

¹³ I. Opelt, *Die lateinischen Schimpfwörter und verwandte sprachliche Erscheinungen*, Heidelberg 1965, s. 154; 157; 176. Obok źródeł w przypisie 12 p. też Cic. Phil. 3, 35; 5, 12; 8, 26; 13, 24; Amm. Marc. 14, 6, 14 - 15; 28, 4, 21; SHA Verus 4, 4 - 6. W tekstach prawniczych hazardziści zrównani są m. in. z pijakami, złodziejami, oszustami i cudzołożnikami — por. Ulp. D. 21, 1, 4, 2; 21, 1, 19, 1; 21, 1, 25, 6; Pomp. D. 17, 2, 59, 1; Tryph. D. 50, 16, 225; CTh. 3, 16, 1.

¹⁴ Cic. de off. 1, 104 (*turpitudine*); Juv. 11, 175 (*alea turpis*); Suet. Claud. 5 (*aleae infamia*). O hazardzie jako *vitium moris* por. m. in. Quint. inst. 2, 4, 22; Plin. Paneg. 82, 9; Juv. 1, 87; 14, 4; SHA Verus 4, 6. U niewolników skłonność do gry uznawana była za wadę obniżającą ich wartość targową — por. źródła prawnicze wyżej w przypisie 13; Kuryłowicz, *Servus aleator*, Studi Biscardi IV, Milano 1983, 527 - 536.

grom hazardowym była za czasów Cicerona stosowana¹⁵. Kara nie jest znana; przypuszczalnie była to pieniężna *poena quadrupli*, o której pisze Ps. Asconius (in divin. 24)¹⁶. Prawdopodobnie za udział w niedozwolonej grze skazany został też M. Curius¹⁷. W obu przypadkach chodziło jednak o sytuacje ekstremalne: Licinius Denticula grał nawet na forum¹⁸, M. Curius zaś *notissimus fuit aleator; in alea pereruditus* (Ps. Ascon. in toga cand. 84). Procesy były więc zapewne nieczęste, ale zagrożenie istniało. Ps. Asconius (in divin. 24) oraz Ovidius (Trist. 2,471 - 472) piszą nadal o *alea* jako *crimen*, choć ten ostatni już w czasie przeszłym (*apud maiores nostros*). Epigramy Marcjalisa z kolei dowodzą, że za jego czasów gry hazardowe były nadal ścigane przez edylów, sprawujących nadzór policyjny nad porządkiem publicznym, w tym nad szynkami, knajpami, burdelami i innymi tego rodzaju miejscami (*loca aedilem metuentia* — Sen. de vita beata 7,1,3), będącymi najczęściej także ośrodkami zakazanych gier¹⁹. Dalsze źródła sugerują, że zakaz uprawiania określonych gier utrzymał się w prawie poklasycznym i justyniańskim oraz że był realizowany²⁰.

2. Wśród prawnych środków przeciwko grom (*alea*) ważne miejsce zajmuje edykt pretorski²¹. Poza regulacją odpowiedzialności za długi z gier (niżej III), zawierał on postanowienia skierowane przeciwko osobom udzielającym hazardzistom lokalu oraz przeciwko zmuszającym do gry.

¹⁵ Por. Schönhardt, o.c., s. 40 i n., Mommsen, StrR., s. 860; H. Greenidge, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, London 1901 (Reprint New York 1971), s. 462, uw. 6; 522, uw. 3.

¹⁶ Ps. Ascon. in divin. 24: *quadruplatores esse eorum reorum accusatores, qui convicti quadrupli damnari soleant, aut aleae aut pecuniae gravioribus usuris feneratae — aut eiusmodi aliorum criminum*. Por. Karłowa II, s. 1347; Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, s. 37, uw. 19.

¹⁷ Ps. Ascon. in toga cand. 84; Münzer, RE VIII, 2 (Curius 7), 1840.

¹⁸ Cic. Phil. 2, 56; E. Gruen, *The Last Generation of the Roman Republic*, Berkeley 1974, s. 528; Münzer, RE XIII, 1 (Licinius 80), 350.

¹⁹ Mart. 5, 84: *aedilem rogat udus aleator*; 14, 1: *nec timet aedilem moto spectare fritillo*. O „jaskiniach gry” T. Kleberg, *Hôtels, restaurants et cabarets dans l'antiquité Romaine*, Upsala 1957, s. 118; Carcopino, o.c., s. 241. O nadzorze edylów również D. Sabbatuci, *L'Edilità romana*, Mem. Accad. Lincei, Ser. VIII, vol. VI, fasc. 3 (1954 r.), s. 317. Wszelkie gry dozwolone były wyjątkowo w czasie Saturnaliów — por. Nilsson, RE III A, 204; także wyżej, przypis 9.

