

Rafał Wojciechowski
Wrocław

Wybrane zagadnienia arbitrażu w doktrynie prawnej XII i XIII wieku

Gdy spojrzeć na współczesne uregulowania arbitrażu w prawie pozytywnym (polskim i wielu innych krajów) i rozwiązania rzymskie, od razu daje się zauważyć zasadnicza różnica pomiędzy prawem rzymskim, które w ogólności nie przyznawało orzeczeniu sędziego polubownego powagi rzeczy osądzonej i nie wiązało z nim żadnych skutków procesowych w dzisiejszym rozumieniu¹, a współczesnym nam prawem procesowym, które uznaje określone skutki wyroku sądu polubownego, w tym sensie, że „wyrok sądu polubownego lub ugoda przed takim sądem zawarta mają moc prawną na równi z wyrokiem sądu państwowego lub ugodą przed nim zawartą po uznaniu ich przez sąd lub po stwierdzeniu przez sąd ich wykonalności” (obecnie art. 1212 § 1. k.p.c.)². Obok tych i dalszych różnic istnieje jednak wiele podobieństw, jak choćby nazwa sędziego polubownego – arbiter, zasada równości stron (art. 1183 k.p.c. i art. 1161 § 2)³ czy oparcie sądu polubownego na umowie stron.

¹ W przypadku niewykonania orzeczenia arbitrażowego dobrowolnie przez stronę przegrywającą, stronie zwycięskiej pozostawało dochodzenie stypulacyjnie ustalonej kary umownej w procesie zwyczajnym. Warto zauważyć, że może zachodzić znaczna różnica pomiędzy treścią orzeczenia arbitrażowego, opartego przecież na swobodnie powziętym zdaniu arbitrów, a rozmiarem określonej z góry, opartej na *ius strictum*, kary stypulacyjnej. Obecne uregulowania mające umożliwić stronie zwycięskiej wykonanie wyroku arbitrażowego przy udziale sądu, a następnie komornika, zmierzają w większym stopniu do uznania pierwotnej woli stron, polegającej przecież na uzyskaniu orzeczenia arbitrażowego oraz trudu arbitrów włożonego w wydanie precyzyjnego rozstrzygnięcia.

² Zgodnie z nowelizacją k.p.c. z 28 lipca 2005 r., która weszła w życie 17 października 2005 r. przepisy dotyczące sądu polubownego, dotąd pomieszczone w księdze trzeciej części pierwszej kodeksu, zostały wyodrębnione w nową część piątą k.p.c., a przy tym doznały znacznej rozbudowy co do obszerności i szczegółowości.

³ Art. 1161 § 2 k.p.c.: „Bezskuteczne są postanowienia zapisu na sąd polubowny naruszające zasadę równości stron, w szczególności uprawniające tylko jedną stronę do wytoczenia powództwa przed sądem polubownym przewidzianym w zapisie albo przed sądem (*scil.* państwowym)”.

Wydaje się więc interesujące zaobserwować, w którym momencie dziejów rzymska koncepcja została tak bardzo przekształcona i zmieniona – ktoś mógłby powiedzieć: wzbogacona o sankcję przymusu państwowego i wiele dalszych, nieznanych prawu rzymskiemu elementów, a jednocześnie – jak to się stało, że rzymskie podstawy arbitrażu są jednak do dziś wyraźnie widoczne w prawie pozytywnym.

1. Kwalifikacje arbitra

Jeśli chodzi o warunki wskazywane przez glosatorów dla osób mających wykonywać czynności arbitra (*arbiter*)⁴, można zauważyć, że nie wymagali oni od kandydata do takiej roli żadnego szczególnego wykształcenia lub innego przygotowania – w braku tych wymogów zachodzi ogólne podobieństwo do uregulowań rzymskich, jak również obecnych. Doktryna w wyliczaniu różnych przyczyn niezdolności ograniczała się do przeszkód płci, wieku, kondycji społecznej i pełnionej funkcji:

*In arbitri uero persona hoc intuendum est ut neque natura, ut minor X et VII annis item furiosus, neque iure prohibeatur, ut seruus nec non mulier item iudex ordinarius. quidam tamen arbitri fieri possunt non autem iudices fiunt ut infames*⁵.

