

ÚJVÁRI EMESE

A kezestársak viszonya a római jogban, különös tekintettel a kezestársak megtérítési igényére

Bevezetés

A római jogban gyakran előfordult, hogy egy főkötelmet egyszerre több kezességgel is biztosítottak. Mivel a kezestársak eredetileg egyetemleges adósok voltak, a hitelezőnek jogában állt a kezestársak egyikétől követelni a teljes tartozás megfizetését. Míg a *sponsorok* és a *fidepromissorok* terheit egyes törvények viszonylag korán enyhítették, a *fideiussio* esetében az egyetemlegesség – némi könnyítéssel – továbbra is fennmaradt, így felmerül a kérdés, hogy a fizető kezesnek volt-e valamilyen megtérítési igénye a kezestársakkal szemben, ha egyedül teljesítette a teljes kötelezettséget a hitelező felé, vagy csupán a főadóssal szemben érvényesíthette a regresszigényét. Erre a kérdésre kíván választ találni a kezestársak közötti jogviszonyok áttekintése, és a rájuk vonatkozó fontosabb jogforrások áttekintése révén a következő tanulmány.

1. *Sponsio* és *fidepromissio*

Eredetileg a *sponsorok* és a *fidepromissorok* egyetemleges adósok voltak.¹ A kezestársak között azonban Gaius szerint a *lex Apuleia de sponsu*² egyfajta társaságot (*quaedam societas*) hozott létre:³ A kezestársak a hitelező felé továbbra is egyetemleges adósként

¹ Ez különösen a Gai.3,121a-ból és a Gai.3,122-ből következik. Vö.: SCHMIEDER, PHILIPP: *Duo rei, Gesamtoobligationen im römischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, 254–255. pp.

² Gai.3,122; A törvény keletkezési ideje bizonytalan, az erre vonatkozó álláspontok Kr.e. 390-től egészen Kr.e.103-ig terjednek. Vö.: ELSTER, MARIANNE: *Die Gesetze der mittleren römischen Republik, Text und Kommentar*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2003, 162–163. pp.; SCHMIEDER: *Duo rei*, 259. p.; LEVY az első és a második pun háború közötti időszakra teszi a törvény keletkezési idejét. (LEVY, ERNST: *Sponsio, fidepromissio, fideiussio, Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftrecht*, Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1907, 63–66. pp.)

³ Ez nem azt jelenteti, hogy a törvény előtt nem állt volna fent az egyetemlegesség a kezestársak között, hanem a „*quasi societas*” pusztán a kezestársak között fennálló belső jogviszonyra utal. Vö.: LEVY: *Sponsio...*,68–69. pp.

feleltek (*in solidum*), de a törvény egy megtérítési igényt keletkeztetett a fizető kezes részére a rá eső hányadot meghaladó rész vonatkozásában a kezestársaival szemben.⁴

Egy későbbi, szintén a *sponsorokra* és a *fidepromissorokra* vonatkozó *lex Furia de sponsu*⁵ egyrészt két évre korlátozta a kezesek felelősségét, másrészt több kezes esetén elrendelte köztük a tartozás felosztását a külső jogviszonyban, vagyis a hitelező viszonylatában is⁶, így a hitelező tőlük már csak a rájuk eső hányadot követelhetette. Az egy főre eső hányad végleges összegét csak a követelés esedékességekor lehetett megállapítani,⁷ mert a kötelezettség pusztán a még életben lévő kezestársakra korlátozódott, ezen két kezességi forma esetében ugyanis a kötelezettség nem szállt át a kezesek örököseire. Abban az esetben, ha a hitelező az egyik kezestártól többet hajtott volna be, mint amennyi a rá eső hányad volt, utóbbi a hitelezőtől a többletet ítélet nélkül is végrehajtás alá vonhatta egy *legis actio per manus iniunctionem* keretében.⁸

Annak érdekében, hogy az egy kezestársra eső összeget egyszerűbb legyen megállapítani, egy *lex Ciceria de sponsu*⁹ előírta, hogy a hitelező köteles nyilvánosan (azaz tanúk előtt) kihirdetni, hogy melyik főkövetelést akarja kezességgel biztosítani, és hány *sponsort*, ill. *fidepromissort*¹⁰ kíván igénybe venni. Amennyiben elmulasztotta a fentiek kihirdetését, a kezesek 30 napon belül egy *praeiudiciumot* kezdeményezhettek annak megállapítása végett, hogy sor került-e a kezességre vonatkozó adatok törvénynek meg-

⁴ Gai.3.122; ELSTER: *Die Gesetze...*, 162–163. pp.; KASER, MAX: *Das römische Privatrecht, I.Bd.*, München, Beck'sche Verlag, 1971, 662. p.; KASER, MAX: *Römisches Privatrecht*, 14. Aufl., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986, 253. p.; HAUSMANINGER, HERBERT – SELB, WALTER: *Römisches Privatrecht*, 3. Aufl., Wien, Köln, Böhlau Verlag, 1985, 348. p.

⁵ Gai.3.121; Gai.3.122.; Ennek a törvénynek is bizonytalan a keletkezési ideje, csupán annyi biztos, hogy a *lex Apuleia* után született. Vö.: ELSTER: *Die Gesetze...*469. p.; Levy: *Sponsio...*, 62–63. pp.

⁶ MEIER, SONJA: *Erlass und Regressgefährdung bei Bürgschaft und Gesamtschuld*, in: HARKE, JAN DIRK (Hrsg.): *Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, Drittbeteiligung am Schuldverhältnis*, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, 35–71. pp.; 45. p.; HAUSMANINGER – SELB: *Römisches Privatrecht*, 348. p.

⁷ Az esedékesség időpontjától a kezestárs már csupán a rá eső részért felelt, ha ezt követően valamelyik kezestárs meghalt, vagy fizetésképtelenné vált, annak a kockázata már a hitelezőt terhelte; LEVY: *Sponsio...*, 74. p.

⁸ Gai.4.22; KASER: *Das römische Privatrecht, I.Bd.*, 662. p.; ELSTER: *Die Gesetze...*467–468. pp.; KASER: *Römisches Privatrecht*, 253. p.; Erre a Gai.4.22 által említett jogsegélyre gyakorlatilag abban az esetben lehetett szükség, ha a hitelező nem peres úton hajtotta be a kezestől a tartozást, vagy valamilyen oknál fogva nem vették figyelembe a perben az érintett *sponsorral* szembeni *plus petitió*t. (Például mert tévedtek arra vonatkozóan, hogy egy kezestárs még életben van-e.) (LEVY: *Sponsio...*, 71. p.)

⁹ Gai.3.123; Ennek a törvénynek sem ismerjük a pontos keletkezési idejét. Pusztán annyi állapítható meg biztosan, hogy az említett három törvény közül ez a legkésőbbi. ELSTER: *Die Gesetze...*471. p. Levy ugyanakkor nagyon valószínűnek tartja, hogy a törvény Kr.e. 173-ban keletkezett. (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 64. p.)

¹⁰ A törvény eredetileg csak a *sponsorokra* és a *fidepromissorokra* vonatkozott, Gaius maga is utal arra, hogy az a tény, hogy később a *fideiussorok* is élvezték a törvény nyújtotta előnyöket a későbbi jogfejlődés eredménye. Gai.1.123; ELSTER: *Die Gesetze...*471. p.; STEINER, ANJA: *Die römischen Solidarobligationen, Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 181–182. pp.

felelő kihirdetésére. Amennyiben az előperben¹¹ azt állapították meg, hogy a hitelező ezen kötelezettségének nem tett eleget,¹² a kezesek szabadultak a kötelemből.¹³

Ugyanakkor a *lex Furia* hatálya pusztán Itáliára korlátozódott, így a *sponsorok* és a *fidepromissorok* Itálián kívül továbbra is egyetemleges adósok voltak, viszont ha a rájuk eső hányadánál többet fizettek, továbbra is élhettek a *lex Apuleia* által biztosított megtérítési igényrel a kezestársakkal szemben.¹⁴

2. Fideiussio

A *fideiussio*ra – szemben a *sponsió*val és a *fidepromissio*val – nem terjedt ki sem a *lex Furia*, sem pedig a *lex Apuleia* hatálya, így abban az esetben, ha több *fideiussor* biztosította a főkötelmet, ők továbbra is egyetemleges adósként feleltek a kötelelem teljesítéséért,¹⁵ és nem állt a fizető kezes rendelkezésére a többi kezestárral szemben a megtéríté-

¹¹ Egy ebben a kérdésben lefolytatott *praeiudicium* sehol nem kerül említésre. Ennek valószínűleg az az oka, hogy a hitelezők inkább betartották a törvény előírásait, nehogy a mulasztásuk miatt elessenek a biztosítéktól. (ELSTER: *Die Gesetze...*471. p.)

¹² LEVY úgy véli, hogy a megállapítási per valódi célja nem annak a kiderítése volt, hogy a hitelező valóban kihirdette-e hogy melyik kötelelem biztosítékául hány kezest kíván igénybe venni, hanem sokkal inkább annak a kiderítése, hogy a *stipulatio*k során a *sponsorok* közül ki stipulált főadósként és ki kezesként. (LEVY: *Sponsio...*, 79–87. pp.) Ugyanis Levy szerint a főadós és a kezes (mindkettő *sponsorként*) a főkötelelem *novatio*jának elkerülése végett egyaránt egyszerre tette meg a *sponsió*s ígéretét, ami azzal a következménnyel járt, hogy a főadós és a kezes között formailag *correalitas* állt fent. (LEVY: *Sponsio...*, 29–44. pp.) Ennek a feltételezésnek azonban úgy tűnik ellentmond az a tény, hogy több *sponsor*, mint főadós kötelezettségvállalása formailag elkülöníthető a főadós és a *sponsor* mint kezes kötelezettségvállalásától: több főkötelezett egyetemleges adósként egyszerre mondja ki a „*spondeo*” vagy „*spondemus*” szót válaszul a hitelező kérdésre a *stipulatio* során, míg a kezes esetében előbb a főadós teszi meg a *stipulatio*s ígéretét („*spondeo*”), ezt követően teszi fel a hitelező a kezesnek a kérdést („*idem dari spondesne*”) és a kezes csak ezután válaszol („*spondeo*”). (Vö.: KASER: *Römisches Privatrecht*, 253. p.); WENGER is úgy véli, hogy semmi sem zárta ki egy nem nováló hatású utólagos *sponsio* lehetőségét a kezes részéről. Így szerinte a *praedictio* célja nem a kezes és a főadós beazonosítása volt, hanem az, hogy a kezes megtudja, hogy milyen nagy lesz a tartozás rá eső része. (WENGER, LEOPOLD: *Dr. Ernst Levy, Sponsio, fidepromissio, fideiussio, Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*. VI und 226 S. Berlin 1907., (lit.), in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (a továbbiakban *SZ*) 28., 1907, 487–495. pp., 490–492. pp.) Szemben Levy feltételezésével az sem jelent problémát, hogy ha a hitelező követelését utólag erősíti meg még több kezes, mert a *praedictio* lényege az, hogy ismertesse a kezességet vállaló *sponsorokkal*, hogy legfeljebb hányad részét kell kifizetniük a főkövetelésnek. Ha utóbb újabb kezesrel bővül a kezestársak köre, az csak előny a már meglévő *sponsorok* számára, hiszen így csökken a tartozás rájuk eső hányada. Ha viszont valamilyen oknál fogva mégsem vállalná annyi *sponsor* a kezességet, mint amennyit a hitelező a *praedictio*ban megjelölt, a kezességet vállaló *sponsoroknak* valószínűleg csak a *praedictio* alapján rájuk eső hányadért kell felelniük. (LEVY: *Sponsio...*, 87. p.; WENGER: *SZ* 28., 492. p.)

¹³ KASER: *Das römische Privatrecht*, I.Bd., 662. p.; ELSTER: *Die Gesetze...*469–470. pp.; KASER: *Römisches Privatrecht*, 253. p.

¹⁴ KASER: *Das römische Privatrecht*, I.Bd., 662. p.; ELSTER: *Die Gesetze...*467–468. pp.

¹⁵ Gai.3,121; Iust.Inst.3,20,40; D.46,1,39; C.8,40(41),3; C.8,40(41),16; C.8,40(41),21; SCHMOECKEL, MATHIAS – RÜCKERT, JOACHIM – ZIMMERMANN, REINHARD (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II., Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241–432, 2. Teilband: §§ 305–432*, Mohr Siebeck, 2007, 2476. p.; FÖLDI ANDRÁS – HAMZA GÁBOR: *A római jog története és intézményei*, Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó, 1996, 433. p.; MOLNÁR IMRE – JAKAB ÉVA: *Római jog*, 5. Kiadás, Szeded, Diligens, 2008, 353. p.; Ugyanakkor ha a *fideiussorok* csak a kötelezettség egy-egy hányadára vállaltak kezességet, akkor kezdettől fogva csak az adott hányad megfizetésével tartoztak: D.46,1,51p; MEIER: *Erlass...*, 45. p.

si igény érvényesítésére a *lex Apuleia* által a *sponsorok*, ill. *fideipromissorok* számára biztosított kereset sem.¹⁶

Több *fideiussor* esetében a kezestársaknak nem volt törvényben biztosított megtérítési igénye egymással szemben, így nem rendelkeztek ezen igény érvényesítésére szolgáló külön keresettel sem. Amennyiben a kezestársak egy belső megállapodás alapján vállalták közösen a kezességet, a köztük lévő szerződéses jogviszony alapján élhettek egymással szemben megtérítési igénnyel. Egy ilyen megállapodás hiányában azonban nem volt külön keresetük, amellyel perelhettek volna.¹⁷ Ehelyett két másik lehetőség állt a rendelkezésükre. Az egyik a követelés felosztásának lehetősége volt a fizetőképes kezestársak között, amelyet az ún. *epistula divi Hadriani* tett lehetővé. Amennyiben azonban a beperelt *fideiussor* valamilyen oknál fogva nem tudott élni az *epistula* által biztosított kedvezménnyel, követelhetette a hitelezőtől a főadóssal szembeni keresetek mellett a kezestársakkal szembeni keresetek engedményezését is, amelyek segítségével a *fideiussor* elérhette a kezestársakra eső hányad utólagos megtérítését.¹⁸

2.1. Beneficium divisionis

Az *epistula divi Hadriani* némileg megkönnyítette a *fideiussorok* helyzetét, ugyanis az *epistula* alapján a beperelt *fideiussor* elérhette a *praetor* segítségével, hogy csak a tartozás egy részét kelljen kifizetnie: ha bizonyítani tudta, hogy a kezestársai az adott időpontban fizetőképeseek, akkor a hitelezőnek a rá eső hányadra kellett korlátoznia a kereseteit. Ez a kedvezmény volt az ún. *beneficium divisionis*,¹⁹ vagyis a megosztás kedvezménye.²⁰

Ebben az esetben a *praetor* általában magát a keresetet osztotta fel a kezestársak között az egyik kezessel szemben megindított per *in iure* szakaszában az előfeltételek tisztázását követően.²¹ Amennyiben nem volt teljesen egyértelmű a kezestársak fizetőké-

¹⁶ KASER: *Römisches Privatrecht*, 253. p.

¹⁷ Gai.3,122; Iust.Inst.3,20,4; D.46,1,39; C.8,40(41),11; MEIER: Erlass., 45. p.; DIECKMANN, JOHANN ANDREAS: *Der Derivativreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner im englischen und deutschen Recht, Eine rechtsvergleichend-historische Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 43. p.

¹⁸ MEIER: Erlass., 45–46. pp.