²⁰ Por. wzmianki w późniejszej literaturze łacińskiej: Ps. Cypr., *De aleatoribus* 6; Cypr. Ad Demetr. 10; Isid. Etym. 18,68. Najwyraźniej Ambr. De Tobia 11,38: *apud iudicem damnantur*. O stosunku Ojców Kościoła do hazardu patrz Biondi, DRC 1,419; Friedlaender, o.c., s. 256. Co do prawa justyniańskiego patrz B.60,3,5; Schönhardt, o.c., s. 89 i n.

²¹ Lenel, EP³, s. 176; Karłowa II, s. 1347. Data powstania edyktu nieznana, ale zapewne towarzyszył on już ustawom (*leges aleariae*), z których ostatnią była *lex Cornelia* (z czasów Sulli).

D.11,5,1,pr. (Ulp. 1.23 ad ed.): *Praetor ait: Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicitur, verberaverit damnumve ei dederit sive quid eo tempore dolo*²² *eius subtractum est, iudicium non dabo. in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam.*

Według przytoczonego tekstu wyróżnić można następujące zagadnienia, regulowane edyktem: a) pobicie osoby organizującej grę; b) wyrządzenie jej szkody majątkowej; c) kradzież w czasie i miejscu gry; d) zmuszanie do gry. W pierwszych trzech przypadkach chodzi o szkodę wyrządzoną organizatorowi gry (*susceptor*), z którego to tytułu pretor nie udzielał poszkodowanemu skargi. Odmowa pomocy prawnej może być tu rozumiana jako swojego rodzaju kara²³. *Susceptor*em był ten, kto udzielał swojego domu (rozumianego szeroko: *pro habitatione et pro domicilio* — D.11,5,1,2)²⁴ dla gier hazardowych, choćby sam w nich nie uczestniczył. Przeciwno niemu skierowany był główny atak edyktu. *Susceptor* nie był chroniony prawnie przed pobiciem lub inną szkodą bez względu na to, gdzie i kiedy zdarzenie takie nastąpiło (D.11,5,2,1: *ubicumque et quandocumque*), o ile tylko pobicie lub wyrządzenie szkody nastąpiło w związku z jego rolą organizatora gry. Nie ma też zastrzeżenia, by sprawcą musiał być gracz; każdy, kto miał pretensje wobec *susceptor*a z tytułu udzielania przez niego schronienia hazardowi, mógł czynnie i bezkarnie (D.11,5,1,2: *impune*) wyrzucić na nim swój gniew²⁵.

Nieco inaczej, w odróżnieniu od omówionych stanów faktycznych (*verberaverit; damnumve ei dederit*²⁶), przedstawiała się kwestia kradzieży na szkodę *susceptor*a gry. Pretor odmawiał i w tym przypadku skargi (D.11,5,1,pr.; 11,5,1,3) bez względu na osobę sprawcy, o ile jednak kradzież zaistniała podczas gry i w domu gry (*domi et eo tempore quo alea ludebatur* — D.11,5,1,2). Wykładnia edyktu była tu w rozwoju historycznym niejednoznaczna.

D.11,5,1,3 (Ulp. 1.23 ad ed.): *Quod autem praetor negat se furti actionem daturum, videamus utrum ad poenalem actionem solam pertineat an et si ad exhibendum velit agere vel vindicare vel condicere. et est relatum apud Pomponium solummodo poenalem actionem denegatam, quod non puto verum: praetor enim simpliciter ait: si quid subtractum erit, iudicium non dabo.*

²² <domo> Lenel, EP s. 176.

²³ Tak R. Düll, *Denegationsrecht und prätorische Jurisdiktion*, Eichstätt 1915, s. 29; A. Metro, *La denegatio actionis*, Milano 1972, s. 111.

²⁴ Mogły to być też szynki i knajpy, będące często miejscami gier — por. Kleberg, o.c., s. 118; Winniczuk, o.c., s. 436.

²⁵ Mógł to być *pater familias* czy właściciel niewolnika, jeżeli syn lub niewolnik zostali wciągnięci do hazardu — por. sytuacje z D.11,5,4,1-2; D.47,10,26.

²⁶ *Damnum dare* obejmowało przede wszystkim rabunek — por. D.11,5,1,1; V. Ebert, *Die Geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve*, Heidelberg 1968, s. 84; 106, uw. 87.