Charakterystyczne jest w tym fragmencie wskazanie, że osoby objęte infamią nie mogą wprawdzie być sędziami, jednak mogą być arbitrami.

Prawnicy średniowiecza z reguły chętnie wyliczali poszczególne przykłady niezdolności, ale tylko niektórzy z nich przechodzili do określeń pozy-

⁴ Powszechnie przyjmuje się, że wyraz *arbiter* wywodzi się etymologicznie od czasownika *bitere* (iść) z dodanym przedrostkiem *ar* (archaiczna forma klasycznego przedrostka *ad*, czyli „do”). Zob. A. Vaniček, *Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache*, t. 1, Leipzig 1877, s. 47; A. Forcellini, *Lexicon totius Latinitatis*, t. 1, Bononiae 1965, s. 300; Ch. Lewis, Ch. Short, *A Latin Dictionary*, Oxford 1955, s. 151. G. Devoto, *Gli antichi Italici*, Firenze 1931, s. 127, uważał, że przedrostek *ar* w wyrazie *arbiter* został przejęty z języka italskiego. *Arbiter* oznaczałby więc osobę udającą się dokądś, w pewne miejsce. Ideę rzymskiego arbitra jako eksperta udającego się w określone miejsca celem pobrania danych technicznych rozwijał np. F. Eisele, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig 1896, s. 1 i n. Pod koniec XX wieku zgłaszano zastrzeżenia wobec tej tradycyjnej etymologii, por. P. Martino, *Arbiter*, Roma 1986, s. 129, który postawił tezę o punickim zapożyczeniu w łacińskim wyrazie *arbiter* – przeciwko tej koncepcji D.O. Edzard, *Arbiter, ein punisches Lehnwort?*, [w:] *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 108 (1991), s. 287.

⁵ *Summa Trecensis*, [w:] H. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin 1894, s. 43. H. Fitting wydał *Summa Trecensis* pod tytułem *Summa Codicis des Irnerius* (Berlin 1894), przyjmując autorstwo założyciela szkoły glosatorów – Irneriusa. Jednak liczni autorzy zdanie to kwestionują. Szczegóły dyskusji zob. E. Szymoszek, „*Iurisdictio*” w poglądach glosatorów, Wrocław 1976, s. 42, przypis 12. W cytowanych dalej fragmentach pism prawników średniowiecza zachowana została oryginalna pisownia. Stąd pewne odstępstwa języka cytatów od klasycznej łaciny.

tywnych. Placentinus, przed wskazaniem różnych przypadków niezdolności naturalnej i prawnej, ogłosił regułę, według której: *arbiter constituitur homo liber, pater familias*⁶. U Azona natomiast w określeniu zdolności do podjęcia czynności *arbiter* występuje termin *vir bonus: quilibet vir bonus super aliquo aestimando electus*⁷. W ten sposób Azo w miejsce *pater familias* u Placentyna wprowadził mający wiele innych zastosowań termin *vir bonus*. Termin ten oznaczał osobę obdarzoną autorytetem, szacowną, znaczącą społecznie, a jednocześnie nie zawężał kręgu osób mogących zostać arbitrem do ścisłego kręgu *patres familias*.

2. Definicja arbitrażu

Jeśli chodzi o określenie istoty arbitrażu, to szczególnie interesująca definicja pochodzi od Azona. Jej punktem wyjścia było określenie Placentinusa:

*Arbitrium autem ita diffinitur a Placentino. Arbitrium est trinus actus trium personarum, sub arbitro litigantium. Dic ergo arbitrium est trinus personarum actus, super pecuniaria quaestione in quasi iudicio confligentium, vel contententium: nam et arbiter contendit ad inquisitionem veritatis: actor, ut ei condemnatur reus: item reus, ut absolvatur ab actore*⁸.