¹⁹ A kifejezés nem technikus. (KASER: *Das römische Privatrecht, I Bd.*, 665. p.)

²⁰ Gai.3,121; Gai.3,121a; Iust. Inst.3,20,4; D.46,1,26; D.46,1,27; D.46,1,28; D.46,1,51; C.8,40(41),3; C.8,40(41),10,1; KASER: *Römisches Privatrecht*, 254. p.; MEIER: Erlass., 46. p.; HAUSMANINGER – SELB: *Römisches Privatrecht*, 348. p.; GIRTANNER, WILHELM: *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Historisch-dogmatisch dargestellt, II. Dogmatische Abtheilung. Das geltende gemeine Recht*, Jena, Verlag von Carl Hochhausen, 1851, 457. p. A gyám által a gyámolt követelésének biztosítékául rendelt kezeseket azonban nem illette meg a *beneficium divisionis*. (D.46,6,12; MEIER: Erlass., 46. p.)

²¹ SOKOLOWSKI, PAUL: *Zur sog. exceptio divisionis*, in: *SZ 11.*, 1890, 278–301. pp., 285–286. pp.; Általában a források is az „*actio*” felosztásáról tesznek említést: Iust.Inst.3,20,4; D.46,1,10,1; D.46,1,51pr.; D.46,1,51,4; D.46,1,51,5; D.46,6,12; C.8,40(41),10,1; C.8,40(41),16; Gai.3,121; Gai.3,122. Ugyanakkor néhány helyen ugyanebben az összefüggésben az „*obligatio*” felosztása szerepel a forrásokban: D.46,1,24,4; P.S.1,20; C.8,40 (41),3 (Vö.: SOKOLOWSKI: *SZ 11.*, 286. p.); Sokolowski úgy véli, hogy ebben az esetben a *praetor* úgy oldotta meg a kereset felosztását, hogy a formula megfelelő szerkesztése révén sikerült elkerülni azt, hogy az egyik *fideiussorral* szemben megindított kereset *litis contestatio*ja automatikusan feleméssze a többi kezestárral szembeni kereseteket is. Ha a követelés *certa* volt, akkor szerinte az *intentió*ban csak az adott kezesre eső összeget jelölte meg a *praetor*, miután a per *in iure* szakaszában

persége, a beperelt kezesnek biztosítékot kellett nyújtania arra vonatkozóan, hogy a kezestársai ellen az ő kockázatára indít a hitelező részkereseteket,²² vagy a vele szembeni keresetet a *praetor* a következő *exceptio*val adta meg: „*si non et illi solvendo sint*”.²³ Míg a kezestársak fizetőképtségének kockázata a *litis contestatio* előtt a beperelt kezeset terhelte, addig a *litis contestatio* utáni fizetőképtségük már alapvetően a hitelező kockázata volt,²⁴ ezt azonban csökkenthette a perbe fogott kezes által nyújtott biztosíték.

Nem teljesen egyértelmű azonban, hogy pontosan milyen feltételek fennállása esetén adta meg a *praetor* a beperelt kezesnek a *beneficium divisionis*. Egyrészt feltétel volt, hogy a *fideiussorok* a követelés teljes összegére vállaljanak kezességet, nem pusztán annak egy hányadára. Továbbá nem volt elegendő, hogy a kezesek ugyanazon követelést

tisztázta, hogy hány fizetőképes kezestárs között kell felosztani az összeget. Ha pedig *incerta* volt a követelés, akkor az *intentio* mindenképpen pontosításra szorult, mivel az ügyis csupán annyit tartalmazott, hogy „*quidquid ob eam rem dare facere oportet*”. Így, hogy a bíró a *condemnatio* összegét meg tudja határozni, meg kellett említeni a formulában (a *demonstratio*ban, ill. *praescriptio*ban), hogy hány *fideiussor* volt jelen a *litis contestatio* idején, és bizonyult fizetőképesnek. Így azonban, mivel az *incerta actio* tényleges tartalma csak a beperelt kezesre eső hányadra korlátozódott, nem emésztődött fel a többiekkel szembeni kereset. (SOKOLOWSKI: *SZ 11.*, 285–290. pp.)

²² Ezt a lehetőséget csak azzal a feltétellel adták meg, ha a kezestársak, akikért garanciát vállalt a perbe fogott kezes, valamennyien elérhetőek voltak. (D.46,1,10 pr.; SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.*, 2476. p.); Sokolowski szerint ennek a biztosítéknak nem az volt a célja, hogy a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatását kiküszöbölje, hanem, hogy egyszerűbbé tegye a beperelt kezes helyzetét azáltal, hogy legalább ideiglenesen biztosította számára a *beneficium divisionis*ből eredő előnyöket. (SOKOLOWSKI: *SZ 11.*, 293–294. pp.)

²³ D.46,1,28; KASER: *Das römische Privatrecht, I.Bd.*, 665. p.; EMUNDS, CHRISTIAN: *Solvendo quisque pro alio liberat eum, Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, 218. p.; GIRTANNER, WILHELM: *Ist das auxilium divisionis unabhängig von gleichzeitiger und gemeinsamer Eingehung der Mitbürgerschaft?*, in: Franke – v. Linde – Mittelmaier – Renand – Vangerow (Hrsg.): *Archiv für die Civilistische Praxis, (AcP)*, Bd. 43., Heidelberg, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1860, 275–299. p., 283–284. pp.; Ezt az ún. *exceptio divisionis* kivételiesen alkalmazták a kereset *in iure* szakaszban történő megosztásához viszonyítva. Sokolowski úgy véli, hogy a formula megfelelő szerkesztésével ebben az esetben is ki lehetett küszöbölni az egyik kezesrel szemben megindított per keresetmegszüntető hatását a többi kezesre nézve. (Vö.: SOKOLOWSKI: *SZ 11.*, 294–298. pp.)

²⁴ D.46,1,51,4; D.46,1,52,1; C.8,40,16; SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.*, 2476. p.; SOKOLOWSKI: *SZ 11.*, 290. p.; Sokolowski szerint azonban ez nem arra vezethető vissza, hogy az egyik kezesrel szemben megindított per *litis contestatio*ja megszüntette volna a többiekkel szembeni kereseteket is, mivel a *litis contestatio* csak az adott *fideiussorral* szemben megindított részkeresetet emésztette fel, a többiekkel szembeni részkereseteket nem. Szerinte ez részben arra vezethető vissza, hogy a kereset felosztása végleges volt, másrészt pedig abból a tényből, hogy a kezestárs fizetőképtségének csak akkor terhelhette a másik kezeset, ha az már a *litis contestatio*t megelőzően fennállt. (D.46,1,26) Ebből viszont az következett, hogy a hitelező nem léphetett fel az ellen a kezes ellen ismét, akit egyszer már beperelt. (Vö.: SOKOLOWSKI *SZ 11.*, 291–292. pp.); Azonban akár a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása volt az oka annak, hogy a klasszikus korban az egyik kezestárral szembeni per *litis contestatio*ját követően a hitelező kockázatává vált a többi kezestárs fizetőképtségének, akár nem, Iustinianus egyértelműen változtatott ezen a helyzeten. Ő ugyanis a C.8,40(41), 28-ban úgy rendelkezett, hogy amennyiben a főadós mellett több *fideiussor* is biztosítja a kötelmet, sem a főadós, sem pedig az egyik kezestárs kiválasztásával nem szabadulnak a többiek, mindaddig, amíg a hitelező teljes kielégítést nem nyer.

sért vállaljanak kezességet, azt is szükséges volt, hogy ugyanazon adós²⁵ tartozását biztosítsák ugyanannál a hitelezőnél.²⁶

A legfontosabb kérdésként az merül fel, hogy szükséges volt-e az, hogy a kezestársak együttesen, ill. egyidejűleg „*uno actu*” vállalják a kezességet, vagy elegendő volt, hogy ugyanazon főadós ugyanazon hitelezővel szembeni ugyanazon kötelmét biztosítsák mindannyian. A pandektisták többsége úgy vélte, hogy nem volt szükség arra, hogy a kezestársak egyidejűleg vállalják a kezességet.²⁷ Azonban Levy – egyértelműen

²⁵ (*Papinianus 3 resp.*) *Duo rei promittendi separatim fideiussores dederunt: invitus creditor inter omnes fideiussores actiones dividere non cogitur, sed inter eos dumtaxat, qui pro singulis intervenerunt. plane si velit actionem suam inter omnes dividere, non erit prohibendus, non magis quam si duos reos pro partibus conveniret.*” (D.46,1,51,2) Papinianus arról az esetről ír, amikor két egyetemleges adós van, és mindketten külön-külön egy-egy fideiussorral biztosítják a tartozásuk megfizetését a hitelezőnél. Papinianus szerint ebben az esetben nem követelhetik a fideiussorok a hitelezőtől a kereset megosztását. Ezt csak azok a kezesek követelhetik, akik valamennyi adósért kezességet vállaltak. Ugyanakkor ha a hitelező maga szeretné felosztani a keresetet a kezesek között, annak nincs akadálya. (Vö.: VON MOISY, FEODOR: *Steht das beneficium divisionis auch solchen Bürgen zu, welche die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen haben?*, Diss., Greifswald, Druck von Julius Abel, 1897, 15. p.; STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, 184. p.) Hasonlóképpen: (*Pomponius 7 ex var. lect.*) *Si a Titio stipulatus fideiussorem te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus alium fideiussorem accipiam, confideiussores non erunt, quia diversarum stipulationum fideiussores sunt.* (D.46,1,43) Az előző jogesethez hasonlóan ebben a jogesetben is arról van szó, hogy két különböző adós stipulációjához kapcsolódik két különböző kezes. Pomponius azt írja, hogy a kezesek nem lesznek *confideiussorok*, mivel két különböző adós különböző stipulációjához kapcsolódnak. Vagyis alapvetően nem a kezességvállalás időbeli különbsége, hanem az adósok különbözősége az oka annak, hogy a kezesek nem kapják meg a *beneficiumot*. (Vö.: VON MOISY: *Steht das beneficium divisionis...*, 15. p.; GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 296. p.) Lényegében nem ellentétes ezzel a felfogással az az állítás sem, ha azt feltételezzük, hogy azok a kezesek is kezestársaknak számítanak a fenti értelemben, akik mindannyian az összes egyetemleges adós kötelmét biztosítják, és követelhetik a *beneficium divisionis*-t. (Vö.: STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, 182–185. pp.) Mivel ebben az esetben bár több adósért vállalnak felelősséget, de ha valamennyien az összes adósért vállalnak kezességet, akkor ugyanazon – több – adós kezesének számítanak mindannyian. Végül pedig az is megállapítható, hogy ha egy kezestárs vállalt egy másik személy kezességet („*utókezes*”), akkor köztük sem kell megosztani a követelést a hitelezőnek, mert ebben az esetben nem ugyanazon adós kötelmét biztosítják. Ugyanis az *utókezes* szempontjából az a kezes van az adós pozíciójában, akiért ő vállalt kezességet: (*Ulpianus 22 ad ed.*) *Si fideiussor fuerit principalis et fideiussor fideiussoris, non poterit desiderare fideiussor, ut inter se et eum fideiussorem, pro quo fideiussit, dividatur obligatio: ille enim loco rei est nec potest reus desiderare, ut inter se et fideiussorem dividatur obligatio. proinde si ex duobus alter fideiussorem dederit, adversus eum quidem non dividitur obligatio, pro quo intervenit: adversus confideiussorem magis est ut dividatur.* (D.46,1,27,4) (Vö.: VON MOISY: *Steht das beneficium divisionis...*, 15–16. pp.)

²⁶ VON MOISY: *Steht das beneficium divisionis...*, 14–16. pp.

²⁷ Így különösen: HASENBALG, H.: *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Eine civilistische Studie*, Düsseldorf, Verlagsbuchhandlung von Julius Buddeus, 1870, 469–485. pp.; WINDSCHEID, BERNHARD: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2. Bd. I. Abt., Düsseldorf, Verlagsbuchhandlung von Julius Buddeus, 1865, 384. p., § 479; GIRTANNER: *Die Bürgschaft...*, 466. p.; GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 275–299. pp.; VON MOISY: *Steht das beneficium divisionis...*, 14–36. pp.; DERNBURG, HEINRICH: *Pandekten Band II.*, 1. Aufl., Berlin, Verlag von H. W. Müller, 1906, 221. p. További, részben korábbi irodalom felsorolását lásd: MEIER: *Erläss...*, 47. p. Ezzel szemben az egyidejű közös kezességvállalás, mint feltétel mellett foglalnak állást: KRITZ, PAUL LUDOLPH: *Das Pandektenrecht aus dem Rechtsbüchern Justinians nach dem Erfordernissen einer zweckmäßigen Gesetzgebung dargestellt und mit vergleichenden Hinweisungen auf das Französische, Oesterreichische und Preussische Recht hergeleitet*, Bd. I., Meissen, C. E. Klinkicht & Sohn, 1835, 178–182. pp.; SEUFFERT, JOHANN ADAM: *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts II.*, Würzburg, im Verlage der Stahel'schen Buchhandlung, 1825, 340. p.; SEUFFERT, JOHANN ADAM: *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, Bd. 6., München, Literarisch-artistische Anstalt der J. G. Gotta'schen Buchhandlung, 1853, 58. p.

szembeszegülvén ezzel az uralkodó állásponttal – azt állította, hogy csak azok a *fideiussorok* minősültek *confideiussorok*nak, és kaphatták meg a *beneficium divisionis*, akik „*uno actu*”, vagyis közösen és egyidejűleg vállalták a kezességet.²⁸ Ugyanakkor a modern szakirodalomban egyre inkább teret kap az a helyesnek tűnő álláspont, hogy nem volt szükség ilyen többletfeltételre, hanem a *beneficium divisionis* megadásához elegendő volt az a tény, hogy több *fideiussor* ugyanazon főadós ugyanazon tartozásáért ugyanannál a hitelezőnél vállalt kezességet.²⁹

A *confideiussores* kifejezés kilenc szöveghelyben fordul elő a Digestában,³⁰ a többi szöveghelyben csak (*plures*) *fideiussores*ről³¹ van szó. Levy részben pontosan erre a nagy előfordulási aránybeli különbségre alapozva állítja azt, hogy a *confideiussores* megkülönböztető jegye az „*unitas actus*”-ból ered.³² Ugyanakkor a szöveghelyek közül a D.46,1,43 az egyetlen,³³ amelyik a *confideiussores* kifejezést objektíve *terminus technikus*ként alkalmazza. Továbbá a források alapján a jogkövetkezmények tekintetében sem lehet igazolni semmilyen különbséget az „*uno actu*”, és a külön-külön kezességet vállaló *fideiussorok* között.³⁴

Így például mind Gaius (Gai.3,122), mind pedig Iustinianus (Iust.Inst.3,20,40) egyaránt hallgat arról, hogy az *epistula Hadriani*t csak olyan kezésekre lehetne alkalmazni, akik a kezességet közösen és egyszerre vállalták. Egyik forráshely sem említi, hogy azon kívül, hogy több fizetőképés *fideiussor* biztosítja a követelést, más feltétele is lenne a *beneficium divisionis* alkalmazásának.³⁵ Ugyanakkor nem valószínű, hogy egy ilyen fontos feltétel létéről hallgattak volna.³⁶

²⁸ LEVY: *Sponsio...*, 139–164, 175–185. pp. Ezt az álláspontot képviseli WESENER is. (Vö.: WESENER, GUNTER: *Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht*, in: *LABEO 11.*, 1965, 341–361. pp., 348–349. pp.)