Pomponiusz uważał, że edykt pretorski odmawiał okradzionemu susceptorowi gry jedynie penalnej *actio furti*²⁷. Ulpian przyjął natomiast interpretację szerszą, według której należało susceptorowi odmówić także innych skarg, których mógłby on użyć dla odzyskania skradzionej rzeczy lub jej wartości (np. *actio ad exhibendum*, *rei vindicatio* czy *condictio furtiva*). Można sądzić, że w okresie między Pomponiuszem a Ulpianem nastąpiło stopniowe zaostrenie sankcji przeciw hazardowi i stąd właśnie rozszerzająca — na niekorzyść organizatorów gier — wykładnia Ulpiana. Zgadza się ona też z ogólną tendencją edyktu pretorskiego *De aleatoribus*, którego celem było bezwzględne odmówienie osobom ułatwiającym gry hazardowe wszelkiej ochrony prawnej²⁸.

3. Kolejne postanowienie edyktu dotyczyło zmuszania do udziału w grze (D.11,5,1,pr. — zob. wyżej 2) i miało już zdecydowanie charakter karny. Stosowanie przymusu gry występowało najczęściej wśród samych graczy.

D.11,5,2,pr. (Paul. 1.19 ad ed.): *solent enim quidam et cogere ad lussum vel ab initio vel victi dum retinent*.

Przymus polegał tu albo na zmuszeniu do przystąpienia do gry (od jej początku), albo na zatrzymywaniu siłą w celu kontynuowania gry, w szczególności gdy przegrany chciał się odegrać. Ze zwrotu: *solent enim* — wynika, że przymus tego rodzaju był dość częstym zjawiskiem. Także surowe kary przewidziane edyktem pretorskim dowodzą, że zmuszanie do gry musiało być społecznie groźne. Według Ulp. D.11,5,1,4 groziły zmuszającemu kary grzywny (*multa*), więzienia w kamieniołomach (*lautumia*) lub więzienia publicznego z kajdanami (*vincula publica*)²⁹.

W charakterystyce ogólnej przedstawionego tu zwięźle edyktu warto podkreślić, że chociaż nie zawierał on zakazu gier losowych i nie kierował się bezpośrednio przeciwko samym graczom, to uderzał jednak w żywotne podstawy hazardu, usiłując w ten sposób przynajmniej ograniczyć zasięg tego zjawiska. Występując przeciw zmuszaniu do gry dążył z kolei do ochrony osób nie należących do środowiska typowych (zawodowych) graczy, lecz do niego wciąganych i przymuszanych. W obu kierunkach pretorskiego działania przejawia się zatem szersza troska o ochronę społeczeństwa przed hazardem jako zjawiskiem społecznie niebezpiecznym³⁰.

²⁷ Ulpian relacjonuje skrótowo pogląd Pomponiusza, a nie treść edyktu, który nie wymieniał wyraźnie *actio furti*; por. w tej kwestii B. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi*, Paris 1968, s. 45. O zainteresowaniu Pomponiusza zagadnieniami *alea* świadczą też D.17,2,59,1; 18,8,1; 21,1,4,2.

²⁸ Współgracze (*collusores*) mieli natomiast zwykłe możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu wyrządzonych sobie z okazji gry szkód — D.11,5,1,1.

²⁹ Co do kar zob. Mommsen, *StrR.*, s. 300; 960; 1014.

³⁰ W tym sensie już Karlowa II, s. 1348; por. też wyżej przypis 23.

III

1. W źródłach prawa rzymskiego występuje też pojęcie czynności prawnej dokonanej w bezpośrednim związku z grą losową (*alea*). Pojęcie to ujawnia się poprzez zarzut procesowy — *exceptio negotii in alea gesti*³¹.

D.22,3,19,4 (Ulp. 1.7 disp.): *Hoc amplius, si iudicatae rei vel iurisiurandi condicio delata dicatur de eo quod nunc petitur, sive in alea gestum esse contendatur, eum implere probationes oportet.*

Z tekstu wynika, że czynność dokonana *in alea* dawała podstawę do użycia dla obrony przed roszczeniem z niej zarzutu procesowego, którego podstawę musiał pozwany udowodnić. O możliwej treści takiej czynności informuje inny fragment Digestów.

D.44,5,2,1 (Paul. 1.71 ad ed.): *Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor.*

Chodzi tu o przykładową sytuację, gdy gracz w celu uzyskania pieniędzy do gry sprzedaje rzecz. Określenie *in alea* wskazuje przy tym na okoliczności sprzedaży i dowodzi, że miała ona miejsce w czasie gry losowej (hazardowej) lub w każdym razie w bezpośrednim związku z nią. Sam udział w grze jako cel sprzedaży został określony osobno przez zwrot *ut ludam*. Jeżeli sprzedana rzecz okazała się następnie dotknięta wadą prawną, w rezultacie czego kupujący zaskarża sprzedawcę z tytułu ewikcji, sprzedający może zastosować ekscepcję podnosząc właśnie, że sprzedaż nastąpiła w związku z zabronioną grą (*in alea*).