Warto zwrócić uwagę na podobieństwo sformułowania o trojakim działaniu osób zaangażowanych w spór (*trinus personarum actus*) do ówczesnych definicji procesu zwyczajnego⁹: arbiter podąża więc, na obraz sędziego, do odkrycia prawdy, powód do zasądzenia pozwanego, a pozwany do uwolnienia się od powoda. Analogię podkreśla jeszcze sformułowanie: *quasi iudicium*, choć oczywiście o jakimkolwiek zrównaniu *arbitrium* z *iudicium* nie mogło być mowy ze względu na brak *iurisdictio* sędziego polubownego. Wyraźnie wskazany przez Azona w przytoczonej definicji przedmiot arbitrażu, którym była *pecuniaria quaestio*, poświadcza odrodzenie się gospodarki towarowo-pieniężnej.

⁶ Placentinus, *Summa Codicis*, Moguntiae 1636 (reprint Torino 1962), l. II, tit. LV, *de receptis arbitris*, s. 89.

⁷ Azo, *Summa Codicis*, Venetiis 1596, l. II, *De receptis arbitris*, § *Arbiter quandoque dicitur quilibet vir bonus*, n. 2, col. 148. Nieco dalej Azo napisał: *solus liber posset pronunciare*. Azo, *Summa Codicis*, *De receptis arbitris*, § *Arbitrium quid sit*, n. 1, col. 148.

⁸ Azo, *Summa Codicis*, *De receptis arbitris*, § *Arbitrium quid sit*, n. 1, col. 148.

⁹ Por. E. Szymoszek, *Iudex w literaturze procesowej XII–XIII wieku*, Wrocław 1992, s. 42–68.

3. Dualizm *arbiter* – *arbitrator*

W kwestiach arbitrażu dla prawników średniowiecza szczególne znaczenie miał fragment 76 tytułu *Pro socio* z 17 księgi Digestów. Przy okazji rozważań o spółce Proculus sformułował w nim fundamentalny podział arbitrów:

*Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat*¹⁰.

Proculus napisał, że są dwa rodzaje arbitrów. Jeden tego rodzaju, że jego rozstrzygnięciu czy to sprawiedliwemu, czy to niesprawiedliwemu powinniśmy być posłuszni, co ma miejsce, gdy trzeba udać się do arbitra z powodu *compromissum*. Drugi tego rodzaju, że jego rozstrzygnięcie powinno być zgodne z osądem człowieka uczciwego (*vir bonus*). Opierając się na tym fragmencie, prawnicy XII i XIII wieku odróżnili arbitra jako „sędziego polubownego” od *vir bonus*, zwanego później arbitratorem.

Cytując powyższy fragment Proculus, Azo stwierdził wyraźnie (choć może trochę na wyrost): *Multa enim sunt genera arbitrorum*¹¹. Inny prawnik – Aretinus – wyraźnie wskazał, że tym, co ma odróżniać te dwa rodzaje arbitrów, jest możliwość postępowania *ordine iuris servato vel non*¹².

Ta myśl, że istnieją dwa rodzaje arbitrów, z których jedni są zobowiązani do zachowania wymogów prawa, a inni nie (a więc mogą sądzić tylko według słuszności)¹³, pozostanie stałym przedmiotem rozważań prawników średniowieczna.

¹⁰ Pełny tekst tego fragmentu (D. 17.2.76) brzmi: *Proculus, libro quinto epistolarum. Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constitueret, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.*

¹¹ Azo, *Ad singulas leges XII librorum codicis iustiniani*, Venetiis 1596, l. II, tit. LVI, de receptis arbitris, § *Multa arbitrorum genera*, n. 1, s. 239.

¹² Gratia Aretinus, *Summa de ordine iudicario*, [w:] Pillius, Tancredus, Gratia, *Libri de iudiciorum ordine*, (wyd. F.C. Bergmann), Göttingen 1842, s. 381–382.

¹³ Obecnie trzy możliwości: prawo właściwe, ogólne zasady prawa, zasady słuszności – zob. k.p.c. część V tytuł VI *Wyrok sądu polubownego i zakończenie postępowania*, art. 1194. § 1. Sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku, a gdy strony go do tego wyraźnie upoważniły – według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności. § 2. W każdym jednak przypadku sąd polubowny bierze pod uwagę postanowienia umowy oraz ustalone zwyczaje mające zastosowanie do danego stosunku prawnego.