²⁹ Vö.: SCHMIEDER: *Duo rei*, 254. p.; STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, 182–184. pp.; WENGER: *SZ 28.*, 494. p.; Véltetően MEIER: *Erlass...*, 45–46. pp. is.

³⁰ D.2,14,23; D.2,14,26; D.46,1,10pr.; D.46,1,21,1; D.46,1,27,4; D.46,1,39; D.46,1,43; D.46,1,48,1; D.46,1,59; (Vö.: STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, 182. p.; SCHMIEDER: *Duo rei*, 253. p.)

³¹ Steiner szerint a *fideiussores* kifejezés többes számban mintegy 238 szöveghelyben fordul elő (STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, 184. p.) míg Levy a Berliner Digestenindexre hivatkozva 769 szöveghelyet említ (LEVY: *Sponsio...*, 158. p.)

³² LEVY: *Sponsio...*, 158–159. pp. Hasonlóképpen az *unitas actus* szükségességét feltételezi Wesener is. Vö.: WESENER: *LABEO 11.*, 348–349. pp., Továbbá ez az álláspont jelenik meg a Heumann – Seckel Handlexikonban is. (Vö.: SECKEL, E: *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926, 91. p.)

³³ Sőt a D.46,1,48,1 alapján sokkal inkább úgy tűnik, hogy a jogtudós a két kifejezést szinonimaként használja, hiszen Papinianus a korábbi kezest a későbbi *confideiussor*aként említi. (Vö.: GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 296. p.) Szintén szinonimaként jelenik meg Ulpianusnál a *fideiussores* és a *confideiussores* kifejezés a D.46,1,10, pr.-1-ben. (VON MOISY: *Steht das beneficium divisionis...*, 33. p.)

³⁴ SCHMIEDER: *Duo rei*, 254. p.; STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, 183–184. pp.; Wenger kifejezetten amellett foglalt állást, hogy nem feltétlenül kell *uno actu* kötelezettséget vállalni a *fideiussorok*nak ahhoz, hogy *confideiussorok*nak számítsanak, a későbbi kezességet vállaló *fideiussor* is a korábbi kezések kezestársának számít. (Vö.: WENGER: *SZ 28.*, 494. p.)

³⁵ SCHMIEDER: *Duo rei*, 254. p.; STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, 183. p.; VON MOISY: *Steht das beneficium divisionis...*, 23. p.

³⁶ HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 481–482. pp.; VON MOISY: *Steht das beneficium divisionis...*, 31–31. pp. Továbbá az alábbi szöveghelyek is pusztán arra helyezik a hangsúlyt, hogy ugyanazon adós ugyanazon tartozását egyszerre több (fizetőképés) *fideiussor* biztosítsa, nincs szó arról, hogy a kezességet egyidejűleg

Azt az álláspontot, hogy nem feltétele a *beneficium divisionis* alkalmazásának az, hogy az adós tartozásáért a *fideiussorok* egyidejűleg vállalják a kezességet, leginkább a következő fragmentum támasztja alá:

Papinianus 10 quaest.

Huic similis et illa quaestio videri potest, ob aetatem si restituatur in integrum unus fideiussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut fideiubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confideiussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari. (D.46,1,48,1)

Papinianus³⁷ arra a kérdésre kíván választ adni, hogy ha két *fideiussor* közül az egyik a fiatal kora miatt megkapja az *in integrum restitutiót*, akkor a másíknak egyedül kell-e a kötelemből fakadó terhet viselnie. A jogtudós szerint – tekintettel a *minor* korából fakadó bizonytalanságra és az *in integrum restitutio* igénylésének és megadásának bizonytalanságára – csak abban az esetben kell egyedül helytállnia a kezesnek, ha a *minor* a másik kezes kötelezettségvállalását követően vállalta el a kezességet. Ha azonban a *minort* épp a hitelező bírta rá csalárdul a kezességvállalásra, akkor nem lehet a hitelezőt a *minor* kezestársával szemben előnyben részesíteni. A fragmentum fő kérdése tehát, hogy milyen hatással van a kezesre, ha a kezestárs a fiatal kora miatt szabadul a kötelemből. A válasz, hogy ha a *minor* a másik kezesrel egyidejűleg (vagy esetleg előtte) vállalta el a kezességet, akkor a másik kezesnek csak a rá eső részt kell kifizetnie, valószínűleg azért, mert ebben az esetben bízhatott a *beneficium divisionis* nyújtotta kedvezményben, így védelemben kell részesíteni az érdekét akár a hitelező érdekével szemben is. Ezzel szemben, ha a *minor* csak a másik fél kezességvállalását követően stipulált, akkor a másik kezesnek a saját kezességvállalása során eredetileg a teljes követelés teljesítésével kellett számolnia, a *minor* utólagos kezességvállalása ezt a terhet pusztán utólag könnyítette volna meg, így nem védendő a kezes érdeke a hitelezőével szemben. Viszont ha a hitelező tudott arról, hogy számára egy *minor* vállalt kezességet, sőt kifejezetten ő vette rá erre a kezességvállalásra, akkor a kezes abban az esetben is csak a rá eső részért fog felelni, ha a *minor* utólag vállalta el a kezességet, mert ebben az esetben nem lehet a hitelező érdekét a kezesrel szemben előtérbe helyezni.³⁸

A fentiekből arra lehet következtetni, hogy ha a *beneficium divisionis* feltétele lenne a kezestársak egyidejű kötelezettségvállalása, akkor nem kellene külön figyelembe venni a jogesetben azt az esetet, amikor a *minor* utólag vállalta a kezességet, mert

kellott volna elvállalniuk: D.46,1,10 pr., D.46,1,10,1; D.46,1,26; D.46,1,27, D.46,1,28. (Vö.: VON MOISY: *Steht das beneficium divisionis...*, 32–33. pp.)

³⁷ Levy Girtannerre hivatkozva úgy véli, hogy a szöveg helyet interpolált, és eredetileg több *sponsorra* vonatkozott. (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 140. p., 97–113. pp.; GIRTANNER: *Die Bürgerschaft...*, 462–465. pp.) Ugyanakkor Girtanner a későbbi munkájában már inkább amellelt foglal állást, hogy a szöveg helyet eredeti is lehet, és inkább eredetinek kell tekinteni. (Vö.: GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 286. p.)

³⁸ GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 289–292. pp.

ebben az esetben a kezestárs korától függetlenül is meg kellene tagadni a *beneficium* megadását, és a jogeset megoldásánál erre nem kellene külön kitérni.³⁹

Továbbá azt is látnunk kell, hogy abban az esetben, amikor a hitelező maga vette rá csalárdul a *minor*t a kötelezettségvállalásra, nem pusztán azért élhet végül a másik kezes a *beneficium divisionis*-szal, mert a hitelező csalárd volt – hiszen önmagában erre a tényre még nem lehetne a követelés megosztását alapítani – hanem ebben az esetben a hitelező csalárdságán alapuló alkívételről van szó. A főszabály tehát, hogy a kezes akkor is kérheti a megosztás kedvezményét, ha a kezestársa nem egyidejűleg, hanem később vállalta a kezességet, kivéve, ha a kezestárs (a kora miatt) szabadul a kötelemből (kivétel), viszont mégis igénybe veheti – az őt eredetileg is megillető – kedvezményt, ha a kezestárs a hitelező csalárdsága miatt szabadult (alkívétel).⁴⁰

Látható tehát, hogy Papinianus nem azért zárja ki a *beneficium divisionis* alkalmazását, mert a kezestárs később vállalta a kötelezettséget, hanem mert az a kora miatt egy *in integrum restitutió*t kapott, és csak azzal a további feltétellel, hogy a *minor* kezességvállalására nem a hitelező csalárdsága miatt került sor. Az is megfigyelhető továbbá, hogy Papinianus a korábbi kezest a későbbi *confideiussor*aként említi.⁴¹

Látszólag az ellentétes álláspontot támasztja alá a következő császári rendelet:

Imperator Alexander Severus

Ut autem is, qui cum altero fideiussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet. (C.8,40(41),10,1)

A császári rendelet szerint alappal szokták kérni a marasztalás előtt, hogy ne egyedül marasztalják azt a kezest, aki egy másik kezessel vállalta a kötelezettséget, hanem osszák meg a keresetet a kezesek között, ha azok fizetőképeseek.

Itt valószínűleg valóban a közös kezességvállalásról van szó, bár a „*cum altero*” kifejezés pusztán arra is utalhat, hogy két kezes biztosítja a kötelmet. Viszont még abban az esetben is, ha elfogadjuk, hogy egyidejű kezességvállalásról van szó, mindenképpen figyelembe kell vennünk, hogy a vizsgált forrás egy császári *rescriptum*, amely a konkrét esetet bírálja el. Az azonban, hogy a konkrét eset tényállása közös kezességvállalásról szól, önmagában még nem jelenti azt, hogy a *responsum a beneficium divisionis* általános feltételként jelölne meg az egyidejű együttes kezességvállalást.⁴²

Bár a következő császári rendelet meggyőzőbbnek tűnik, mégsem igazolja teljes mértékben az egyidejű kezességvállalás szükségességét:

Imperator Justinianus

Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere et in his qui pecunias pro aliis simul constituunt necessa-

³⁹ GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 291. p.

⁴⁰ Vö.: GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 291–292. pp.

⁴¹ GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 295–296. pp.

⁴² VON MOISY: *Steht das beneficium divisionis...*, 26. p.; GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 278. p.; LEVY: *Sponsio...*, 145. p.

*rium est: aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet. * iust. a. iohanni pp. * <a 531 d. k. nov. constantinopoli post consulatum lampadii et orestae vv. cc.> (C.4,18,3)*

Ebben a rendeletben Iustinianus a *beneficium divisionis* alkalmazhatóságát a *mandatorokra* és a *fideiussorokra* vonatkozó szabályoknak megfelelően a *constitutum debiti alieni* azon kötelezettjeire is kiterjeszti, akik együtt vállalják a kötelezettséget. A „*simul*” szó valóban utalhat az együttes, egyidejű kötelezettségvállalásra, de nem kell szükségszerűen erre utalnia. Jelentheti azt is, hogy egymás mellett több kezes is ígéretet tett ugyanannak az idegen kötelelemnek a biztosítására.⁴³ Továbbá mivel a *fideiussorokra* és a *mandatorokra* vonatkozó szabályokat a *constitutio* azonos módon rendeli alkalmazni a *constitutum* kötelezettjeire is, ha beigazolódik, hogy az előzőeknél nem feltétel az egyidejűség,⁴⁴ így az ebben az esetben sem tekintendő feltételnek a szóhasználat ellenére sem. A rendeletben ugyanis nem a *beneficium* alkalmazásának konkrét feltételein van a hangsúly, hanem a három kezességi típusra vonatkozó szabályok azonosságán.⁴⁵

A fentiek alapján tehát összegzésként megállapítható, hogy bár a források nem teljesen ellentmondásmentesek, mégis úgy tűnik, hogy a *beneficium divisionis* megadásának az volt a feltétele, hogy több *fideiussor* ugyanazon adós ugyanazon kötelmének teljesítéséért vállaljon teljes felelősséget ugyanannál a hitelezőnél, és az egyik kezes ellen megindított perben sorra kerülő *litis contestatio* idején a többiek is-fizetőképesek és elérhetőek legyenek,⁴⁶ továbbá, hogy a beperelt kezes ne tagadja le a tartozását.⁴⁷ Azonban az a feltétel, hogy a kezesek egyszerre és egyidejűleg vállalják a kezességet nem igazolható egyértelműen a források alapján, sőt a bemutatott szöveghelyek inkább ennek az ellenkezőjét támasztják alá, ugyanis a források nem tesznek különbséget az együttesen és az egymástól függetlenül kezességet vállaló *fideiussorok* között.⁴⁸

Nem sokkal egyszerűbb azonban annak a kérdésnek a megválaszolása sem, hogy a kezes számára rendelkezésre álló másik jogsegély, a kezestársakkal szembeni megtérítési igény érvényesítését lehetővé tevő *beneficium cedendarum actionum* megszerzéséhez milyen feltételeknek kellett teljesülnie. Az alábbiakban ennek a vizsgálatára kerül sor.

2.2. Beneficium cedendarum actionum

Szemben a *sponsorokkal* és *fidepromissorokkal* – akikre kiterjedt a *lex Apuleia* hatálya – a *fideiussorok* nem rendelkeztek külön keresettel, amivel a kezestársaikkal szembeni megtérítési igényüket érvényesíthették volna, amennyiben a tartozás teljes összegét

⁴³ Vö.: HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 785. p.; WENGER: SZ 28., 494. p. Ezzel szemben: LEVY: *Sponsio...*, 154–155. pp.

⁴⁴ Ezt pedig az előző szöveghelyek, így különösen a D.46,1,48,1 alapján sikerült igazolni.

⁴⁵ Vö.: GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis...*, 280–281. pp.; HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 784–785. pp.; LEVY azonban a fentiekkel ellentétes állásponton van. (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 146–155. pp.)

⁴⁶ D.46,1,10 pr.

⁴⁷ D.46,1,10,1.

⁴⁸ SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.*, 2479. p.

kifizették.⁴⁹ A teljesítő *fideiussor*nak nem volt önálló keresete, így önálló – egy esetleges belső jogviszonytól független – megtérítési igénye sem a kezestársaival szemben. Hacsak a kezestársak nem kötöttek egy megbízási szerződést⁵⁰ – ami viszonylag ritkán fordult csak elő – a fizető kezes nem tudta mire alapozni a megtérítési igényét a többi kezessel szemben, ugyanis a kezestársakkal szemben sem egy *negotium gestióra*, sem pedig a jogalap nélküli gazdagodásra nem hivatkozhatott, és egy önálló regresszjogot létesítő jogszabályi alap is hiányzott.⁵¹

Így ha a *fideiussor* valamilyen oknál fogva nem tudta igénybe venni a *beneficium divisionist*, és nem állt semmilyen szerződéses jogviszonyban sem (pl. megbízás) a kezestársaival, akkor csupán egy lehetősége volt arra, hogy valamilyen módon mégis megtérítési igényrel élhessen a kezestársaival szemben a rá eső hányadot meghaladó összeg vonatkozásában. Ez a lehetőség pedig a hitelező – főadóssal és a kezestársakkal szembeni – kereseteinek megszerzése volt. A kezes a ráengedményezett keresetek segítségével már élhetett az ún. derivatív regresszus lehetőségével. Ez különösen akkor volt hasznos a kezes számára, ha a főadós fizetőképtelen volt, így csupán a kezestársaitól remélhette a kötelelem teljesítéséből eredő rá eső teher – utólagos – csökkentését.⁵²

A keresetek engedményezésére egyrészt sor kerülhetett úgy, hogy a kezes önként fizette ki a teljes tartozást, és a hitelező a köztük lévő megállapodás alapján engedményezte rá a főadóssal és a többi kezestárral szembeni kereseteit az esetleges további biztosítékokkal együtt, másrészt pedig úgy is megvalósulhatott az engedményezés, hogy erre a kezes ellen megindított perben a *praetor* kényszerítette a hitelezőt. Ez utóbbi esetben beszélhetünk az ún. *beneficium cedendarum actionum* alkalmazásáról.

