

De subsicivis - Remnant land in the Roman Empire

In their work Roman land surveyors were aware of the fact that certain parcels were left out of the system of *centuriatio*. One of these land parcel types was called subsiciva. The present study examines the definition of the subsiciva along with its types and ways of exploitation. It was after Vespasian's measure that the subsiciva gained a greater importance in the agrarian and social history of Rome. The study also highlights what legal claim Vespasian's measure were based on and what the result of his action was.

308



ÚJVÁRI Emese

**Beneficium cedendarum actionum és
litis contestatio****1. A derivatív regressz**

A római jogban a fizető kezes a megtérítési igényét egyrészt a főadós és a közte lévő belső jogviszonyból (megbízás, megbízás nélküli ügyvitel) származó keresetekkel érvényesíthette, másrészt viszont bizonyos esetekben eredményesebben léphetett fel a főadóssal (ill. a kezestársaival) szemben, ha engedményezés révén megszerezte a hitelezőnek az előbbiekkal szembeni kereseteit. Ekkor beszélhetünk a hitelező jogából származtatott, ún. derivatív regresszról.¹

Bár a források viszonylag ritkán tesznek említést a derivatív regressz esetéről – melynek oka valószínűleg abban rejlik, hogy a kezesnek a főadóssal szemben többnyire saját keresete is volt a köztük lévő belső jogviszonyból eredően –,² a rendelkezésre álló források kis száma ellenére is a *communis opinio*-val³ lehet

¹ DIECKMANN, Johann Andreas, *Der Derivativregreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner im englischen und deutschen Recht: Eine rechtsvergleichend-historische Untersuchung*, Berlin, 2003, 42.

² MEIER, Sonja, *Erlaß und Regressgefährdung bei Bürgschaft und Gesamtschuld = Drittbeteiligung am Schuldverhältnis: Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Hrsg. HARKE, Jan Dirk, Berlin, Heidelberg, 2010, 35–71., 40; Mivel a legtöbb esetben fennálltak a *mandatum* feltételei, nem volt nagy szükség egy önálló regresszkereset biztosítására. Vö. SCHMIEDER, Philipp, *Duo rei: Gesamtabligationen im römischen Recht*, Berlin, 2007, 253.

³ HONSELL, Heinrich, MAYER-MALY, Theo, SELB, Walter, *Römisches Recht*, Berlin, Heidelberg, 1987⁴, 291; JÖRS, Paul, KUNKEL, Wolfgang, WENGER, Leopold, *Römisches Recht*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1949³, 216–217; EMUNDS, Christian, *Solvendo quisque pro alio liberat eum: Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2007, 69; WESENER,

egyetérteni, amely szerint a perbe fogott kezes kérésére a *praetor* rákényszeríthette a hitelezőt arra, hogy utóbbi a főadóssal és a kezestársakkal szembeni kereseteit, valamint a zálogjogát a kezesre engedményezze.

Jelen értekezés célja az lenne, hogy megvizsgálja, hogyan kerülhetett sor a hitelező kereseteinek a kezesre történő engedményezésére annak ellenére, hogy a kezes teljesítése, ill. a vele szemben megindított per megszüntette az engedményezendő kereseteket. Ennek során részben olyan területek vizsgálatára kerül sor, amellyel az irodalom – tudomásom szerint – idáig csak érintőlegesen, és leginkább csak megválaszolatlan kérdések formájában foglalkozott.