4. Dualizm *arbiter* – *arbitrator* w dziełach sztuki notarialnej

Najwcześniej pełne konsekwencje z tych stwierdzeń (o dwóch rodzajach arbitrów) zostały wyciągnięte w formularzach notarialnych i *summach* sztuki notarialnej, a więc w pismach najbardziej zbliżonych do praktyki. Właśnie w *instrumenta compromissorum* zawartych w formularzach notarialnych znajduje konsekwentne zastosowanie, obok tradycyjnego *arbiter*, określenie *arbitrator*¹⁴. Ta nazwa nie ma oparcia ani w prawie rzymskim, ani w dotychczasowej doktrynie glosatorów¹⁵.

Rolandinus w swojej *Summa artis notariae* postawił pytanie: *quis sit arbiter et quis arbitrator* i odpowiedział na nie rozróżnieniem: *arbiter est qui de consensu partium eligitur et in eum sub pena per stipulationem promissa promittitur ut metu pene stetur eius laudo et arbitrio*, podczas gdy: *arbitrator est ille qui amicabiliter et de facto cognoscit*¹⁶. W tym wczesnym ujęciu doktryny notarialnej *arbiter* odpowiadał więc swoimi cechami rzymskiemu sędziemu polubownemu, natomiast *arbitrator* miał rozpoznawać sprawę tylko co do faktów.

5. Początkowy konserwatyzm *Ordines iudicarii* i dzieło Durantisa

W przeciwieństwie do formularzy i doktryny notarialnej w *Ordines iudicarii*, a więc w swoistych podręcznikach uczonego procesu rzymskokanonicznego rozwój dualizmu *arbiter* – *arbitrator* jest bardzo spowolniony. Właściwie dopiero Durantis w swoim sławnym *Speculum iudiciale* wprowadził omawiane rozróżnienie na stałe do uczonej doktryny procesowej:

... *arbiter est, quem partes eligunt ad cognoscendum de questione, vel lite: et sic sumitur super re litigiosa et incerta, ut ea cognoscatur: et debet iuris ordinem servare. Et sit semper cum poenae stipulatione. Non cogendum et statum eius sententia, aequa sit, sive inqua. Nec ab eo appellatur. Nec ad arbitrium viri reducitur secundum quosdam. Arbitrator vero est amicabilis compositor*¹⁷. Nec

¹⁴ Por. Rainerius Perusinus, *Ars notariae*, [w:] *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter* (wyd. L. Wahrmund), t. 3.2, Innsbruck 1917, s. 53–54.

¹⁵ Najwcześniej sam wyraz *arbitrator* pojawił się w pochodzącej z VIII wieku *Lex Romana Curiensis* 23, 24 i oznacza tam arbitra ustanowionego przez sędziego w postępowaniu o podział spadku (wyd. E. Meyer-Marthaler, *Lex Romana Curiensis*, Aarau 1959, s. 477).

¹⁶ Rolandinus de Passageriis, *Summa Artis Notariae*, Lugduni 1537, fol. 50r.

¹⁷ Popularne w średniowieczu określenie arbitratu jako *amicabilis compositor* ma swoje podstawy w Nov. 86.2, gdzie polubowne rozwiązanie sporu zostało określone jako *amicabilis compositio*. Stąd wywodzi się także popularne w nowożytnej doktrynie arbitrażowej francuskie określenie *amiable composition* oraz *amiable compositeur* na oznaczenie upoważnienia sądu arbitrażowego do orzekania na zasadach słuszności i odpowiednio osoby orzekającej w tych warunkach, zob. np. art. VII Konwencji Europejskiej z 1961 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym.

*sumitur super re litigiosa, vel ut cognoscat: sed ut pacificet, et quod certum est dividat: ut in societate, quam certum fuisse contractam. Sed eligitur, ut de cuilibet certam suam partem, quae ipsum ex societate contingit. Et hoc non dicitur arbitrium. Nec tenetur iuris ordinem observare; nec statueret eius sententiae, si sit iniqua; sed reducitur ad arbitrium boni viri*¹⁸.