Az nem vitatott tény, hogy – egy, a jogtudósok által kialakított konstrukció, az ún. adásvételi fikció segítségével – a hitelező önként a teljes összeget kifizető kezesre engedményezhette a főadóssal szembeni keresete mellett a kezestársakkal szembeni keresetét is. Ezt a teljesítés kötelemszüntető hatása miatt egy *fictio* segítségével lehetett elérni, amelynek értelmében, amikor a kezes fizetett, nem a saját kezesei kötelezettségét teljesítette, hanem a hitelező – főadóssal és kezestársakkal szembeni – kereseteit vette meg, és ezekért fizette ki a vételárat.⁵³

Abban a kérdésben azonban már nem mindenki értett egyet, hogy a kezestársakkal szembeni kereset engedményezésre a kezessel ellen megindított per során a *praetor* is

⁴⁹ Gai.3,122; Iust.Inst.3,20,4; D.46,1,39; C.8,40(41),11pr.; MEIER: *Erlass...*, 45. p.; MEIER, SONJA: *Gesamtschulden, Entsehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 263. p.; SCHMIEDER: *Duo rei*, 259. p.; EMUNDS: *Solvendo...*, 70. p.; GIRTANNER: *Die Bürgschaft...*, 95. p.; DIECKMANN: *Der Derivatvregreß...*, 43. p.; ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1990, 1996, 131–132. pp.

⁵⁰ Amelyet ebben az esetben csak akkor tekintettek érvényesnek, ha ebben a kezestársak kifejezetten megállapodtak, mert az ő esetükben egy hallgatónlagosan megkötött megbízási szerződést nem fogadtak el. (GIRTANNER: *Die Bürgschaft...*, 95. p.)

⁵¹ DIECKMANN: *Der Derivatvregreß...*, 43. p.; GIRTANNER: *Die Bürgschaft...*, 95. p.

⁵² DIECKMANN: *Der Derivatvregreß...*, 43–44. pp.; MEIER: *Erlass...*, 46. p.

⁵³ GIRTANNER: *Die Bürgschaft...*, 95–97. pp.;

rákényszeríthette-e a hitelezőt,⁵⁴ és ha igen, milyen feltételek mellett kerülhetett erre sor.

Ezekre a kérdésekre a kapcsolódó szöveghelyek segítségével kell választ találnunk :

„*Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit. nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo, quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit. quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur. unde quaeritur, an post legem Furiam adhuc legis Apuleiae beneficium supersit; et utique extra Italiam superest. nam lex quidem Furia tantum in Italia valet, Apuleia vero etiam in ceteris provinciis. sed an etiam in Italia beneficium legis Apuleiae supersit, valde quaeritur. ad fideiussores autem lex Apuleia non pertinet. itaque sicreditor ab uno totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fideiussit, soluendo non sit. sed ut ex supra dictis apparet, is a quo creditor totum petit, poterit ex epistula divi Hadriani desiderare, ut pro parte in se detur actio.*” (Gai.3,122)

Gaius a kezestársak viszonyáról ír. Elsőként azt vizsgálja meg, hogy a *lex Apuleia* a *lex Furia* bevezetését követően is alkalmazható volt-e a *sponsorok* és *fidepromissorok* esetében. Úgy véli, hogy abban az esetben, ha a *lex Furia* nem volt alkalmazható, mert például a *sonsióra* Itálián kívül került sor, akkor lehetett alkalmazni a *lex Apuleiát*. Ezt követően megállapítja, hogy a *fideiussorokra* nem terjedt ki sem a *lex Furia* sem pedig a *lex Apuleia* hatálya, ők továbbra is egyetemleges adósként feleltek a kötelem teljesítéséért, viszont élhettek az *epistula divi Hadriani* nyújtotta kedvezménnyel, amelynek értelmében a beperelt kezes kérhette, hogy a hitelező ossza meg a követelést a kezestársak között. Gaius szerint viszont, ha a *fideiussor* nem él ezzel a kedvezménnyel, akkor az ő

⁵⁴ A pandektisták többsége elismerte a *beneficium cedendarum actionum* lehetőségét a kezestársakkal szembeni kereset vonatkozásában is: GIRTANNER: *Die Bürgschaft...*, 95–98. pp.; HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 428–443. pp.; WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2. Bd., 132–133. pp., 294. §, 389. p.; 481. § 3. pont; MÜHLENBRUCH, CHRISTIAN FRIEDRICH: *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3. Aufl., Stuttgart, Christian Hausmann'sche Antiquariats-Buchhandlung, 1836, 412–413. pp.; PUCHTA, GEORG FRIEDRICH: *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1838, 405. p., 365. §. További, részben korábbi irodalom felsorolását lásd: MEIER: *Erlass...*, 48. p. Egyedül Savigny vélte úgy, hogy nem kényszeríthették a hitelezőt a kezestársakkal szembeni kereset engedélyezésére. (Vö.: VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL: *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, 1. Band, Berlin, Deit und Comp, 1851, 273–286. pp.) A modernebb szakirodalom képviselői közül Levy csak korlátozott körben ismeri el a *beneficium cedendarum actionum* alkalmazásának lehetőségét. Ő ugyanis úgy véli, hogy csak abban az esetben adja meg a *praetor*, ha a *beneficium divisionis* nem adható meg, így Levy kizárja a *confideiussores*, vagyis a kezességet *uno actu* elvállaló *fideiussorok* körében, és a többi kezes esetében is úgy gondolja, hogy a *beneficium* megadása kizárólag a *praetor* döntésén múlik, arra nincs semmilyen biztos igénye a kezesnek. (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 164–206. pp.); Levy álláspontját képviseli Wesener is. (Vö.: WESENER: *LABEO 11.*, 348–349. pp.); Mások viszont – bár elismerik, hogy csak abban az esetben van szükség a *beneficium cedendarum actionum* alkalmazására, ha a *beneficium divisionis* nem lehet alkalmazni – nem tesznek különbséget az alkalmazhatóság szempontjából az együttesen, ill. egyidejűleg valamint a külön kezességet vállaló *fideiussorok* között. (Vö.: SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.*, 2479. p.; EMUNDS: *Solvendo...*, 69–72; SCHMIEDER: *Duo rei...*, 259–261. pp.; DIECKMANN: *Der Derivativreß...*, 43–44. pp.; MEIER: *Gesamtschulden...*, 263–264. pp.; MEIER: *Erlass...*, 46. p.; WENGER: *SZ 28.*, 494–495. pp.)

kára lesz, ha a főadós nem fizetőképese, mert a kezes magára vessen, ha a nem élt a megosztás kedvezményével.

Hasonlóan hangzik a Iustinianus Institúcióiból származó szövegrész is:

„*Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere: sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis qui modo solvendo sint litis contestatae tempore partes petere. ideoque si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. sed et si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is pro quo fideiussit solvendo non sit: et sibi imputare debet, cum potuerit adiuvari ex epistula divi Hadriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio.*” (Iust. Inst.3,20,4)

Iustinianus már csupán a *fideiussióról* tesz említést, hiszen a *sponsiót* és a *fideipromissiót* ebben az időben már nem alkalmazták. Ő is kifejti, hogy a *fideiussorok* egyetemleges adósok, és a hitelező bármelyiküktől követelheti a teljes összeg kifizetését, ugyanakkor az *epistula divi Hadriani* lehetővé teszi a kezes számára, hogy arra kényszerítse a hitelezőt, hogy a követelését ossza fel a *litis contestatio* idején fizetőképese kezestársak között. Majd – szinte szó szerint átvéve a Gaiustól származó sorokat – ő is azt írja, hogy ha a kezes a teljes összeget kifizeti, a kezes kára lesz, ha a főadós nem tud fizetni, mert magára vessen, amiért nem vette igénybe a megosztás kedvezményét.

Mind Savigny, mind pedig Levy úgy gondolja, hogy az idézett két forráshely egyértelműen azt igazolja, hogy a *fideiussor* nem veheti igénybe a kezestársaival szemben a *beneficium cedendarum actionumot*. Savigny szerint a forrásokban meg is jelölik ennek az okát: a *fideiussor* számára más jogintézmény áll rendelkezésre, a *beneficium divisionis*.⁵⁵ Levy némileg pontosítani kívánja a képet, szerinte ugyanis a szöveghelyek a két *beneficium* összeegyeztethetetlenségét mondják ki egyértelműen: ha valaki nem akarja alkalmazni a sokkal hatékonyabb *beneficium divisionist*, az nem veheti igénybe a másik jogintézményt. Levy szerint azonban a *beneficium divisionis* pusztán az egyidejűleg, „*uno actu*” kötelezettséget vállaló kezestársakat, a *confideiussorok*at illeti meg, számukra viszont a *praetor* által kikényszerített engedményezés csak akkor alkalmazható, ha a *beneficium divisionist* valamilyen oknál fogva nem vehetik igénybe. Ha a *fideiussorok* külön-külön vállalták el a kezességet, akkor számukra a *beneficium divisionis* nem áll rendelkezésre, így ők úgy kaphattak segítséget, hogy bizonyos körülmények között a *praetor* kényszerítette a hitelezőt arra, hogy a főadóssal és a kezestársakkal szembeni kereseteit engedményezze a fizető kezesre.⁵⁶

⁵⁵ SAVIGNY: *Das Obligationenrecht...*, 274–275. pp.

⁵⁶ LEVY: *Sponsio...*, 168–176. pp. Wenger egyetért Levyvel abban, hogy a két *beneficium* egymással összeegyeztethetetlen volt, de helyesen rámutat arra, hogy a *beneficiumok* alkalmazási területének a Levy által meghatározott szempontok szerinti elhatárolása nem megfelelő. A *beneficium divisionis* ugyanis nem csupán az *uno actu* kötelezettséget vállaló *fideiussorok*at illette meg, hanem valamennyi *fideiussor*t, akiknek a kezestársai a *litis contestatio* idején fizetőképeseek voltak. Így ha a *fideiussor* érvényesíteni tudná a *beneficium divisionist*, de azt elmulasztja, akkor az az ő kára lesz, s ekkor nem kérheti a keresetek engedményezését. De ha azért nem veszi igénybe a megosztás kedvezményét, mert a kezestársa fizetésképtelen, akkor megkaphatja a *beneficium cedendarum actionumot*. (Vö.: WENGER: SZ 28., 494–495. pp.)

Hasenbalg azonban – véleményem szerint helyesen – úgy véli, hogy egyik szöveg-helynek sem a *beneficium cedendarum actionum* kérdése állt a középpontjában, és amikor a Iustinianustól származó forrást vizsgáljuk, semmiképpen sem szabad szem elől tévesztenünk azt a tényt, hogy Iustinianus szinte szó szerint átvette a *fideiussor*ra vonatkozó részeket Gaiustól. Gaius viszont alapvetően azt vizsgálta, hogy mennyiben alkalmazható a *lex Apuleia* a kezestársakra. Miután megállapította annak hatályát a *sponsorokra* és a *fidepromissorokra* (amennyiben a kezességvállalásra Itálián kívül került sor) rátérve a *fideiussorokra*, leszögezte, hogy ez utóbbi kezességi típusra nem alkalmazandó az említett törvény. Így Gaius valószínűleg pusztán azt kívánta kihangsúlyozni, hogy ha a *fideiussor* nem vette igénybe a *beneficium divisionis*-t, és így a rá eső résznél többet fizetett – szemben a *sponsorokkal* és a *fidepromissorokkal* – ő nem élhetett a *lex Apuleia* által biztosított regresszkeresettel a kezestársaival szemben, hanem neki kellett viselni a főadós fizetőképességének kockázatát. Vagyis Gaius célja csupán a három kezességi típus esetének összehasonlítása volt a *lex Apuleia* által biztosított önálló regresszkereset szempontjából, és pusztán ennek a hiányáról tudósított a *fideiussorok* vonatkozásában, és nem valószínű, hogy szándékában állt volna a *fideiussio* esetében a keresetek engedményezése révén biztosított megtérítési igény kizárása a kezestársakkal szemben. Iustinianusnál ugyan már nincs szó a másik két kezességi típusról és a *lex Apuleiáról* sem, de mivel szó szerint veszi át a Gaiustól származó sorokat, vélhetően neki sem az volt a célja, hogy kizárja a *beneficium cedendarum actionum* alkalmazásának lehetőségét, hanem Gaius nyomán ő is pusztán a teljesítő *fideiussor* kezestársaival szembeni önálló regresszigényét tagadta.⁵⁷

Hasonlóképpen pusztán egy önálló regresszkereset hiányáról van szó az alábbi szövegekben is:

Modestinus 2 reg.

Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est. ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore totum exsolvit nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur. (D.46,1,39)

Modestinus szerint nem adandó kereset abból a célból, hogy egy *fideiussor* a *confideiussorokat* perelje. Így ha két kezes ugyanarra az összegre vállalt kezességet, és kettőjük közül az, amelyiket a hitelező kiválasztott, a teljes összeget kifizette, amennyiben nem engedményezték rá a kereseteket, akkor a másik, nem fizető kezes sem a hitelező, sem pedig a *confideiussor* nem perelheti.

Savigny úgy véli, hogy ez a fragmentum is azt mondja ki, hogy nem illeti meg a regresszjog a *fideiussort* a kezestársaival szemben. Azt azonban Savigny sem tagadja, hogy a hitelezőnek jogában állt, hogy önként a kezesre engedményezze a kezestársakkal

⁵⁷ Vö.: HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 434–437. pp.; SCHMIEDER: *Duo rei...*, 260–261. pp. Schmieder szerint azt a tényt sem szabad figyelmen kívül hagyni, hogy a *lex Furia* és a *lex Apuleia* viszonyának vizsgálata egy kezdő joghallgatóknak készült tankönyvben kerül sor, így joggal feltételezhető, hogy Gaius nem szerette volna az amúgy sem könnyű tananyagot a *fideiussorok* regresszjogára történő kitéréssel – amelyek a *lexek* kapcsán pusztán alárendelt szerepe volt – tovább nehezíteni. (Vö.: SCHMIEDER: *Duo rei...*, 260–261. pp.)

szembeni kereseteket. Ez azonban Savigny szerint pusztán a hitelező önkényétől függött, a kezesnek erre nem volt semmilyen jogi igénye.⁵⁸ Levy is úgy gondolja, hogy a szöveghely első fele azt támasztja alá, hogy a *fideiussor* nem kérhette a kezestársakkal szembeni keresetek engedményezését. A fragmentum többi részét pedig interpolálnak tartja.⁵⁹

Modestinus azonban nem mond többet, mint hogy a *fideiussor*t a saját joga alapján nem illette meg kereset a kezestársakkal szemben, így ha nem engedményezte rá a hitelező a kereseteit, akkor nem tudott megtérítési igénnyel élni.⁶⁰ Ebből azonban nem lehet szükségképpen arra következtetni, hogy az engedményezést nem lehetett volna kikényszeríteni. A *cessio* elmaradásának például az is oka lehet, hogy a kezes a perben elmulasztotta a *praetor* segítségét kérni az engedményezésben. Az viszont teljesen egyértelmű, hogy semmi sem tiltja meg azt, hogy a hitelező rá engedményezze a kezestársakkal szembeni keresetét. Arról ugyan nincs szó a szöveghelyben, hogy ez az engedményezés kikényszeríthető lenne, de semmi nem is zárja ki az engedményezés kikényszerítését.⁶¹

Hasonlóképpen kell értelmeznünk a következő szöveghelyet is:

Imperator Alexander Severus

*Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit. * alex. a. sallustio **

Potuit sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. quod et in privatis debitis observandum est. <a 229 pp. vii k. nov. alexandro a. iii et dione cons.> (C.8,40(41),11)

Alexander Severus császár *rescriptum*ában azt írja, hogy ha két *fideiussor* közül az egyik a teljes kötelezettséget teljesíti, nem áll rendelkezésére kereset a vele együtt kötelezettséget vállaló *fideiussorral* szemben. De amikor a *fiscus*nak fizet, kérheti, hogy ruházzák át rá a zálogjogot, amely a *fiscus*t megilleti, és ha ez megtörténik, akkor élhet a rá engedményezett keresetekkel. Ugyanez figyelhető meg a magánadósságok esetében is.