310



2. Az engedményezés akadályai: a főkötelelem és a kezesi kötelelem szoros kapcsolata (a *solutio*, ill. a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása)

Míg a justinianusi jogban⁴ a kezes számára egyaránt biztosított volt (választása szerint) a közte és a főadós közötti belső jogviszonyból származó kereset és a *beneficium cedendarum actionum* révén megszerzett *actio cessa* is (mivel Justinianus

Gunter, *Die Durchsetzung von Regressansprüchen im Römischen Recht*, Labeo 11(1965), 341–361., 346; KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971², 666; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 134–136; NEUMANN, Alexander, *Der Bürgenregress im Rahmen des römischen Auftragsrechts: Studien zur formula in factum concepta*, Baden-Baden, 2011, 18; DIECKMANN, Der Derivativreß..., i.m., 41–42., 54; GIRTANNER, Wilhelm, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte. Historisch dogmatisch dargestellt*, II. Dogmatische Abteilung, Jena, 1851, 468–469; KOPPFELS-SPIES, Katharina, *Die cessio legis*, Tübingen, 2006, 39; KIM, Hyoung Seok, *Zessionsregress bei nicht akzessorischen Sicherheiten* (Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 297), Berlin, 2004, 25; *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241–432, 2. Teilband §§ 305–432*, Hrsg. SCHMOECKEL, Mathias, RÜCKERT, Joachim, ZIMMERMANN, Reinhard, Tübingen, 2007, 2489; WEISS, Egon, *Institutionen des Römischen Privatrechts als Einführung in die Rechtsordnung der Gegenwart*, Stuttgart², 1949, 329–333.

⁴ Nov. 4, 1.

elrendelte, hogy a hitelező köteles a fizető kezesre engedményezni a kereseteit), addig ez a korábbi korszakokban korántsem volt ennyire egyértelmű (annak lehetősége csak egy hosszabb folyamat eredményeképpen alakult ki fokozatosan). Az engedményezésnek ugyanis mind az önkéntes engedményezés, mind pedig a perbei engedményezés esetén jelentős akadályai voltak.

A derivatív regresszel kapcsolatos nehézséget a főkötelelemnek a kezes kötelmével való szoros kapcsolata okozta, amely a „*quod Maevius mihi debet*” *id fide tua esse iubesne? Iubeo*⁵ – *stipulatio* szavakban jutott kifejezésre, és azzal a következménnyel járt, hogy a kezes teljesítése, és ezzel kötelezettségének a megszűnése a főkötelelem megszűnését is eredményezte, valamint, hogy a kezessel szemben indított per során a *litis contestatio* a főadóssal szembeni kereset felemészttődéséhez vezetett.⁶

Az engedményezés akadályát képezte tehát egyrészt maga a teljesítés (*solutio*), másrészt pedig a kezessel szembeni per *litis contestatio*ja is. Az alábbiakban ezen akadályok bemutatására kerül sor részletesen.

2.1. A *solutio* keresetmegszüntető hatása

A kezesi és főadósi *stipulatio* fentebb említett megfogalmazásából ered az a következmény, hogy ha a kezes vagy a főadós teljesített, az egyikük *solutio*ja megszüntette a hitelező másikkal szembeni keresetét is.⁷

A főadós teljesítése esetén ez a kezesség járulékos jellegéből is következik. Ugyanis ha megszűnt a főkötelelem, akkor ez egyben a járulékos természetű *fideiussio* megszűnését is eredményezte.⁸

⁵ KASER, Max, *Römisches Privatrecht*, München, 1986¹⁴, 253.

⁶ KASER, Max, KNÜTEL, Rolf, *Römisches Privatrecht*, München¹⁷, 2003, 349; SOKOLOWSKI, Paul, *Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht: Unter Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Halle a S., 1891, 115–116; BEKKER, Ernst Immanuel, *Die prozessuale Consumption im classischen römischen Recht*, Berlin, 1853, 182; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, i.m., 134.

⁷ Vö. SCHMIEDER, i.m., 229.

⁸ KASER, *Das römische Privatrecht*, I, i.m., 664.