Z innych źródeł można jedynie pośrednio wnioskować, że dotyczą one również czynności dokonywanych w związku z *alea*. Ogólnie zjawisko takie stwierdza Seneca, benef. 7, 16, 3: — — *tu tam imprudentes iudicas maiores nostros fuisse, ut non intellexerent iniquissimum esse eodem loco haberi eum, qui pecuniam quam a creditore acceperat libidini aut aleae absumpsit.*

Od dawna zatem znane były sytuacje, że pieniądze uzyskane od wierzyciela dłużnik zużywał od razu na cele gry (*alea*) lub inne rozrywki. Pieniądze takie mogły pochodzić np. ze sprzedaży rzeczy³² lub z pożyczki. Co do tej ostatniej pomocny może być tekst D.17,1,12, 11 (Ulp. 1. 31 ad ed.): *Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actio-*

³¹ Lenel, EP, s. 176; 512., A. Palermo, *Studi sulla exceptio nel diritto classico*, Milano 1968, s. 153.

³² Por. też Jul. D.41,4,8, gdzie zestawienie: *venditorem pecuniam statim consumpturum* oraz *a luxurioso et protinus scorto daturo pecuniam* przypomina znane już stereotypowe łączenie hazardu i rozpusty — por. m.in. Sen benef. 7,16,3: *libidini aut aleae absumpsit*; Pomp. D.17,2,59,1: *Quod in alea aut adulterio perdidit*; Tryph. D.50,16,225; wyżej, przypis 12.

nem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris ——. Fragment dotyczy bezpośrednio kontraktu zlecenia³³. Zawarte w nim okoliczności: rozrzutny młodzieniec i kurtyzana, dobrze pasują do znanych już rozrywek, wśród których znajdowały się także gry hazardowe. Nawiązanie do nich można widzieć w sformułowaniu: *quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*, zawierającym przykład pożyczki udzielonej ze świadomością, że pożyczkobiorca pieniądze zmarnotrawi. Znaczące jest też tu podkreślenie, że pożyczka udzielona była *sciens*, tj. ze świadomością jej przeznaczenia. Okoliczność ta decydowała, że pożyczkodawca nie miał skargi o zwrot pieniędzy lub — gdyby jednak skargę otrzymał — spotkałby się z ekscepcją pozwanego. W przypadku pożyczki na grę hazardową byłaby to *exceptio negotii in alea gesti*.

Z przedstawionych tekstów³⁴ wynika więc, że w przypadkach dokonania świadomie czynności prawnej ułatwiającej grę hazardową, osoba taka (np. kupujący, pożyczkodawca) nie mogła skutecznie dochodzić roszczeń z zawartej z graczem czynności, gdyż na przeszkodzie stała *exceptio negotii in alea gesti*. W unormowaniu tym można widzieć ponownie prewencję ogólną pretora, zmierzającego do pozbawienia hazardu poparcia ze strony innych osób, które same w grze nie uczestnicząc wspierały ją poprzez ułatwianie zdobycia niezbędnych do gry pieniędzy.

2. *Exceptio negotii in alea gesti* rzuca też nieco światła na zagadnienie zobowiązań z niedozwolonych gier losowych. Ogólna regulacja takich zobowiązań nie została przekazana wprost w Digestach prawdopodobnie dlatego, że jednoznacznie ustalił ją Justynian (C.3,43,1 — 529 r.) i nie zachodziła potrzeba przejęcia tekstów klasycznych. Zachowany został natomiast fragment komentarza Paulusa do edyktu, przekazujący zasady odpowiedzialności z tytułu gier niewolników i *filius familias* (D.11,5,4,1). Można z niego odczytać, że w przypadku przegranej niewolnika (lub *filius familias*) właściciel (*pater familias*) miał prawo domagania się zwrotu przegranych i zapłaconych pieniędzy (D.11,5,4,1: — *patri vel domino competit repetitio*). Jeżeli niewolnik (*filius familias*) wygrał i przyjął pieniądze, można było żądać od jego właściciela (*pater familias*) zwrotu tychże pieniędzy, ale już tylko w ramach odpowiedzialności pekuliarnej³⁵. Również gdy niewolnik został tymczasem wyzwolony lub *filius familias* emancypowany, przeciwko patronowi lub *parens* (*manumis-*

³³ Por. V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, s. 107; A. Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, s. 89 (z dalszą lit.).

³⁴ Por. też Ulp. D.33,5,1,16 (*res vilis distracta — et acceptum pretium — prodegit*); 33,5,1,17 (*Si mutuum pecuniam — accepit et prodegit*).

³⁵ Por. D.11,5,4,1: *item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur: sed non amplius cogendus est praestare, quam id quod ex ea re in peculio sit.*, Kuryłowicz, o.c., Studi Biscardi IV, 534; E. Valino, *Actiones utiles*, Pamplona 1974, s. 202.

sor) przysługiwała skarga o zwrot przegranej, ale już jako *actio utilis*³⁶.