Osoba trzecia, występująca jako arbitrator, nie rozstrzyga więc w zasadzie sporów, tylko określa rozmiar świadczenia. Wydaje się, że ostatecznie właśnie Durantisowi należy przypisać wyraźne oddzielenie tych dwóch postaci sądownictwa polubownego w uczonej doktrynie średniowiecza.

Od czasów Durantisa wspomniany wcześniej fragment Proculus na temat ważności kontraktu spółki (D. 17.2.76), nabrał ostatecznie takiego znaczenia, że od końca XIII wieku, na podstawie lektury tego fragmentu, prawnicy zaczęli kształtować dwa rodzaje arbitrażu.

6. Epilog

Nie będę wykraczał w niniejszej pracy poza wiek XIII, jednak wspomnę, że w późnym średniowieczu dalszym skutkiem dualizmu w arbitrażu będzie dopuszczenie odwoływania się od orzeczeń nowej postaci, jaką był arbitrator, podczas gdy do arbitra stosowano nadal rozwiązania prawa rzymskiego zakazujące apelacji. Dopiero w okresie kodyfikacji XIX i XX wieku wyobrażenia o arbitrze i arbitratorze w wielu krajach ulegną połączeniu w przepisach procesowych o sądach polubownych i stąd wprowadzenie ścisłej korelacji arbitrażu z sądownictwem państwowym w prawie pozytywnym.

Nazwa „arbitrator” odzyskała natomiast swoje znaczenie z XIII wieku w tym sensie, że obecnie arbitrator pozostaje pozakodeksową nazwą osoby wyrażającej opinię-ekspertyzę na podstawie woli stron. O ile zadaniem sądu polubownego jest rozstrzygnięcie sporu, o tyle zadanie arbitratora ogranicza się do złożenia odpowiedniego oświadczenia mającego wpływ na wzajemne prawa i obowiązki stron. Opinia arbitratora nie zamyka stronom możliwości dochodzenia swoich roszczeń przed sądem państwowym albo przed sądem polubownym¹⁹.

¹⁸ Guilelmus Durantis, *Speculum iuris*, Venetiis 1566 l. I, partic. I *Arbiter quid sit*, § *Arbitrator amicabile compositor electus ut pacificet, non ut cognoscat*, n. 3, s. 154.

¹⁹ Międzynarodowym uznaniem cieszą się na przykład opinie arbitratorów przy Izbie Wełny i Bawełny w Gdyni, zob. B. Pankowska-Lier, D. Pfaff, *Arbitraż gospodarczy*, Warszawa 2000, s. 22–23.

Summary

Selected issues of arbitration in the legal doctrine of the 12th and 13th centuries

The idea of contemporary private arbitration has its roots in the Roman law. There appear however some elements which are unfamiliar to the Roman law. To this elements belong among others that the parties involved in arbitration are able to choose whether they will apply rules of equity or the strict law regulations to their dispute and judicial supervision of the arbitration award. The author of this paper searches for the origins of these elements in the legal doctrine of the Middle Ages which was based on the legislation of the Emperor Justinian. The first systematic researches of this legislation were conducted by the glossators in the 12th and 13th centuries. In their writings concerning arbitration the most innovative feature appears the specific use of one fragment from Proculus (D. 17.2.76), from which they deduced the idea of two kinds of arbiters. One of them (*arbiter*) was bound by law regulations and the other (*arbitrator*) was able to use rules of equity. There were no possibilities to take an appeal against the award of an *arbiter* and to the contrary the decision of an *arbitrator* could be appealed by means of *reductio ad arbitrium boni viri*. These statements of the legal doctrine had found the fastest reflection in the collections of *ars notaria* which were a helpful tool for practice of the notaries. The specific reference books of procedure law called *ordines iudicarii* at first did not notice the new division. This was Durantis who in his famous *Speculum Iudiciale* applied this division to the official Roman-canon proceedings. Thanks to the work of Durantis from the end of XIII century the lawyers began systematically shape two distinct forms of arbitration: based on the strict law regulations or recalling the rules of equity. Only in the second case an appeal was allowed. In the modern era the parties would be granted a choice of basis for an award in their dispute and the state courts would be able to control all kinds of arbitrary awards.