311





Ugyanakkor a római kezesség egészen Justinianusig készfizető kezesség volt, így a hitelező választásától függően a kezessel szemben is felléphetett követelvén a teljesítést, anélkül, hogy a főadóst előzőleg eredménytelenül be kellett volna perelnie. Így ha a kezes kifizette a hitelezőnek a tartozást, a *stipulatio*s kezesség fentebb ismertetett jellegzetességéből eredően a kezes teljesítése megszüntette a főadós kötelezettségét is, hiszen ha a kezes teljesítette a hitelező követelését, teljesült a főkötelelem célja is, így utóbbi is megszűnt.⁹

Tehát, ha ugyan nem is állt fent egy szoros értelemben vett adósi egyetemlegesség a kezes és a főadós között, a főadós és a kezes kötelezettsége a hitelező viszonylatában abban a tekintetben mindenképpen az egyetemlegesség sajátosságait mutatta fel, hogy amennyiben bármelyikük is kifizette a hitelezőnek a teljes tartozást, az egyikük teljesítésével a másik is szabadult a kötelemből.¹⁰

2.2. A *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása

2.2.1. A *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása a források tükrében

Azonban – ahogyan az az alábbi források alapján megállapítható – nem pusztán a kezes, vagy a főadós részéről történő *solutio* szüntette meg a hitelezőnek a másikkal szembeni keresetét, hanem – a később *correalitas*nak nevezett adósi egyetemlegességhez hasonlóan¹¹ – már az egyikükkel szemben megindított

⁹ Uo., 665.

¹⁰ Ezt igazolják például az alábbi szöveghelyek is: a Iul. D. 12, 6, 20 a Pomp. D. 12, 6, 19-cel együtt, továbbá az Inst. 3, 29 pr. Vö. SCHMIEDER, i.m., 229.

¹¹ Bár a *fideiussio* esetében hiányzott a főkötelelem vonatkozásában az *eadem causa*, a keresetek mégis konkuráltak egymással, aminek dogmatikai oka LEVY szerint az akcesszórius jogviszony volt. Történeti okként pedig az szolgált, hogy annak érdekében, hogy a *fideiussio* mindenfajta kötelelemhez járulhasson, eltekintettek az *eadem causa* ebből eredő hiányától. Vö. LEVY, Ernst, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I., Berlin, 1918, 190–193.

per is felemésztette a hitelező másikkal szembeni keresetét is, amint a per eljutott a *litis contestatio* szakaszába.¹²

Ez viszont azzal a következménnyel járt, hogy a kezessel és a főadóssal szembeni keresetek választólagosan konkuráltak egymással. A hitelezőnek jól meg kellett fontolnia, hogy melyikükkel szemben indította meg a keresetet, mert a *stipulatio*s kezességekre is érvényesült az az elv, hogy a főadós és a kezes az egyikük kiválasztásával (*electio*), nem pedig a teljesítéssel (*solutio*) szabadult a kötelemből. (Azzal, hogy az *electio* alatt a kereset megindítását kellett érteni, abban az esetben, ha a per eljutott a *litis contestatio* szakaszába.)¹³

A teljesség kedvéért megemlítenéd, hogy az irodalomban nem egészen egységes az az álláspont, amely szerint a főadóssal és a *fideiussor*ral szembeni keresetek a klasszikus korban is választólagosan konkuráltak egymással, bár kétség kívül ez tekinthető a *communis opinio*nak.

Van olyan álláspont, amelyik szerint a klasszikus korban még nem volt jellemző az említett keresetek elektív konkurenciája, hanem ez csupán a posztklasszikus korban alakult ki. Ezt a nézetet KÜHLING képviseli. Szerinte, míg a *sponsio* esetében a főadóssal és a kezessel szembeni keresetek valóban kizárták egymást,¹⁴ addig a klasszikus korban a *fideiussor*ral és a főadóssal szemben egymás után is lehetett keresetet indítani,¹⁵ s ez a helyzet csak a posztklasszikus korra változott meg a *sponsio*, a *fidepromissio* és a *fideiussio* (intézményének) összeolvadásának

¹² C. 8, 40(41), 28; Papin. D. 27, 7, 7; Epitome Gai. 2, 9, 2.