Savigny ebben a szöveghelyben is annak a bizonyítékát látja, hogy mindenképpen megtagadják a regresszkereset megadását a kezestársakkal szemben. Úgy véli, hogy csak a főadóssal szembeni kereset, ill. zálogjog engedményezését teszi lehetővé a *rescriptum*.⁶²

Levy viszont úgy véli, hogy a szöveghelyben a hangsúly az „*una*”-n van, vagyis arról van szó, hogy abban az esetben tagadja meg a császár a kereset engedményezését kezestársra, ha *confideiussorokról* van szó, vagyis a *fideiussorok* egyidejűleg vállalták a

⁵⁸ VON SAVIGNY: *Das Obligationenrecht...*, 275. p.

⁵⁹ LEVY: *Sponsio...*, 179–184. pp.

⁶⁰ HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 432. p.; Emunds és Schmieder szerint a szöveghelyben egy önkéntes engedményezésről van szó. (Vö.: EMUNDS: *Solvendo...*, 69. p.; SCHMIEDER: *Duo rei...*, 259. p.); Girtanner is úgy véli, hogy Modestinus csupán egy önálló regresszkereset, így pl. egy *actio negotiorum gestorum* létét zárja ki a kezestársak vonatkozásában. (Vö.: GIRTANNER: *Die Bürgschaft...*, 538–539. pp.)

⁶¹ SCHMIEDER: *Duo rei...*, 259–260. pp.

⁶² VON SAVIGNY: *Das Obligationenrecht...*, 276–277. pp.

kezességet. Szerinte azonban a szöveghelyből *a contrario* arra lehet következtetni, hogy ha a kezesek nem egyidejűleg vállalták a kezességet, akkor lehetővé lehetne tenni a kereset engedményezését a kezestárssal szemben.⁶³

Ezzel az állásponttal szemben azonban fel lehet hozni ellenérvként, hogy a Levy szerint bizonyítani kívánt különbséget az „*uno actu*” és „*nem uno actu*” kötelezett *fideiussorok* között a források alapján nem lehet meggyőzően alátámasztani. Sőt a források inkább arról tanúskodnak, hogy a *confideiussores* kifejezést csupán nagyon ritkán alkalmazták technikus értelemben, és a *beneficium divisionis* megadásának – ami Levy szerint kizárta a *beneficium cedendarum actionum* lehetőségét – sem volt bizonyíthatóan feltétele a *fideiussorok* egyszerre történő kötelezettségvállalása.⁶⁴

Hasenbalg és Girtanner szerint ebben a szöveghelyben is pusztán egy önálló kereset létét tagadja a császár, és nem az engedményezés lehetőségét kívánja kizárni. Sőt úgy gondolják, hogy a *rescriptum* második felében a kezestársak által lekötött zálog engedményezéséről van szó, ugyanis valószínűtlennek tartják, hogy a császár – aki a kezestársakkal szembeni megtérítési igénnyel foglalkozott a *rescriptum* elején, minden átmenet nélkül a kezes és a főadós közötti viszonytal kezdene el foglalkozni a *rescriptum* második felében.⁶⁵

Így vélhetően a *rescriptum* valóban csupán arról szól, hogy a *fideiussorok*nak nem volt önálló keresete a kezestársaival szemben.⁶⁶

A következő szöveghely arról tanúskodik, hogy nem volt semmilyen akadálya annak, hogy a fizető kezes engedményezéssel megszerezze a hitelezőtől a kezestársaival szembeni kereseteket.

Paulus 14 ad Plaut.

Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actions. (D.46,1,36)

Paulus arról ír, hogy egy hitelezőnek a főadós mellett több *fideiussora* is van. Az egyik kezes kifizeti a teljes összeget, ezt követően a hitelező ráengedményezi a kezesre a főadóssal és a kezestársakkal szembeni kereseteit, amelyek továbbra is fennmaradnak, mivel ebben az esetben a kezes fizetését nem a saját kötelezettsége teljesítéseként, hanem a keresetekért fizetett vételárként értékelték. Így azért maradnak meg a hitelező keresetei a kezes teljesítését követően is, mert a hitelező tartozik a keresetek engedményezésével a kezesnek.⁶⁷

⁶³ LEVY: *Sponsio...*, 175–177. pp. Hasonlóképpen vélekedik Wesener is. (Vö.: WESENER: *LABEO 11.*, 348. p.)

⁶⁴ A fenti állítás igazolását lásd korábban a *beneficium divisionis* című fejezetben.

⁶⁵ HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 432–434. pp.; GIRTANNER: *Die Bürgschaft...*, 538–539. pp.

⁶⁶ Vö.: SCHMIEDER: *Duo rei...*, 259. p.

⁶⁷ A kezes teljesítésének kötelemszüntető hatásáról, az engedményezést lehetővé tévő adásvételi fikcióról, továbbá az engedményezés ill. az arról történő megállapodás időpontjáról lásd bővebben: ÚJVÁRI EMESE: A hitelező kereseteinek engedményezése a teljesítő *fideiussora*, in: *Miskolci Jogi Szemle, A Miskolci Egye-*

Mivel Paulus többes számban ír a keresetek engedményezéséről, és kifejezetten utal arra, hogy több kezes is biztosította a kötelmet, egyértelmű, hogy nem csak a főadóssal, hanem a kezestársal szembeni kereset engedményezésére is lehetőség van.⁶⁸ Ebben a jogesetben azonban pusztán a *cessio* jogi lehetőségéről van szó, függetlenül attól, hogy arra önkéntesen,⁶⁹ vagy nem önkéntesen kerül-e sor.⁷⁰

Viszont szemben az előző fragmentumokkal, amelyekben a kezestársakkal szembeni *actio* engedményezésének pusztán a lehetőségéről van szó, a következő szöveghelyek már arról tanúskodnak, hogy a *praetor* adott esetben rá is kényszerítette a hitelezőt a keresetek engedményezésére.

Julianus 89 Dig.

Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina. (D.46,1,17)

Julianus arról ír, hogy a *fideiussorok*nak úgy szoktak segíteni, hogy ha a kezes kész a teljes összeget kifizetni, a hitelezőt arra kényszerítik, hogy eladja neki a többiekkel szembeni kereseteket.

A „*succurri solet*” kifejezésből arra lehet következtetni, hogy az engedményezés kikényszerítése ugyan a *praetor* döntésétől függött, de ezt a kényszert a *praetor* gyakran alkalmazta, így az szokássá vált.⁷¹

tem Állam- és Jogtudományi Karának folyóirata, 5. évfolyam, 2010, 1. szám, Miskolc, Bibor Kiadó, 2010, 113–131. pp.

⁶⁸ Savigny viszont úgy gondolja, hogy nem feltétlenül van szó a kezestársakkal szembeni kereset engedményezéséről, hanem Paulus a keresetek alatt főadóssal szembeni keresetet és az *actio hypothecariát* is értette. (Vö.: SAVIGNY: *Das Obligationenrecht...*, 277. p.) Ugyanakkor nem szól semmi a szöveghelyben az ellen, hogy a hitelező ne engedményezhetné a kezestársakkal szembeni keresetet is az adósr. (Vö.: HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 431–432. pp.)

⁶⁹ Levy szerint ebben a jogesetben pusztán a kereset önkéntes engedményezéséről van szó. (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 199. p.) Míg a *Sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio* című művében még úgy gondolta, hogy a fragmentum túlnyomó része interpolált (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 199–205. pp.), a *Die Klagenkonkurrenz* című könyvében már elismeri, hogy a szöveghely legnagyobb része valódi. (Vö.: LEVY, ERNST: *Die Klagenkonkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, 1. Bd., Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1918, 229. p.) Medicus is úgy véli, hogy a forrás alapvetően valódi, de az nem kizárt, hogy a vége („*et ideo...*”) interpolált. (Vö.: MEDICUS, DIETER: *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregress*, In: *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, 391–406. pp.; 393. p.); Ezzel szemben Emunds nem kételkedik a teljes szöveghely eredetiségében. (Vö.: EMUNDS: *Solvendo...*, 71. p.)

⁷⁰ SCHMIEDER: *Duo rei...*, 260. p.

⁷¹ SCHMIEDER: *Duo rei...*, 259–260. pp. HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 430–431. pp.; SOKOLOWSKI: *SZ 11.*, 298. p.; LEVY: *Sponsio...*, 185–186. pp. Savigny azzal próbálja feloldani a fragmentum és az elmélete közötti ellentmondást, hogy azt feltételezi, hogy Julianus pusztán a bírói méltányosságon alapuló segítségéről ír, nem pedig a kezes meghatározott jogáról. (Vö.: SAVIGNY: *Das Obligationenrecht...*, 277. p.) Bár Levy maga is kijelenti, hogy a szöveghelyben az áll, hogy szokássá vált a hitelezőt arra kényszeríteni, hogy a kereseteit „adja el” a fizető kezestársnak, ezt az eredményt összegegyeztetetlenné tartja a többi forrásból levont következtetéseivel, így végül arra az álláspontra jut, hogy a szöveghely interpolált, és eredetileg nem *fideiussorokról*, hanem *sponsorokról* volt benne szó. Ezt leginkább azzal indokolja, hogy Julianus minden további nélkül a keresetek adásvételéről „*vendere*” beszél, és nem utal arra, hogy itt csupán egy fiktív adásvételről lenne szó, viszont a *fideiussorok* esetében a hitelező kereseteinek adásvétele mindig csak fiktív lehet. Szerinte ennek az lehet az oka, hogy valójában a *lex Furia* alapján már csak a követelés egy részével

A teljesítés keresetmegszüntető hatásának kiküszöbölése végett a jogtudósok kifejlesztették az ún. adásvételi fikciót, amelynek értelmében a kezes nem a saját kezesi kötelezettségét teljesíti, amikor fizet, hanem a hitelező kereseteiért fizet vételárat. Ezt a fikciót nem csupán a felek általi megállapodáson alapuló önkéntes teljesítéssel egybekö-

tartozó *sponsor* fizeti ki a tartozás kezestársára eső részét is, így – mivel őt erre nem lehetne kötelezni – itt a másik *sponsorral* szembeni kereset tényleges megvételéről van szó, nem csupán egy fiktív adásvételről. (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 185–195. pp.) Wesener is Levy interpretációját tartja valószínűnek. (Vö.: WESENER: *LABEO 11.*, 349. p.) Levy álláspontja ellen azonban Medicus meggyőzően azzal érvel, hogy ha itt valóban a *lex Furia* értelmében *ipso iure* csak a tartozás egy-egy részéért felelős *sponsorok*ról lenne szó, akkor egyrészt nem lenne szükség arra, hogy segítsenek a másik kezessel szembeni kereset megvételében. Hiszen a *sponsor* nem lenne köteles a saját részénél többet fizetni a hitelezőnek, és ha ezt mégis meg kívánja tenni a kezestársával szembeni keresetért cserébe, akkor elég egyszerűen abban kell megállapodnia a hitelezővel, hogy csak akkor fizeti ki a másik kezesre eső összeget, ha a hitelező cserébe eladja neki a keresetet, így a kezes nem szorul a *praetor* segítségére. Továbbá ha tényleg a kereset valós adásvételéről lenne szó, akkor nem kellene a hitelezőt erre rákényszeríteni, a fragmentumban azonban a „*compellatur*” kifejezés kifejezetten arra utal, hogy a hitelezőt erre az adásvételre kényszeríteni szokták. Végül pedig további ellenérvként szolgál a *lex Apuleia* alkalmazhatósága *sponsorokra*. Ha a *lex Apuleia* alapján a saját részénél többet teljesítő *sponsort* egy saját kereset illeti meg a kezestársakkal szemben megtérítési igénye érvényesítésére, akkor miért lenne szüksége a hitelező keresetére is? Levy ezt azzal próbálja magyarázni, hogy Itálián belül, ahol hatályos volt a *lex Furia*, ott a *lex Apuleia* nem maradt hatályban. Ezt azonban nem állíthatjuk biztosan a Gai.3.122 alapján. MEDICUS szerint a fentiek nyomán sokkal inkább az állapítható meg, hogy a kezes a teljes összeggel tartozik, és így rá van utalva a *praetor* segítségére, aki rákényszerítheti a hitelezőt a többi kezessel szembeni kereset engedményezésére, amelyet egy adásvételi fikció segítségével Iulianus idejében már meg lehetett valósítani. Így MEDICUS szerint a szöveg hely mindenképpen olyan kezestársakról szól, akik egyetemleges adósok, vagyis egyaránt szó lehet a *fideiussorok*ról még az *epistula Hadriani* előtt, és olyan *sponsorok*ról is, akikre nem terjedt ki a *lex Furia* hatálya, mert Itálián kívül vállalták a kezességet. (Vö.: MEDICUS: *Der fingierte Klagenkauf...*, 395–396. pp.) MEIER úgy véli, hogy a „*paratus est*” kifejezés nem arra utal, hogy a kezes önként fizetett, mert egyébként a *lex Furia* hatálya alatt álló *sponsorként* csak a követelés egy részét kellett volna kifizetnie, vagy mert igénybe vehette volna *fideiussorként* a *beneficium divisionis*. (Vö.: MEIER: *Erlass...*, 46. p.) Schmiuder szerint Medicus és Meier feltevése, miszerint a szöveg hely egy olyan *fideiussortól* szólhat, aki még az *epistula divi Hadriani* előtt vállalta a kezességet, annyiban helytálló, hogy alapvetően valóban a *beneficium divisionis* előtt volt arra szükség, hogy az engedményezés kikényszerítésével segítsenek a kezesnek. Ugyanakkor Schmiuder helyesen úgy véli, hogy valószínűleg az *epistulát* követően is fenntartották a cessióregresszus lehetőségét, így két jogeszközzel is lehetett segíteni a *fideiussorok*nak, bár ezek egymáshoz való viszonya nem teljesen tisztázott. (Vö.: SCHMIEDER: *Duo rei...*, 261. p.) Véleményem szerint már önmagában az a tény is indokolja a *beneficium cedendarum actionum* kezestársakkal szembeni alkalmazhatóságát az *epistula Hadriani* létrejöttét követően is, hogy könnyen előfordulhatott, hogy a kezes a hitelező előre lemondatta a *beneficium divisionis* alkalmazásáról (Vö.: SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II.*, 2500. p.), vagy valamilyen más oknál fogva nem tudott élni ezzel a *beneficiummal*. Így a hitelező kedvezőbb helyzetbe került, mert nem kellett egyenként perbe fognia a kezeseket, ugyanakkor a helyzetét nem rontotta, ha a teljes követelést teljesítő kezesre engedményezte azokat a kereseteket, amelyek számára már használhatatlanná váltak, de a *fideiussornak* nagy hasznára lehettek, főleg ha a főadós fizetéseképtelenné vált, mert ekkor csupán ez az egyetlen lehetősége maradt arra, hogy a kezestársaitól a rájuk eső részt követelvéen a saját kárát csökkentse. (Vö.: DIECKMANN: *Der Derivatiregß...*, 43–44. pp.; WENGER: *SZ 28.*, 494–495. pp.) SCHMIEDER – Medicus-szal szemben – helyesen kizárja annak a lehetőségét is, hogy a fragmentum olyan *sponsorok*ról szólna, akik Itálián kívül vállalták a kezességet, ugyanis ebben az esetben rájuk kiterjedne a *lex Apuleia* hatálya és szükségtelessé válna a keresetek engedményezésének kikényszerítése, hiszen saját regresszkeresettel rendelkezne a kezestársaikkal szemben. Ugyanakkor Schmiuder arra is felhívja a figyelmet, hogy Levy azon rendszertani érvét nem sikerül megdönteni, miszerint Iulianus a *fideiussio* témáját kimerítően megtárgyalta a *Palingenesia* 53. könyvében, a 89. könyvben (D.46,1,17) azonban a kezességre vonatkozó törvényekről van szó, azaz a *sponsorokra* vonatkozó *lex Furiáról* és *lex Apuleiáról*. (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 188–189. pp.; SCHMIEDER: *Duo rei...*, 261. p.)

tött önkéntes engedményezés esetében alkalmazták, hanem azt a *beneficium cedendarum actionum* alkalmazásánál is felhasználták. A különbség pusztán abban állt, hogy az utóbbi esetben a hitelezőt közvetlenül rákényszerítették a keresetek engedményezésére, ill. „eladására”: csak akkor nyerhette meg a pert, ha kész volt a főadóssal és a kezestársakkal szembeni kereseteket a fizető kezesre engedményezni. Ennek a *praetori* kényszernek a létét igazolja a fenti szöveghely is.⁷²

A következő fragmentumban szintén arról van szó, hogy a kezes csak akkor köteles a kötelem teljesítésére, ha a hitelező ráengedményezi a kezestársaival szembeni kereseteit.