D.11,5,4,2 (Paul. 1.19 ad ed.): *Adversus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est*

Na uwagę zasługuje tu podkreślenie *ex hoc edicto*, dowodzące, że zasady odpowiedzialności za zobowiązania z gier losowych określone były w edyktie pretorskim (*De aleatoribus*) i że on stanowił podstawę do dochodzenia wynikłych z gry roszczeń³⁷. Te zaś polegały, jak już można z omówionych tekstów wnioskować, na prawie żądania przez przegranego zwrotu swojej stawki, którą zapłacił. Natomiast osobie, która wygrała, roszczenie o wypłatę wygranej nie przysługiwało. Wynika to również z unormowania dotyczącego omówionej *exceptio negotii in alea gesti*, która w edyktie umieszczona była w rubryce „*Quarum rerum actio non datur*”³⁸. Rubryka ta zawierała zarzuty procesowe z tych czynności, z których — według innych części edyktu — pretor odmawiał udzielenia skargi³⁹. W przypadku *exceptio negotii in alea gesti* mogło chodzić jedynie o edykt *De aleatoribus*, według którego zatem pretor nie udzielał skarg dla dochodzenia wygranej w niedozwolonej grze.

Prawo dochodzenia zwrotu tylko swojej przegranej stawki wynika nadto z D.19,5,17,5 (Ulp.1.28 ad ed.): *Si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit — plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit.*

Tekst dotyczy zakładu (*sponsio*)⁴⁰, który jednak pojęciowo zbliżony jest do gry losowej⁴¹. To pokrewieństwo widoczne jest też w D.11,5,2,1 oraz D.11,5,3, według których istniał w prawie rzymskim zakaz zawierania zakładów na pieniądze przy okazji niedozwolonych gier (patrz wyżej I.1). Wyjątek przewidziany był dla gier o charakterze sportowym (*virtutis causa*)⁴². Jeżeli od tej strony spojrzeć na końcowe zdanie D.19,5,

³⁶ Przyczyną zastosowania skargi jako *utilis* był fakt wyzwolenia (emancypacji); niejasno Valino, loc. cit.

³⁷ Lenel, EP, s. 176; 512; Karlowa II, s. 1348; Valino, o.c., s. 203.

³⁸ D.44,5 (*Quarum rerum actio non datur*), 2,1; Lenel, EP, s. 512.

³⁹ Lenel, EP, s. 176; 512.

⁴⁰ Co do opisanej w nim sytuacji patrz Kaser, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, Fstg. Lübtow, Berlin 1980, s. 310; tamże uwaga 98 co do autentyczności fragmentu (sachlich richtig). Por. też F. Schwarz, *Die Grundlagen der conditio im klassischen römischen Recht*, Münster 1952, s. 183.

⁴¹ Na ten temat obszernie C. Funaioli, *Il giuoco e la scommessa*, Torino 1961, s. 2 i n. z wnioskiem, że teoretyczne próby rozróżnienia gry i zakładu nie znajdują oparcia w praktyce, także historycznej, gdzie najczęściej występują formy mieszane. Por. też Leonhardt, RE I,1,1358. O *sponsio* jako zakładzie zob. V. Arangio-Ruiz, *Sponsio e stipulatio nella terminologia romana* — BIDR 65, 1962, s. 207; C. Ferrini, *Valore giuridico della scommessa*, Opere III, Milano 1929, s. 345; Jobbé-Duval, *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, vol. 1, Paris 1896, s. 36 i n., Siber II, s. 179.

⁴² Por. A. Wacke, *Athleten als Darlehensnehmer nach römischem Recht*,

17,5, to wydaje się zupełnie prawdopodobne, że ową *inhonesta causa sponsionis* mogła być właśnie zabroniona gra hazardowa (*alea*), co do wyniku której zawarty został zakład⁴³. W takim przypadku (niedozwolonego zakładu) przysługiwało stronie — tak samo jak przy grze — roszczenie o zwrot swojej stawki bez prawa żądania wydania wygranej. Środkiem realizacji roszczeń z tytułu niedozwolonych gier losowych była pretorska *actio in factum*, udzielana z edyktu *De aleatoribus*⁴⁴.

Takie zasady odpowiedzialności przy zobowiązaniach wynikłych z gier losowych utrzymał również Justynian — C.3,43,1,1 (529 r.): — — *nulla sequatur condemnatio, sed solutum reddatur et competentibus actionibus repetatur ab his qui dederunt vel eorum heredibus aut his neglegentibus a patribus seu defensoribus locorum*⁴⁵. Wynika z nich też, że rzymskie uregulowanie nie stanowiło podstawy dla nowożytnej koncepcji zobowiązań z gier i zakładów jako zobowiązań naturalnych⁴⁶.