¹³ A kérdés kifejtését a vonatkozó irodalommal együtt lásd az alábbiakban.

¹⁴ KÜHLING, Jürgen, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Bürgschaftsrecht*, Diss., Göttingen, 1962, 14–35.

¹⁵ KÜHLING a különbség okát a *stipulatio*s ígéretek különbözőségében látja. Míg a *sponsor* és a *fidepromissor* ugyanazt ígérte mint a főadós, addig a *fideiussor* már csak arra vállalt kötelezettséget, hogy helytáll azért, amivel az adós tartozik. Vagyis már nem ugyanazt a szolgáltatást ígérte meg – szemben a két másik kezességi formával –, hanem egy idegen kötelezettségért vállalt felelősséget. KÜHLING, i.m., 36–77; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, i.m., 134. Véleményem szerint azonban a *fideiussor stipulatio*jának fentebb idézett megfogalmazási módja nem teszi indokolttá a *sponsio* és *fidepromissio* valamint a *fideiussio* közötti különbségtételt a keresetek választólagos konkurenciája szempontjából.



hatására, melynek következtében már a főadóssal és a *fideiussor* szembeni keresetek esetében is jellemzővé vált a *litis contestatio* kölcsönös konzumáló hatása.¹⁶

Egy másik elmélet szerint nem kétséges, hogy a főadóssal szemben megindított kereset megszüntette a hitelezőnek a kezessel szembeni keresetét is a per *litis contestatio*-ja során, de ez fordított esetben már nem volt így, vagyis a *fideiussor* szembeni keresetindítás nem feltétlenül emésztette fel a hitelező főadóssal szembeni keresetét.¹⁷

A fenti elméletekkel szemben azonban sokkal inkább a *communis opinio*¹⁸ tűnik megalapozottnak, mely szerint a *fideiussor*

¹⁶ KÜHLING, *i.m.*, 78–79.

¹⁷ Vö. SCHMIEDER, *i.m.*, 230–231; SIBER, Heinrich, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung – II. Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, 297.; BUCKLAND, William Warwick, *Principal and Fideiussor. Consumptio litis*, Judicial Review 53(1941), 281–294; LEVY részletesen megcáfolja a fenti elméletet, és amellel foglalt állást, hogy nemcsak a főadóssal szembeni per *litis contestatio*-ja szünteti meg a hitelező *fideiussor* szembeni keresetét, hanem ez *vice versa* is így volt. Vö. LEVY, Ernst, *Principal and surety in classical roman law* = Uő., *Gesammelte Schriften*, 2., Köln, Graz, 1963, 287–297.

¹⁸ KASER, *Das römische Privatrecht*, I, *i.m.*, 665; KELLER, Friedrich Ludwig, *Ueber litis contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zürich, 1827, 435–450; LIEBS, Detlef, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, 250; KUPISCH, Berthold, *Cicero ad Atticum* 16, 15, 2: *Zur litis contestatio im Formularprozeß*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 96(1979), 45; LEVY, Ernst, *Die Konkurrenz der Aktionen...*, I, *i.m.*, Berlin, 1918, 190.; GEIB, Otto, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen, 1894, 11–14; EISELE és BEKKER is úgy véli, hogy a *fideiussor* és a főadós viszonyára a velük szemben megindított kereseteknek a másikkal szembeni keresetre kiható konzumáló hatás jellemző. Vö. EISELE, Fridolin, *Correalität und Solidarität*, Archiv für civilistische Praxis, 77(1891), 423. BEKKER, Ernst Immanuel, *Die prozessuale Consumption im classischen römischen Recht*, München, 1853, 182; BINDER is vitathatatlanul tartja a *litis contestatio* keresetfelemésztő hatását az előbb említett személyek viszonylatában a Justinianus előtti időszakban. Vö. BINDER, Julius, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig, 1899, 330–331; Hasonlóképpen: SCHMOECKEL, RÜCKERT, ZIMMERMANN, *i.m.*, II., 2422–2423., 2497; MEIER, *i.m.*, 44., 1066.o. és SCHMIEDER, *i.m.*, 230–233. is. SCHULZ azonban szembelyezkedvén a *communis opinio*-val egy sajátos álláspontot alakít ki, amely szerint sem a *sponsióra*, sem pedig a *fideiussióra* nem jellemző *correalitas*, így a *litis contestatio* keresetfelemésztő