Papinianus 12 quaest.

Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur. (...) (D.46,6,12)

Papinianus azt írja, hogy ha a gyám több *fideiussor*t rendelt a gyámolt követelésének biztosítékául, akkor nem kell köztük megosztani a követelést, hanem az egyikükkel szemben kell megadni a keresetet, de csak akkor, ha a felperes ráengedményezi a kereseteit.

Ez a szöveghely arról tanúskodik, hogy a *praetor in iure* a kereset megtagadásának kilátásba helyezésével kényszeríthette rá a hitelezőt a keresetek engedményezésére. Erre utal az „*ita, ut*” („csak akkor”) kifejezés a fragmentumban.⁷³

A fentiek alapján összegzésként megállapítható, hogy ha a *fideiussor* önként teljesítette a követelés teljes összegét, megállapodhatott a hitelezővel abban, hogy az utóbbi engedményezze rá a főadóssal szembeni keresete mellett a kezestársakkal szembeni kereseteit is. Ennek dogmatikai akadályát sikerült elhárítani az adásvételi fikció alkalmazásával.

A források arról is tanúskodnak, hogy bizonyos esetekben maga a *praetor* kényszerítette rá a hitelezőt arra, hogy a kezesre engedményezze a főadóssal és a kezestársakkal szembeni kereseteit.⁷⁴ Ezen kényszer alkalmazása során is az adásvételi fikció segítségével sikerült eltekinteni a kezes teljesítésének kötelemszünetítő hatásától a főadós és a

⁷² EMUNDS: *Solvendo...*, 71. p.

⁷³ SCHULZ, FRITZ: *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, in: *SZ 27.*, 1906, 82–150. pp., 146. p. LEVY részben ezt a szöveghelyet is interpolációval gyanúsítja, ugyanakkor úgy véli, hogy megfelelően alátámasztja azon álláspontját, miszerint a kezestársakkal szembeni kereset engedményezésére csak akkor lehet kényszeríteni a hitelezőt, ha a *beneficium divisionis* nem alkalmazható (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 173–175. pp.; WESENER: *LABEO 11.*, 349–350. pp.). Továbbá Levy úgy véli, hogy ez a szöveghely bizonyítékul szolgálhat arra, hogy Papinianus elindította a fejlődést egy általános *beneficium cedendarum actionum* irányába (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 173. p.). Ugyanakkor Schmieder szerint nem szabad figyelmen kívül hagyni, hogy a gyám által állított kezesekre más szabályok vonatkoznak, mint általában a *fideiussorokra*. (Vö.: SCHMIEDER: *Duo rei...*, 261. p.) Liebs szintén utal a gyámolt részére állított kezesekre vonatkozó szabályok sajátosságára. (LIEBS, Detlef: *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1972, 187. p.)

⁷⁴ SCHMIEDER: *Duo rei...*, 261. p.

kezesársak vonatkozásában.⁷⁵ Bár ennek az engedményezésnek a kikényszerítése alapvetően a *praetor* belátására volt bízva,⁷⁶ mégis úgy tűnik, hogy gyakran segítettek ezen a módon a kezeseknek. Az logikus, hogy a kezes a kezestársaival szemben csak akkor kérhette ezt az ún. *beneficium cedendarum actionum*ot a *praetor*tól, ha valamilyen oknál fogva nem tudott élni a *beneficium divisionis*-szal. Így például gyakran előfordult, hogy a hitelező csak akkor adott kölcsönt a főadósnak, ha a kezesek hajlandóak voltak előre lemondani a *beneficium divisionis*ről,⁷⁷ továbbá az is előfordulhatott, hogy a kezes valamilyen oknál fogva elmulasztotta a perben a megosztás kedvezményének kérését, például mert nem tudott arról, hogy rajta kívül más kezes is biztosította a követelést,⁷⁸ vagy mert a kezestársak nem voltak az adott időpontban fizetőképeseek, illetőleg elérhetőek. Az azonban már nem igazolható a források alapján, hogy a *beneficium divisionis* csak az „*uno actu*”, vagyis az együttesen, egyidejűleg kezességet vállaló *fideiussorok* kaphatták volna meg, mint ahogy az sem, hogy emiatt a *beneficium cedendarum actionum* alkalmazása számukra eleve kizárt lett volna.⁷⁹

2.3. A fideiussor és a hitelező közötti jogviszony

A következő kérdés, hogy mi volt a helyzet abban az esetben, ha több *fideiussor* biztosította ugyanazon adós ugyanazon kötelemét ugyanannál a hitelezőnél, és a kezestársak közül valamelyik valamilyen oknál fogva szabadult a kötelemből.

Az első legkézenfekvőbb oka a *liberatio*nak az egyik kezes teljesítése volt. Eredetileg abban az esetben, ha a teljes tartozást kifizette a hitelezőnek, nem csupán ő szabadult a kötelemből, hanem egyben a főadós és a kezestársai is, sőt ugyanez volt a helyzet akkor is, ha az egyik kezestárral szemben a teljes összegre megindított per eljutott a *litis contestatio*ig, ugyanis ezzel felemésztődtek a hitelező többiekkel szembeni keresetei is. Ugyanakkor a fentiek alapján láthattuk, hogy a jogtudósok egy adásvételi fikció segítségével eltekintettek a kezes teljesítésének kötelemszüntető hatályától annak érdekében, hogy a fizető kezes megszerezhesse a hitelezőtől az utóbbi főadóssal ill. kezestársakkal szembeni kereseteit, hogy ezáltal az ún. derivatív regresszus révén érvényre tudja juttatni a megtérítési igényét.

A kezes szabadulásának oka lehetett egy *acceptilatio* is, amely kihatott a kezestársakra is az egyetemlegesség szabályainak megfelelően.⁸⁰

Érdekes azonban megfigyelni, hogy abban az esetben, ha az egyik kezes valamely olyan oknál fogva szabadult a kötelemből, amely a kezes személyében rejlett, akkor nem teljesen egységes annak az elbírálása, hogy mindez hogyan hatott ki a másik kezestárs kötelezettségére.

⁷⁵ EMUNDS: *Solvendo...*, 69–71. pp.

⁷⁶ LEVY: *Sponsio...*, 165. p.; WENGER: *SZ* 28., 495. p.

⁷⁷ SCHMOECKEL – RÜCKERT – ZIMMERMANN (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd.II., 2500. p.; KREMER, Heinrich: *Die Mitbürgschaft, Mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld*, Strassburg, Karl J. Trübner, 1902, 161. p.

⁷⁸ Vö.: DIECKMANN: *Der Derivatiregß...*, 43–44. pp.

⁷⁹ Vö.: WENGER: *SZ* 28., 494–495. pp.

⁸⁰ Vö.: KASER: *Römisches Privatrecht*, 250. p.; MEIER: *Erläss...*, 46. p.

Ahogy azt fentebb láthattuk, a *beneficium divisionis* – a *sponsióra* és a *fidepromissióra* vonatkozó *lex Furiá*val ellentétben – inkább a hitelező érdekét részesítette előnyben a *fideiussorokéval* szemben, hiszen alapvetően fenntartotta az egyetemleges kötelezettségüket, és csak abban az esetben vehették igénybe a megosztás kedvezményét, ha ez a hitelezőnek nem okozott különösebb kellemetlenséget, vagyis ha igazolni tudták a többi kezes fizetőképességét (vagy ezért biztosítékot adtak), és a többi kezes egyben elérhető is volt. A kezestársak fizetéseképtelenné válása egészen a *litis contestatióig* a *fideiussorok* kockázata volt, és csak azt követően szállt át a kockázat a hitelezőre.

Ugyanakkor néhány forrás mégis arról tanúskodik, hogy tekintettel voltak a *fideiussorok* érdekeire is, különösen abban az esetben, ha többen egy időben ill. egymásra tekintettel vállalták a kezességet. Ha ugyanis ilyen feltételek mellett valamelyik kezestárs a személyében fennálló érvénytelességi ok miatt szabadult a kötelemből, akkor csak abban az esetben kellett a *confideiussorának* a teljes kötelezettségéért helytállnia, ha a kezestárs tudott, vagy tudnia kellett volna arról az okról, amely miatt a másik kezes szabadult a kötelemből. Ellenkező esetben a *fideiussornak* nem kellett kifizetni a követelés kezestársra eső összegét, vagyis az ő érdekét részesítették előnyben a hitelezőével szemben. Ezt igazolja az alábbi (korábban más szempontból részben már tárgyalt) két szöveghely megoldása:

Papinianus 10 quaest.

Si Titius et Seia pro Maevio fideiusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus titium actionem, cum scire potuerit aut ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere. (D.46,1,48 pr.)

Papinianus 10 quaest.

Huic similis et illa quaestio videri potest, ob aetatem si restitatur in integrum unus fideiussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut fideiubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confideiussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari. (D.46,1,48,1)

Az első fragmentum tényállása szerint Titius és Seia kezességet vállaltak Maeviusért, de Seia – minden bizonnyal a *SC. Velleianum* alapján – szabadul a kötelemből. Papinianus *responsum*a szerint ebben az esetben a hitelező a teljes összegre megkapja a keresetet Titius-szal szemben, mert Titiusnak tudnia kellett volna arról, hogy a nők *intercessiója* érvénytelen.

A második szöveghely arról szól, hogy két *fideiussor* közül az egyik az életkora miatt megkapja az *in integrum restitutió*t. Papinianus szerint ebben az esetben a másik kezes csak akkor felel a tartozás teljes összegéért, ha a *minor* az előbbi kezességvállalását követően vállalta el a kezességet. Ha egyidejűleg vállaltak kezességet, s a perbe fogott *fideiussor* nem tudott a *minor* életkoráról, ill. az ezen alapuló *in integrum restitutió* lehetőségéről, akkor nem felel a *minorra* eső rész megfizetéséért. Továbbá ha a hitelező maga vette rá csalárdul a *minort* a kezességvállalásra, akkor szintén nem részesítik a hitele-

ző érdekét előnyben a kezestársával szemben (akkor sem, ha a *minor* a másik kezes után vállalta a kötelezettséget).

Ebből tehát az olvasható ki, hogy ha a két kezes egyidejűleg, így egymásról tudva és a megosztás kedvezményére számítva vállalta a kezességet, ha az egyik az életkora miatt szabadul a kötelemből, és a másik a kezességvállaláskor nem tudott erről a körülményről, vagyis joggal számított arra, hogy majd élhet a *beneficium divisionis*-szal, akkor a *fideiussor* érdekét a jogtudós a hitelezőével szemben előtérbe helyezi. Csak akkor dönt másként, ha a kezes eleve nem számíthatott a megosztás kedvezményére, mert a *minor* csak őt követően, és minden valószínűség szerint az ő tudta nélkül vállalta el a kezességet. De ez alól is kivétel az az eset, amikor a hitelező csalárdul járt el.⁸¹

A fentiekből az a következtetés vonható le, hogy abban az esetben, ha a kezestárs joggal számít a *beneficium divisionis* nyújtotta előnyökre, így arra, hogy csak a követelés rá eső részét kell majd kifizetnie, akkor adott esetben az ő érdekét előtérbe helyezik a hitelezőével szemben. Mindez azért érdekes, mert a *fideiussor*oknak kezdettől fogva számolniuk kell azzal a lehetőséggel is, hogy a kezestársuk fizetéseképtelenné válhat, és ennek kockázatát nekik kell viselni. Továbbá a rendelkezésre álló források alapján úgy tűnik, hogy a hitelezőnek jogában állt bármelyik kezestárs tartozását utólag elengedni egy *pactum de non petendo* segítségével, amelynek hatálya nem terjedt ki a többi kezestársra, így ők egyetemleges kötelezettként továbbra is feleltek a (teljes) tartozás kifizetéséért. Ezt támasztja alá az alábbi szöveg hely is:

Paulus 3 ad ed.

Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. immo nec confideiussoribus proderit. (D.2,14,23 pr.)

Paulus 3 ad ed.

Neque enim quoquo modo cuiusque interest, cum alii conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat: sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt. (D.2,14,23,1)

Paulus szerint a *fideiussor* által kötött megállapodás (*pactum de non petendo*) nem válik a főadós hasznára, mert a kezesnek nem fűződik ahhoz érdeke, hogy a főadós tartozását ne hajtsák be. A *pactum a confideiussor*nak sem válik a hasznára.⁸² Egy harmadik személy általi megállapodás akkor válik egy másik személy hasznára, ha az utóbbi által alkalmazott *exceptio*ból származó előnyök közvetlenül annál is beállnak, aki a megállapodást kötötte, mint például a főadós és az érte kötelezettséget vállaló személy esetében.

A következő fragmentumban is megerősítésre kerül az a tény, hogy az egyik *fideiussor* által kötött *pactum de non petendo* hatálya nem terjed ki a többi kezesre.

⁸¹ GIRTANNER: Ist das *auxilium divisionis*..., 289–292. pp. Vö.: WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2. Bd. I. Abt., 385. p., 479. §.

⁸² Vö.: MEIER: *Erläss*..., 47. p.

Iulianus 51 Dig.

Si ex duobus, qui apud te fideiusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur et, si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summo veris: reliqua autem quinque si a priore fideiussore petere institueris, doli mali exceptione submoveris. (D.46,1,15,1)

Iulianus *responsum*a szerint, ha két *fideiussor* vállalta a kezességet a főadósért 20 megfizetésére, és közülük az egyik ötöt ad vagy ígér a hitelezőnek, hogy az semmit ne követeljen tőle, akkor ezáltal a másik kezes nem szabadul a kötelemből. És ha a hitelező a másik kezestől 15-öt követel, akkor annak nem áll *exceptio* a rendelkezésére. Ha azonban az első kezestől ötöt követel a hitelező, megadják vele szemben az *exceptio doli*.