IV

1. *Alea* występuje w źródłach rzymskich także w znaczeniu przenośnym — jako ryzyko czy też nadzieja na szczęśliwy traf (patrz wyżej I.1).

SDHI 44, 1978, s. 441, uw. 14; 451, uw. 51. O zakładach w cyrku podczas igrzysk patrz m. in. Petron, sat. 70,13; Juv. 11,201; Carcopino, o.c., s. 239; R. Isidori-Frasca, *Ludi nell'antica Roma*, Bologna 1980, s. 173.

⁴³ Tak już J. Baron, *Pandekten* (9. wyd.), Leipzig 1896, s. 386.

⁴⁴ D.11,5,4,2: *repetitio eius quod in alea lusum est ex hoc edicto danda est*. Inne możliwości są trudne do wykazania. Tak np. nie wchodziła w rachubę praktycznie windykacja zapłaconych pieniędzy, już choćby z powodu ich zmieszania z monetami przyjmującego (por. w tej kwestii ostatnio Wacke, *Die Zahlung mit fremden Geld*, BIDR 79, 1976, s. 114; 125). Sugestie co do *condictiones* m. in. u Schwarza, o.c., s. 183; niezdecydowanie Valino, o.c., s. 203 (c. *indebiti*); tenże, *Las relaciones basicas de las acciones adjecticias*, AHDE 38, 1968, s. 431 (c. *ob iniustam causam*). Brak jednak tu źródeł, poza tym c. *ob turpem causam* nie była i tak możliwa ze względu na niegodziwość świadczenia po obu stronach; podobnie c. *indebiti*, albowiem obie strony (gracze) były świadome bezpodstawności świadczenia.

⁴⁵ Regulacja ustawowa nie oznaczała praktycznej realizacji. Ze wzmianek źródłowych o długach z gry (Cic. Phil. 2,67; Quint. inst. 6,3,72; por. też wyżej przypis 6) wynika, że były one praktycznie uznawane (zapewne jako długi „honorowe”) i płacone bez korzystania z pomocy prawnej. O własnych prawach w środowisku graczy zob. Ambr. De Tobia 11,38: *habet et alea suas leges, quas fori iura non solvant*; także Just. C.3,43,1 o niedochodzeniu przez graczy swych praw przed sądem (— — *his neglegentibus*) i przejmowaniu wówczas tych roszczeń przez urzędników państwowych.

⁴⁶ Koncepcja taka pojawiła się w prawie późniejszym — Siber II, s. 168 (im gemeinen Recht); zob. też przypis następny.

W źródłach prawnych *alea* w tym znaczeniu pojawia się w związku z takimi czynnościami prawnymi, w których istotnym elementem było ryzyko, a które nie były przecież grą losową (hazardową) w omówionym znaczeniu ani czynnością powiązaną z taką grą (*negotium in alea gestum*). Tego rodzaju umowy losowe nazwane zostały przez pandektystów kontraktami (umowami) aleatoryjnymi⁴⁷. Zaliczono do nich — obok gier i zakładów — przede wszystkim kupno nadziei (*emptio spei*), kupno spodziewanego spadku (*emptio hereditatis*) oraz pożyczkę morską (*foenus nauticum*). Dodać tu można od razu dwa źródłowe (Scaev. D.22,2,5, pr.) przykłady innych umów aleatoryjnych, a mianowicie pożyczki dla rybaka lub dla atlety, udzielone z zastrzeżeniem, że ich zwrot nastąpi wówczas, gdy rybak coś złowi, a atleta zwycięży. Te przykłady wskazują na możliwość tworzenia różnych umów o charakterze aleatoryjnym. Dalsze rozważania ograniczać się będą jednak do tych tylko tekstów, w których występuje określenie *alea*, poszczególne przypadki kontraktów aleatoryjnych są bowiem literaturze romanistycznej już znane⁴⁸ i wymagają jedynie zestawienia z punktu widzenia pojęcia *alea* w prawie rzymskim. Odrębne miejsce zajmują też omówione wyżej gry losowe, stanowiące już same osobne pojęcie *alea* w sensie właściwym. Ich charakter umowny wyrażał się w tym, że według prawników rzymskich (Paul. D.11,5, 4,1) gra losowa (hazardowa) nie stanowiła deliktu, lecz *negotium gestum*⁴⁹. Z drugiej strony wiadomo już, że gra taka traktowana była przez prawo rzymskie jako czynność sprzeczna z prawem i dobrymi obyczajami, a specyficzne unormowanie prawne wyłączało dla stron prawną możliwość jej realizacji. Już z tych względów gra losowa (*alea*) nie może być, moim zdaniem, stawiana na równi z kontraktami aleatoryjnymi, swobodnie dopuszczanymi w praktyce prawa rzymskiego. Zakład z kolei nie stanowił w prawie rzymskim osobnej czynności prawnej, lecz przybierał postać stypulacji (*sponsio*) z warunkiem i w tych kategoriach był

⁴⁷ Zestawienie literatury pandektystycznej w: B. Windscheid-T. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (9. wyd.), Leipzig 1906, Bd. 2, s. 341; 885. Nadto: Leonhardt, RE I,1, 1358; Baron, o.c., s. 385.