sióra a klasszikus korban is ugyanúgy jellemző volt a főadóssal szembeni kereset választólagos konkurenciája, mint a *sponsióra*, vagy a *fidepromissióra*. (Még hozzá mindkét irányban, akár a főadóssal, akár a kezessel szemben indította meg a hitelező a keresetét.)¹⁹ Utóbbi álláspontot képviseli többek között Liebs is, aki szerint a kereset felemésztődése a választólagos konkurencia következtében mindhárom *stipulatio*s kezességre²⁰ egyaránt jellemző volt,²¹ továbbá a kérdést részletesen vizsgálva SCHMIEDER is.²²

Véleményem szerint a többségi álláspontot támasztják alá az alábbi szöveghelyek is, amelyek közül az EG. 2, 9, 2 és a C. 8, 40(41), 28 kifejezetten említi a főadóssal szembeni keresetindítás mellett a *fideiussor* szembeni keresetindításnak a (másik félre egyaránt kiható) kölcsönös keresetfelemésztő hatását is.

SCHMIEDERrel egyetértve nem tűnik indokoltnak, hogy a hitelező keresetindításának mindkét irányba kiható kölcsönös keresetfelemésztő hatását kétségbe vonjuk.²³ További érvként szolgálhat ennek igazolására az a feltételezés is, hogy a *legis actio*s eljárások időszakában egyedül a keresetek kölcsönös felemésztődése képezhette az akadályát a kétszeres perindításnak. S mivel a főadós is védelemre szorult a hitelező keresetével szemben, ha a kezes kielégítette a hitelezőt, indokolt, hogy az utóbbival szembeni keresetindítás felemésztette a hitelező főadós elleni keresetét is. A rómaiak tradicionalizmusa pedig elegendő okként szolgálhatott arra, hogy a későbbi korokban is ragaszkodtak ehhez a megoldáshoz.²⁴

hatása sem. Vö. SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 497., 501; KÜHLING, *i.m.*, 8; SCHULZ ellen tanúskodik azonban a korábban elemzett források mellett a Cicero ad Atticum 16, 15, 2 is.

¹⁹ KASER, *Das römische Privatrecht*, I, *i.m.*, 665.

²⁰ Egy kivételtől eltekintve: a *fideiussor servi* ugyanis nem szabadult a *dominus*-szal szemben megindított *actio de peculio* következtében. Vö. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz...*, *i.m.*, 250.

²¹ Uo.

²² SCHMIEDER, *i.m.*, 230–233.

²³ Hasonlóképpen LEVY, *Principal...*, *i.m.*, 287–297.

²⁴ SCHMIEDER, *i.m.*, 230–233.



A vizsgálandó fragmentumok közül az első kimondja, hogy a hitelező csak a főadóssal vagy a kezessel szemben idézheti pert:

C. 5, 57, 1: Alexander Severus

„Eligere debes, utrum cum ipsis tutoribus vel curatoribus heredibusve eorum an cum his, qui pro eis se obligaverunt, agere debeas vel, si ita malis, dividere actionem. nam in solidum et cum reo et cum fideiussoribus agi iure non potest.”