A szöveghely értelmezése nem teljesen egyértelmű, régóta vitatott a szakirodalomban.⁸³ Annyi biztosnak tűnik, hogy Iulianus egyértelműen kimondja, hogy ha csak az egyik kezes köt egy *pactum de non petendó*t a hitelezővel, akkor az ebből eredő *exceptio pacti conventi* nem illeti meg a másik kezest. Azt is megtudjuk továbbá, hogy ha ez utóbbi kezestől a hitelező 15-öt követel, a követelését teljesíteni kell, vagyis minden valószínűség szerint a megosztás kedvezményével sem élhetett.⁸⁴ Kérdés, hogy a beperelt kezes megtagadhatta-e a teljesítést élve az *exceptio cedendarum actionum*mal a hitelezővel szemben, arra hivatkozva, hogy a hitelező tudatosan elvesztegetett egy biztosítékot. A jogtudós szóhasználata („*nulla exceptio*”)⁸⁵ arra enged következtetni, hogy semmilyen *exceptio*val nem élhet a kezes, így az *exceptio cedendarum actionum*mal sem.⁸⁶

Mivel Iulianus arról ír, hogy a másik kezestársától 15-öt követel a hitelező, nem derül ki egyértelműen, hogy mi lenne abban az esetben, ha 20-at követelne tőle. Ez ugyanis

⁸³ Vö.: KASER, MAX: Celsus D.12,6,47 und die Akzessorietät der Bürgschaft, In: HORAK, FRANZ – WALDSTEIN, WOLFGANG (Hrsg.): *Festgabe für Arnold Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, Wilhelm Fink, München, Salzburg, 1972, 143–159. pp., 151–152. pp.

⁸⁴ KASER ugyan először azt jelenti ki, hogy a szöveghelyben nem található kifejezett utalás a *beneficium divisionis*ra, de elfogadhatónak tartja azt az értelmezést is, mi szerint a kezes és a hitelező megállapodása az előbbi *praetori* jog szerinti szabadulását idézi elő, ami elegendő ahhoz, hogy kizárja a *beneficium divisionis* alkalmazhatóságát. A másik kezes így egyedüli kezessé válik, akit a fennmaradó 15-re lehet perelni. (Kaser: Celsus...: 151–152. pp.); MEIER: Erlass..., 47. p.; MEIER: *Gesamtschulden*..., 1103. p.; HASENBALG: *Die Bürgschaft*..., 487–489. pp.; GIRTANNER: *Die Bürgschaft*..., 461. p.

⁸⁵ Girtanner úgy véli, hogy a kifejezés a *pactum de non petendó*ból egyaránt alkalmazható *exceptio pacti conventi*re és *exceptio dolis*ra vonatkozik. Nem a *beneficium divisionis*ből származó kifogásra, mert ez utóbbiból főszabály szerint nem kifogást kért a kezes, hanem még a *litis contestatio* előtt kérte a kereset megosztását. Ugyanakkor azt GIRTANNER sem állítja, hogy a kezes az *exceptio cedendarum actionum*mal visszaverhetné a hitelező keresetét, mert az utóbbi elengedte a kezestársa tartozását (GIRTANNER: *Ist das auxilium divisionis*..., 282–284. pp.).

⁸⁶ HASENBALG: *Die Bürgschaft*..., 487–489. pp.; Meier ugyan a konkrét szöveghely kapcsán csupán azt közöli, hogy abban az esetben, ha ún. „Nebenbürger”-ről van szó, vagyis olyan kezestársakról, akik egymástól függetlenül vállalták a kezességet, és a hitelező az első kezestárral állapodik meg egy *pactum de non petendó*ban, a másik kezestárs nem élhet kifogással a regresszjogának megszüntetése miatt. (Vö.: MEIER: Erlass..., 47. p.) Ugyanakkor ugyanebben a munkájában korábban és később is azt jelenti ki általánosan a kezestársakra („Mitbürger”) vonatkozóan, hogy a római jogi források alapján a hitelező nem felelt azért, ha a meghiúsította a fizető kezesnek a kezestársával szembeni megtérítési lehetőségét (Vö.: MEIER: Erlass..., 46. p., 48–49. pp.).

elvileg lehetséges lenne, hiszen a *pactum de non petendó*t kötő kezes nem a kezesi kötelezettség teljesítéséért fizeti meg az ötöt, hanem annak az ellenértékéért, hogy a hitelező elengedi a kezesi tartozását. Így továbbra is fennmarad 20-ra a másik kezes kötelezettsége. Ugyanakkor méltánytalannak tűnne, ha a másik kezestől mind a 20-at követelhetné a hitelező, valószínűleg ezért említ Iulianus tudatosan 15-öt.⁸⁷

Kaser is úgy véli, hogy méltánytalan lenne a másik kezestársától 20-at követelni, sőt úgy gondolja, hogy a szöveghely eredeti változata szerint⁸⁸ Iulianus kifejezetten ennek a kezestársnak adta meg az *exceptio dolit*, ha a hitelező tőle a fennmaradó ötöt követelte.⁸⁹ Ezen értelmezési lehetőség valóban érthetőbbé tenné a szöveghely második felét.

Hasenbalg úgy véli, hogy ez a szöveghely egyben azt is igazolja, hogy a hitelező nem köteles megőrizni a kezestársakkal szembeni követeléseit. S csupán a még meglévő kereseteit köteles a fizető kezesre engedményezni, azért nem felel, ha a keresetei időközben megszűnnek, még akkor sem, ha ennek az az oka, hogy a hitelező önként engedte el valamelyik kezestárs helyállási kötelezettségét.⁹⁰

Mindez alapvetően abból következik, hogy a hitelező és a *fideiussor* között jogviszony teljesen egyoldalú a hitelező javára – szemben a *mandatum qualificatum*mal, amely egy *bonae fidei* kötelmet keletkeztet – s a köztük lévő *stricti iuris obligatió*ból eredően a hitelező csak jogosított, a kezes pedig csak kötelezett.⁹¹

⁸⁷ Vö.: HASENBALG: *Die Bürgschaft*..., 489. p.

⁸⁸ Kaser Lenelle és Mommsennel egyetértve úgy véli, hogy a szöveghely eredeti változata nem tartalmazta az „*a priore fideiussore*”-t az utolsó előtti tagmondatban. Így valójában Iulianus nem arról írt, hogy a *pactumot* megkötő kezes kapja meg az *exceptio dolit*, ha követelik tőle az ötöt, hanem a másik kezes, ugyanis csak így válik igazán érthetővé a szöveghely második fele (KASER: Celsus..., 151. pp.).

⁸⁹ KASER: Celsus..., 151–152. pp.; Schmieder egyetértvén Kaserral szintén úgy véli, hogy a teljesítő kezes élhet az *exceptio dolival*, ha a hitelező a 15-ön túl tőle az ötöt is követelné. (SCHMIEDER: *Duo rei*..., 257. p.)

⁹⁰ HASENBALG: *Die Bürgschaft*..., 487–489. pp. Bár Hasenbalg először arra hívja fel a figyelmet, hogy Iulianus ebben a szöveghelyben pusztán arról a kérdésről döntött, hogy a kezes nem kapja meg a másik kezestárs által megkötött *pactum de non petendó*ból eredő kifogást, és úgy véli, hogy ezzel még nem jelentette ki, hogy a hitelező által előidézett megsemmisülése a keresetnek nem teszi ki a hitelezőt a kezes *exceptio cedendarum actionum*jának (Vö.: HASENBALG: *Die Bürgschaft*..., 409. p.), később azonban maga jelenti ki azt, hogy ebből a szöveghelyből egyértelműen kiderül, hogy a hitelező nem köteles megőrizni a *confideiussorokkal* szembeni követeléseit (Hasenbalg: *Die Bürgschaft*..., 487–488. pp.).

⁹¹ KNÜTEL, ROLF: Zur Frage der sog. Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, in: JAKOBS, HORST HEINRICH – KNOBBE-KEUK, BRIGITTE – PICKER, EDUARD – WILHELM, JAN: *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978, 1. Bd.*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 559–592. pp., 566. p.; HASENBALG: *Die Bürgschaft*..., 406–407. pp., 488–489. pp.; Hasenbalg úgy gondolja, hogy a hitelező főszabály szerint nem felel azért, ha a saját magatartásával megsemmisíti, vagy meggyengíti valamelyik kötelezett szembeni igényét, vagyis nem köteles a meglévő keresetei megőrzésére. Csupán abban az esetben lehet vele szemben az *exceptio cedendarum actionum*mal fellépni, ha dolózusan kifejezetten azért semmisít, vagy gyengít meg egy követelést, hogy azt ne tudja a fizető kezesre engedményezni. Mindez a *dolus*ra vonatkozó általános alapelvekből adódik. (Vö.: HASENBALG: *Die Bürgschaft*..., 404–412. pp.) Dieckmann ezzel szemben úgy véli, hogy ha a hitelező a saját hibájából nem tudja a kezesre engedményezni a főadóssal ill. a mellékkötelezettekkel szembeni kereseteit, a kezes az *exceptio cedendarum actionum*mal védekezhet vele szemben, szerinte ugyanis nincs ok arra, hogy másként járjanak el a *fideiussor* esetében, mint a *mandatum qualificatum* megbízója ügyében. (Vö.: DIECKMANN: *Der Derivativreß*..., 46–47. pp.) Ugyanakkor a két jogviszony jellegét tekintve lényegileg eltér egymástól: a *fideiussió*ból egy egyoldalú, *stricti iuris* kötelelem jön létre, amelyből a kötelezettségek kizárólag a kezes terhelik, a *mandatum qualificatum* ezzel szemben egy kétoldalú *bonae fidei* kötelmet keletkeztet, amelyben a kezes-megbízó kötelezettségének teljesítésével szemben a hitelező-megbízott kereseteinek engedménye-

Így a *fideiussor* főszabály szerint nem részesült abban az esetben védelemben, ha a hitelező meghiúsította a fizető kezes kezestársaival szembeni megtérítési igényének érvényesítését. A hitelezőnek csak azokat a kereseteket kellett a kezesre engedményeznie, amelyek még megillették őt a kezessel szembeni keresetindítás időpontjában. Így az *exceptio doli* esetében a *dolus* csak arra vonatkozott, ha a hitelező nem engedményezett a kezesre egy olyan keresetet, amely még a rendelkezésére állt, és amely neki már nem vált a hasznára, de a hitelező nem volt köteles megőrizni a többi kötelezettel szembeni kereseteit.⁹²

Ez Hasenbalg szerint egyaránt vonatkozik a főadóssal szembeni keresetre, és a mellékkötelezettekkel szembeni keresetekre is. A hitelező elengedheti az egyik *fideiussor* tartozását. Erre a tényre alapozva a továbbra is kötelezett *confideiussor* nem védekezhet a hitelező keresetével szemben, annak ellenére sem, hogy utóbbi már nem tudja rá engedményezni a másik kezestárssal szembeni keresetét.⁹³

Mindez alapvetően a *fideiussio stricti iuris* jellegéből adódik, ezzel szemben a *bonae fidei* kötelmet keletkeztető *mandatum qualificatum*ban a hitelezőt is terheli egy bizonyos gondossági kötelezettség a megbízó-kezesrel szemben, a kezes kötelezettsége nem volt teljesen egyoldalú. A *mandatum qualificatum* tehát sok tekintetben különbözött a *fideiussiótól*, de számos közös vonás is jellemezte a két jogviszonyt. Az alábbiakban ennek bemutatására kerül sor.

3. *Mandatum qualificatum*

Ahogy a *fideiussio* esetében, úgy a *mandatum qualificatum* formájában létrehozott kezességvállalás kapcsán is gyakran előfordult, hogy több személy is adott megbízást kezesként a hitelezőnek arra, hogy utóbbi kölcsönt adjon az adósnak. Így felmerül a kérdés, hogy az ún. megbízásos kezességnél hogyan alakult a kezestársak viszonya, köztük is meg kellett-e osztani a követelését a hitelezőnek, ill. ők is követelheték-e a hitelezőtől a perben a kezestársukkal szembeni kereset engedményezését?

zése mintegy ellenszolgáltatásként jelenik meg. (Vö.: SOHM, RUDOLPH: *Institutionen des römischen Rechts*, 13. Aufl., Leipzig, Verlag von Duncker und Humblot, 493. p.; SOKOLOWSKI: *Die Mandatsbürgschaft...*, 112. p., GEIB, OTTO: *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen, Verlag der H. Lapp'schen Buchhandlung, 1894, 156. p.) Meier pedig azt sem tartja kizártnak, hogy ebben a kérdésben sem voltak azonos véleményen a klasszikus kori jogtudósok (Vö.: MEIER: *Erlass...*, 41. p.).

⁹² Vö.: MEIER: *Erlass...*, 46. p., 49. p.; MEIER: *Gesamtschulden...*, 1103–1104. pp.; GIRTANNER: *Die Bürgschaft...*, 468–471. pp.; HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 486–489. pp.; MÜHLENBRUCH: *Die Lehre von der Cession...*, 439. p.; SOKOLOWSKI, PAUL: *Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht, Unter Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Max Niemeyer, Halle A. S., 1891, 121–123. pp. Knorr is úgy véli, hogy nincs olyan törvényi rendelkezés, amely felelőssé tenné a hitelezőt egy biztosíték feladásáért, de szerinte abban az esetben, ha a *fideiussor* a kezestársakra vagy a zálogra tekintettel vállalta el a kezességet, akkor a hitelező a kezes és a közte lévő szerződés alapján kötelezett a biztosítékok megőrzésére (Vö.: KNORR: *Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrechte*, in: *Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Bd. 28.*, 167–209. pp., 175–177. pp.). A régebbi irodalomban volt olyan nézet is, amely szerint a hitelező felelt abban az esetben, ha feladott egy biztosítékot. Vö.: pl. PUCHTA: *Lehrbuch der Pandekten*, 405. p., 365. §. További régebbi irodalom felsorolását a témához lásd: MEIER: *Erlass...*, 49. p.

⁹³ HASENBALG: *Die Bürgschaft...*, 412. p.

3.1. Beneficium divisionis

Ami a megosztás kedvezményét illeti, két forráshely is azt igazolja, hogy azt a *fideiussorokhoz* hasonlóan a *mandatum qualificatum* megbízói is igénybe vehették.⁹⁴

Papinianus 3 resp.

Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequae dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit? (D.27,7,7)

A fragmentumban Papinianus a gyámért kezességet vállaló *fideiussorok* egy sajátos esetéhez hasonlítja a *mandatum qualificatum* megbízóinak helyzetét. A gyámolt követelését biztosító *fideiussorok* az időközben felserdült gyámoltat arra kérték, hogy először a gyámot perelje be, cserébe *stipulatio*s ígéretet tettek arra, hogy kifizetik a gyámoltnak azt az összeget, amit a gyámolt nem tudna a gyámtól behajtani. Papinianus elismert tényként kezeli, hogy az arra az összegre irányuló keresetet, amelyet a gyámolt nem tudott a főadóستól behajtani, meg kell osztani a fizetőképes *fideiussorok* között, mert úgy tekintik, hogy azok olyan kötelezettséget vállaltak, mint általában a *fideiussorok*. Ezt követően Papinianus kijelenti, hogy abban az esetben is igazságosan megosztják a keresetet, ha többek megbízása folytán adtak kölcsön pénzt. Ha ugyanis bizonyos értelemben másért fizetnek, akkor miért zárna ki a kereset típusa a kereset megosztását?

A témánk szempontjából a szöveghely második fele lényeges, amelyből egyértelműen kiderül, hogy a *beneficium divisionis* a *mandatum qualificatum* megbízói számára is rendelkezésre állt, sőt ezt a tényt Papinianus egy analógia alapjaként használja fel.⁹⁵

Ugyanezt támasztja alá a fentebb idézett C.4,18,3 is,⁹⁶ amelyben Iustinianus a *beneficium divisionis* alkalmazhatóságát a *mandatorokra* és a *fideiussorokra* vonatkozó szabályoknak megfelelően a *constitutum debiti alieni* kötelezettjeire is kiterjeszti, akik együtt vállalják a kötelezettséget. Vagyis ebben a rendeletben Iustinianus már adott tényként kezeli azt, hogy a megosztás kedvezményével a *fideiussorokon* kívül a *mandatum qualificatum* megbízói is élhettek.