⁴⁸ Co do *emptio spei* oraz *e. hereditatis* por. Kaser, *Erbschaftskauf und Hoffnungskauf*, BIDR 74, 1971, s. 45 - 59 z dalszą lit. w uw. 14. Co do *foenus nauticum* A. Biscardi, *Actio pecuniae traiecticiae* (2. wyd.), Torino 1974, s. 84; 176; W. Litewski, *Römisches Seedarlehen*, IURA 24, 1973, s. 161 oraz 163 (co do dwu pozostałych umów). O pożyczce dla atlety Wacke, o.c., SDHI 44, 1978, s. 439 i n.

⁴⁹ Por. wyżej przypis 35. *Negotium gestum* przy odpowiedzialności pekuliarnej ma zresztą bardzo szerokie znaczenie i obejmuje właściwie wszystko, co nie jest deliktem — także więc grę hazardową. Por. E. Levy, *Konkurrenz* I, s. 441, uw. 8; G. Micolier, *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon 1932, s. 682, uw. 54; 692, uw. 82. Przyrzeczenie zapłaty przegranej mogło też mieć postać stypulacji — por. Kaser, RP I, s. 539, uw. 6; Siber II, s. 179. W źródłach stypulacje takie nie są poświadczone.

on jurydycznie traktowany⁵⁰. Jako kontrakt aleatoryjny nie został w źródłach rzymskich wyodrębniony.

2. *Alea* w przenośnym znaczeniu występuje w związku z *emptio spei* w D.18,1,8,1 (Pomp. 1.9 ad Sab.): *Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est* — —. Kaser⁵¹ przyjmuje tu słusznie, że *veluti cum quasi alea emitur* oznacza kupno nadziei w ogólności jako przykład kupna nie rzeczy (— — *sine re venditio*). Konsekwentnie *alea* w przenośnym sensie oznacza generalne pojęcie dla wszystkich stanów faktycznych, które mogły być objęte umowami losowymi — umowa z rybakiem czy myśliwym lub *iactus missilium* są tu tylko przykładami⁵². W tym sensie jednak *alea* oznacza u Kasera takie samo pojęcie nadziei i szansy, jak przy grze losowej i zakładzie⁵³. Zasadność tego wniosku może być oceniona w konfrontacji z kolejnymi tekstami źródłowymi.

D.18,4,7 (Paul. 1.14 ad Plaut.): *Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur*.

D.18,4,11 (Ulp. 1. 32 ad ed.): *Nam hoc modo admittitur esse venditionem „si qua sit hereditas, est tibi emptum”, et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus*.

Przytoczone teksty zawierają przykłady dwu różnych postaci kupna spadku. W pierwszym (D.18,4,7) przedmiotem kupna jest istniejący, konkretny spadek i do skuteczności kontraktu jest niezbędne, by spadek ten rzeczywiście istniał — nie jest to bowiem kupno samej szansy, jak to występuje przy kupnie wyniku polowania i w innych podobnych sytuacjach. *Alea* oznacza tutaj zatem właśnie kupno szansy w przeciwstawieniu do kupna rzeczywiście istniejącej rzeczy. Inną sytuację opisuje D.18,4,11, dotyczącą kupna samej nadziei na spadek: *quasi spes hereditatis*. W tym też kontrakt taki jest tożsamy z *emptio spei*, a jego losowy charakter wyrażony został przez zwrot: *ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus*. Łączy się on w ten sposób z D.18,1,8,1 i D.18,4,7, gdzie

⁵⁰ Por. wyżej lit. w przypisie 41.

⁵¹ BIRD 74, 1971, s. 47.

⁵² Przykłady powtarzające się i w innych źródłach: Ulp. D.19,1,11,18; Cels. D.19,1,12; Paul. D.18,4,7; Ulp. D.18,4,11. Por. D. Daube, *Purchase of a Prospective Haut* — Studi U. E. Paoli, Firenze 1955, s. 203. Co do *captum missilium* por. F. Pringsheim, *Id quod actum est*, SZ 78, 1961, s. 60.