Végül érdekes információkat szolgáltat számunkra a következő szöveghely is:

Paulus 4 resp.

Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere. (D.17,1,59,3)

⁹⁴ LEVY: *Sposio...*, 209. p.; STEINER: *Die römischen...*, 257–258. pp.; Kaser azonban interpoláltnak tartja az alábbi fragmentumot és azt állítja, hogy több megbízó nem élhet az *epistula divi Hadriani*ból eredő megosztás kedvezményével (Vö.: KASER: *Das römische Privatrecht*, I.Bd., 666. p.).

⁹⁵ STEINER: *Die römische...*, 257–258. pp.

⁹⁶ STEINER: *Die römische...*, 257. p.

Paulus egyrészt megerősíti azt a tényt, hogy több *mandator pecuniae credendae* esetén a megbízók között egyetemleges jogviszony áll fenn, és a hitelező minden további nélkül követelheti bármelyiküktől a teljes összeget. Ugyanakkor lehetősége van arra is, hogy egyszerre fogja perbe mindkét megbízót. Ebben az esetben viszont azt írja a jogtudós, hogy ha a két megbízót együttesen marasztalják, akkor az *actio iudicativa* mindkettőt szükségszerűen a marasztalásban meghatározott összeg felére lehet ill. kell perelni, vagyis ebben az esetben az *actio iudicati* megosztása révén alkalmazták az *epistula Hadriani*.⁹⁷

3.2. Beneficium cedendarum actionum

Hasonló párhuzamot lehet megfigyelni a *beneficium cedendarum actionum* alkalmazását tekintve is. Ez az állítás a következő, Modestinustól származó szöveghely által kerül megerősítésre.⁹⁸

Modestinus 13 resp.

Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum iudicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur. (D.46,1,41,1)

A fragmentum szerint, ha az egyik megbízót a teljes összegben marasztalják, akkor, ha megindítják ellene az *actio iudicati*t, követelheti, hogy engedményezzék rá az azzal szemben rendelkezésre álló kereseteket, aki ugyanazt a megbízást adta, amit ő.

Mivel a fragmentum a *Digestá*ban a „*De fideiussoribus et mandatoribus*” címszó alatt található, egyértelmű, hogy a *mandatum qualificatum* megbízóinak viszonyát tárgyalja. Egyrészt közvetve kiderül belőle, hogy ha több megbízó-kezes is biztosítja a főkövetelést, valamennyien egyetemleges adósként⁹⁹ felelnek annak teljesítéséért. Más-

⁹⁷ Vö.: STEINER: *Die römische...*, 260–261. pp.

⁹⁸ EMUNDS: *Solvendo...*, 69. p.; SCHMIEDER: *Duo rei...*, 261. p.; KASER: *Das römische Privatrecht, I.Bd.*, 666. p.

⁹⁹ Levy azt feltételezi, hogy ez az egyetemlegességet abban az esetben, ha a megbízók együttesen adták a megbízást – ami ebben az esetben tágabban értelmezendő, és elegendő, ha a két megbízó egymásról tudva közös akarattal jár el – a *correalitas* jellemzi, vagyis az egyikükkel szemben megindított per a *litis contestatio* szakaszában felemésztí a másikkal szembeni keresetet is. Míg ha külön-külön adták a megbízást (vagyis egymástól függetlenül, ill. egymásról nem tudva), akkor Levy szerint *solidaritas* jellemzi a jogviszonyt, vagyis az egyikükkel szemben megindított per nem szünteti meg a másikkal szembeni keresetet. Sőt Levy úgy véli, hogy ez utóbbi esetben még az egyik teljesítésével sem szűnik meg *ipso iure* a másikkal szembeni kereset, hanem csak *per exceptionem* (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 212–219. pp.). Ugyanakkor az ezt alátámasztó legfontosabb érvet, mi szerint, ha *ipso iure* szűnne meg a kereset, nem lenne mit engedményezni, könnyen meg lehet dönteni az adásvételi fikcióra hivatkozva, hiszen ennek a fikciónak pont az volt a lényege, hogy ennek segítségével el lehetett tekinteni a kereset engedményezhetőségének érdekében a teljesítés kötelemszűntető hatásától. A D.46,1,52,3-ben Papinianus azt mondja, hogy ha ugyanabban az ügyben többen adtak megbízást egy pénzösszeg kölcsönzésére, akkor ha az egyikükkel szemben megindítják a keresetet, a többiek nem szabadulnak a kötelemből, még akkor sem, ha felmentő ítélet születik, viszont mindannyian szabadulnak, ha kifizetik az adott összeget: *Papinianus 11 resp. Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolute quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta. (D.46,1,52,3)* Steiner azonban úgy gondolja, hogy ennél a fragmentumnál azt kell feltételezni, hogy a keresetet, amelyről szó van, korábban a *beneficium divisionis* alkalmazása ré-

részt megtudhatjuk, hogy a perben az egyik megbízót marasztalták a teljes összegben, vagyis valamilyen oknál fogva nem élt a *beneficium divisionis*-szal.¹⁰⁰ Ugyanakkor a *beneficium cedendarum actionum* lehetőségét a *praetor* megadja neki az *actio iudicati in iure* szakaszában.¹⁰¹ Az nem derül ki a szöveghelyből, hogy a megbízó miért mulasztotta el mind a *beneficium divisionis*, mind pedig a *beneficium cedendarum actionum* alkalmazását a *iudicio mandati* során, de egy valamit biztosan igazol a fragmentum: még ha az alapperben el is mulasztotta a megbízó a keresetek engedményezését kérni, azt minden további nélkül megtehetette az *actio iudicativa*val indított végrehajtási eljárás során.¹⁰²

3.3. A mandator és a hitelező közötti jogviszony

Míg a *fideiussor* és a hitelező közötti jogviszony a hitelező javára meglehetősen egyoldalú volt, a *mandatum qualificatum* esetében a megbízó és hitelező közötti jogviszonyról ez már korántsem állapítható meg, sokkal inkább azt kell kijelenteni, hogy mindkét oldalon fennállt a kötelezettség, ami alapján mindkét fél részére kereset jöhetett létre. A kezes kötelezettségének teljesítése és a főadóssal szembeni kereset *cessio*ja mintegy szolgáltatás-ellenszolgáltatás-kapcsolatban álltak egymással. A főadóssal szembeni kereset engedményezése a hitelezőnek köteleessége volt – *ex causa mandati* –, amit a megbízó a teljesítés visszatartása révén, vagy az infamáló *actio mandati directa* révén kényszeríthetett ki, még hozzá arra való tekintet nélkül, hogy a megbízónak volt-e a főadóssal szemben regresszjoga, vagy sem.¹⁰³

Ezért ha a hitelező felróhatóan nem volt abban a helyzetben, hogy a keresetét a kezesre engedményezze, nem volt lehetősége vele szemben fellépni, mint ahogy ezt a következő forrás is tanúsítja:¹⁰⁴

vén megosztották (Vö.: STEINER: *Die römischen...*, 258. p.). Ugyanakkor erre semmilyen utalás nincs a szövegben.

¹⁰⁰ Levy úgy gondolja, hogy ennek az az oka, hogy a kezesek egymástól függetlenül adták a megbízást, így eleve kizárt volt esetükben a *beneficium* alkalmazása. Azt azonban maga is elismeri, hogy ezt nem lehet teljes bizonyossággal kijelenteni, mert a szöveghely ehhez nem ad egyértelmű támpontot. (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 212–219. pp.)

¹⁰¹ Levy ebben szintén annak az igazolását látja, hogy kizárólag egymástól függetlenül megbízást adó kezesekről lehet szó a jogesetben, mert különben a peres eljárás *litis contestatio* szakaszában már megszünt volna a másik megbízóval szembeni kereset is a *correalitas* miatt, így a végrehajtási eljárásban már nem lenne mit engedményezni (Vö.: LEVY: *Sponsio...*, 215–217. pp.). Ugyanakkor ezt az állítást közvetve épp maga Levy dönti meg egy későbbi művében, amelyben azt állítja, hogy azokban az egyetemleges jogviszonyokban, amelyek „*eadem res*”-re mennek (pl. a *contutores* esete), az *actio iudicati in iure* szakaszában kerül sor a keresetek engedményezésének kikényszerítésére. Amelynek során az alapper *litis contestatio*jának kötelemszüntető hatályától a *praetor* minden valószínűség szerint egy *in integrum restitutio* segítségével tekint el, pontosabban állítja helyre a megszüntetett keresetet az engedményezés céljából. (Vö.: LEVY: *Die Konkurrenz...*, 224–234. pp.)

¹⁰² LEVY: *Sponsio...*, 220. p.

¹⁰³ D. 17,1,27,4=D. 46,1,13; SOHM, *Institutionen...*, 493. p.; SOKOLOWSKI: *Die Mandatsbürgschaft...*, 112. p., Geib: *Zur Dogmatik...*, 156. p.

¹⁰⁴ MEIER: *Erlass...*, 41. p.; KNÜTEL: *Zur Frage...*, 567. p.; DIECKMANN: *Der Derivativreß...*, 46–47. pp.; SOKOLOWSKI: *Die Mandatsbürgschaft...*, 112. p.

Papinianus 28 quaest.

Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere." (D.46,3,95,11)

Papinianus fenti döntéséből jól látszik a megbízott és a megbízó felelősségének a kölcsönössége. Itt a hitelező adóssal szembeni keresetének a megsemmisülése egy eljárási hiba következménye, ennek a hátrányos következményei a hitelezőt terhelik.¹⁰⁵ Analógia révén abban az esetben is feltételezhetjük a megbízó szabadulását, ha a *cessio* a hitelező egyéb felróható magatartásának következtében hiúsul meg. Így például a hitelező részéről történő *acceptilatio*, vagy egy *pactum de non petendo* a megbízó szabadulását eredményezi.¹⁰⁶

A *mandatum qualificatum* esetében a „kezes” és a hitelező között (is) fennáll egy megbízási szerződésen alapuló kötelem, amit áthatnak a megbízás általános szabályai, tehát az alapvetően bizalmi jelleg, valamint a *bona fides* szabályainak való alávetettség. A feleket kölcsönös kötelezettségek terhelik, a megbízott felel a követelése elértéktelenedéséért vagy csökkenéséért, és felelőssége kiterjed gondatlanságának következményeire is.¹⁰⁷ Sokolowski szerint a megbízott felelőssége ebben az esetben a *culpa levis*re is kiterjed, mivel azzal, hogy a megbízó magára vállalja a kezes nem teljesítésének kockázatát, érdekelt adóssá teszi a hitelezőt. Így például ha a hitelező olyan sokáig vár akár szándékosan, akár gondatlanságból a főadóssal szembeni kereset megindításával, hogy az időközben csődbe jut, akkor a megbízó megtagadhatja a tartozásának a megfizetését, mert a főkereset a hitelezőnek felróható okból értékét veszítette.¹⁰⁸

A megbízó magára vállalta a főadós esetleges nem teljesítésének a veszélyét, ezt a veszélyt azonban a megbízott nem teheti felróhatóan a megbízó számára terhesebbé, és ez a szabály azon járulékos kötelmek tekintetében is fennáll, amelyekre tekintettel a kezes a kezességet elvállalta.¹⁰⁹

Befejezés

Összefoglalásként megállapítható, hogy a *sponsorok* és a *fidepromissorok* helyzete sokkal kedvezőbb volt abban az esetben, ha többen is kezességet vállaltak ugyanazon főadós tartozásáért, mint a *fideiussoroké*, mivel az előbbiek esetében az Itáliában hatályos *lex Furia ipso iure* megosztotta a tartozást, az Itálián kívül is hatályban lévő *lex Apuleia* pedig egy külön keresetet biztosított a kezestársakkal szemben a megtérítési igény érvényesítésére.

Ezzel szemben a *fideiussió*s kezességvállalásnál már előtérbe került a hitelezők érdekeinek védelme, így ha több *fideiussor* biztosította az adós tartozását, ők egyetemle-

¹⁰⁵ OESTERLEY, HERMANN: *Über das mandatum qualificatum*, Diss., Göttingen Univ. Buchdruckerei von Fr. Kaestner, 1891, 14. p.; GEIB: *Zur Dogmatik...*, 155–156. pp.

¹⁰⁶ SOKOLOWSKI: *Die Mandatsbürgschaft...*, 113. p.

¹⁰⁷ GEIB: *Zur Dogmatik...*, 156–157. pp.

¹⁰⁸ SOKOLOWSKI: *Die Mandatsbürgschaft...*, 113–114. pp.

¹⁰⁹ SOKOLOWSKI: *Die Mandatsbürgschaft...*, 114–115. pp.

gesen feleltek a tartozás teljesítéséért, és a hitelező csak akkor volt köteles felosztani a követelését köztük, ha – akár biztosíték adása mellett – a beperelt kezes igazolta, hogy a többiek is jelen vannak és fizetőképesek. Ha valamilyen oknál fogva a *fideiussor* nem tudott élni a *beneficium divisionis*-szal, nem állt a rendelkezésére önálló kereset, amelylyel az általa kifizetett teljes tartozás kezestársakra eső részének megtérítését követelhetné volna a kezestársaitól. Megtérítési igénye érvényesítésére ebben az esetben pusztán egy lehetőség maradt: ha valamilyen módon el tudta érni azt, hogy a hitelező rá engedményezze a kezestársaival szembeni kereseteit. Erről vagy sikerült megállapodnia a hitelezővel (ha hajlandó volt a teljes követelést önként kifizetni), vagy ha perre került sor (és nem élhetett a *beneficium divisionis*-szal), akkor a *praetor* segítségét kérhette ez ügyben, aki rákényszeríthette a hitelezőt a keresetek engedményezésére. Ennek az ún. *beneficium cedendarum actionum*-nak a lehetősége ugyan a *praetor* döntésétől függött, alkalmazása – alapvetően méltányossági okok miatt – mégis gyakorivá vált. Később mindkét *beneficiumot* kiterjesztették a *mandatum qualificatum*-ra, majd Iustinianus óta a *constitutum debiti alienare* is.

EMESE ÚJVÁRI

DAS VERHÄLTNIS DER MITBÜRGEN IM RÖMISCHEN RECHT, UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES REGRESSRECHTS DER MITBÜRGEN

(Zusammenfassung)

Wenn im römischen Recht dieselbe Hauptobligation von Mehreren als Bürgen gesichert wurde, hafteten die Bürgen ursprünglich als Gesamtschuldner, der Gläubiger hatte also die Möglichkeit, den ganzen Schuldbetrag von einem der Mitbürgen zu verlangen. Mit der Zeit konnten sich aber die Mitbürgen mit bestimmten Rechtsmitteln gegenüber der vollständigen Inanspruchnahme wehren. Die *sponsores* und *fidepromissores* wurden durch verschiedene Gesetze geschützt, und für die *fideiussores* stand sowohl die Einrede der Teilung gegenüber dem Gläubiger im Sinne des sog. *beneficium divisionis*, als auch ein Derivativregress gegenüber den Mitbürgen durch das *beneficium cedendarum actionum* zur Verfügung, um ihre Interesse zu schützen. Ähnlich sah es auch bei den Kreditauftraggebern im Falle eines *mandatum qualificatum* aus, auch sie konnten sowohl das *beneficium divisionis*, als auch das *beneficium cedendarum actionum* in Anspruch nehmen.