⁵³ Kaser, o.c., BIRD 74, 1971, s. 48: „Es ist gleichsam der Würfel gekauft, d.h. hier im übertragenen Sinn von alea, die mit dem Würfelspiel, allgemein mit Spiel oder Wette, verbundene Gewinnchance”. Jako „Spielgeschäft” (s. 50) różni się *emptio spei* od *emptio rei speratae*, które było kupnem warunkowym i ryzyko nie należało do jego elementów istotnych.

niepewność określona została jako *alea*. W powiązaniu ze sobą teksty te dobrze ilustrują ogólne znaczenie *alea* jako ryzyko i niepewność (*incertum*), a nie jako gra losowa (hazardowa).

Następne źródła pokazują z kolei, że element ryzyka mógł być przy kontraktach aleatoryjnych rozsądnie skalkulowany i opierał się wówczas na realnych przesłankach. Widoczne są one wyraźnie w sytuacjach objętych przez D.22,2,5, pr. (Scaev. 1.6 resp.): *Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat — nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet*⁵⁴.

Cena ryzyka (*periculi pretium*) znajduje swoje uzasadnienie wówczas, gdy ryzyko to nie polega wyłącznie na przypadku i ślepych losie — *si modo in aleae speciem non cadat*. Takie rozumienie tego zwrotu⁵⁵ potwierdzone jest dwoma przykładami umów aleatoryjnych: pożyczki udzielonej rybakowi dla nabycia odpowiedniego sprzętu do połowu oraz pożyczki udzielonej atlecie dla poprawienia wyżywienia i lepszego treningu. W obu występuje element ryzyka: zwrot pożyczki nastąpi wówczas, gdy rybak coś złowi, a atleta zwycięży w walce. W obu przypadkach ryzyko to zostało jednak obliczone i opiera się na kalkulacji, że lepszy sprzęt pozwoli rybakowi łatwiej i pewniej uzyskać dobry połów, a odpowiednie wyżywienie i trening zwiększają szanse atlety na zwycięstwo. Podobnie przy pożyczce morskiej, której dotyczy cytowany D.22, 2,5, pr., a która — obok celów handlowych — była udzielana m. in. dla lepszego wyposażenia okrętu w odpowiedni sprzęt do żeglugi czy dobrania wyszkolonej załogi⁵⁶. Z tego względu realizacja takiego kontraktu nie była pozostawiona całkowicie losowi. Jeżeli teraz spojrzeć od tej strony ponownie na *emptio spei* (D.18,1,8,1), to wydaje się, że kupna nadziei również nie można stawiać na równi z ryzykiem występującym przy grze losowej. Umowa z rybakiem lub myśliwym, zwłaszcza jeśli był to ich zawód, zawiera w sobie także element kalkulacji, albowiem życiowe doświadczenie, kwalifikacje zawodowe oraz dotychczasowe ich osiągnięcia tworzą przesłanki pozwalające na uzasadnione ryzyko. Przesłanki te mogły wpływać na stopień ryzyka, co zapewne znajdowało wyraz w treści kontraktu (np. w umówionej cenie), ale w każdym razie nie było to takie samo ryzyko jak przy grze losowej, wymykającej się spod jakiegokolwiek kalkulacji.

⁵⁴ Autentyczność tekstu uznają ostatnio Litewski, o.c., s. 160; 163; Wacke, o.c., SDHI, 44, s. 443, uw. 23.

⁵⁵ Litewski, o.c., s. 161, uw. 225.

⁵⁶ Taki poszerzony zakres funkcji pożyczki morskiej wydaje się prawdopodobny — por. Litewski, o.c., s. 123; K. Visky, *Das Seedarlehen und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht*, RIDA 16, 1969, s. 394.

MAREK KURYŁOWICZ (Lublin)

ALÉA ET LES CONTRATS ALÉATOIRES DANS LE DROIT ROMAIN

Résumé

L'article concerne la notion aléa en tant que jeu du sort (D. 11,5; C. 3,43) et comme élément des contrats aléatoires. Après une brève caractéristique de la signification sociale et juridique des jeux du sort (hasardeux) du Rome antique (I), on a traité tour à tour (II - III): la procédure pénale contre les joueurs, les dispositions d'édit du préteur *De aleatoribus* (D. 11,51,1), *exceptio negotii in alea gesti* ainsi que la réglementation juridique d'engagements des jeux et des paris dans le droit romain qui prévoyait uniquement le droit d'exiger le remboursement de l'enjeu perdu, sans prétention au remboursement du gain. Ensuite (IV) aléa en tant que jeu du sort est opposée à aléa de la notion au sens figuré, qui paraît entre autres dans les contrats du sort (*emptio spei*, *emptio hereditatis*, *foenus nauticum*, le prêt pour un pêcheur ou un athlète — D.22,2,5 pr.). Dans ce cas aléa signifie généralement le risque, qui pouvait être calculé sur le fond des prémisses réelles qui font la base du contrat en distinction du jeu du sort qui s'échappe de toute calculation.