A *constitutio* értelmében a hitelezőnek el kell döntenie, hogy a főadóst, vagy a *fideiussor* perli-e, vagy meg akarja-e osztani köztük a keresetét, mert mindkettőt nem perelheti a teljes összegre, mivel nem lenne jogszerű ugyanazon tartozás miatt mind a főadóst, mind pedig a kezest perelni.²⁵

A következő szöveghely a főadóssal szembeni perindítás esetét vizsgálja:

PS. 2, 17, 16:

„Electo reo principali fideiussor vel heres eius liberatur. Non idem in mandatoribus observatur.”

„Interpretatio: „Si quis contemto fideiussore debitorem suum tenere maluerit, fideiussor vel heres eius a fideiussionis vinculo liberatur. Si vero procurator litis victus fuerit, mandator eius ad solutionem tenetur.”

Paulus *Sententi*áiban a *fideiussor* és a *mandator* kerül összehasonlításra. Míg a főadóssal szembeni keresetindítás által a *fideiussor* szabadul a kötelemből, addig a *mandatum qualificatum* megbízója nem szabadul a főadóssal szembeni keresetindítás hatására.²⁶

Érdekes lehet a téma szempontjából egy másik *fragmentum* is:

²⁵ STEINER, Anja, *Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlicher Aspekten*, München, 2009, 159.

²⁶ KÜHLING, i.m., 84–84.

Papin. D. 27, 7, 7:

„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 plurimum pecunia credatur, aequae dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?”

Az idézett Papinianus-*fragmentum* tényállása a következő: a gyámolt követeléseinek biztosítékaul állított *fideiussorok* arra kérték meg az időközben felerdült gyámoltat, hogy előbb a gyámtól próbálja meg behajtani a követelését, s egyben *stipulatio*s ígéretet is tettek arra, hogy azt, amit a gyámtól nem sikerül behajtani, utóbb megtérítik a gyámoltnak. Papinianus *responsum*a szerint ebben az esetben a kereset a fizetőképességkel szemben a fennmaradó összegre ugyanúgy megosztható, mint ahogy a *mandatum qualificatum* megbízóival szembeni keresetek is, mert mindkét esetben bizonyos szempontból másért fizetnek (*pro alio solvitur*).

A szöveghelyben a *fideiussorok*nak kifejezetten kérni kell a gyámtól, hogy az előbb a főadóst perelje, s csak azután őket, s cserébe külön *stipulatio*ban kell megígérniük, hogy mintegy *fideiussor indemnitat*isként felelni fognak mindazért, amit nem sikerül a gyámtól behajtani. Mindebből azonban egyúttal az is következik, hogy külön *stipulatio*s ígéret hiányában a gyámtól nem lenne módja arra, hogy a főadóssal szembeni sikertelen, vagy csak részben sikeres perindítást követően a *fideiussorok*tól követelje a fennmaradó összeg megtérítését, ez a tény pedig arra utal, hogy a főadóssal szembeni perindítás megszüntette a hitelező *fideiussorok*kal szembeni kereseteit is (külön *stipulatio* hiányában).²⁷

Míg az előző két forrás csupán azt az esetet vizsgálta, amikor a hitelező a főadóssal szemben indította meg a pert, addig az *Epitome Gai*-ban explicite megállapításra kerül, hogy a hitelező

²⁷ Hasonlóképpen vélekedik KELLER is. Vö. KELLER, i.m., 437.



bármelyik személlyel (főadós, *fideiussor*) szembeni perindítása előidézi a másikkal szembeni kereset megszűnését is:²⁸

EG. 2, 9, 2:

„[...] *Creditor autem, qui pecuniam dedit, in potestate habet ad reddendam pecuniam, quem uelit tenere, utrum ipsum debitorem an fideiussorem. Sed si debitorem tenere elegerit, fideiussorem absoluet: si uero fideiussorem tenuerit, debitorem absoluet; quia uno electo, quem idoneum creditor iudicauit, alterum liberat.*”

318



A Gaiustól származó szöveghely értelmében, a hitelező, aki kölcsönt adott, választhat, hogy a főadóssal, vagy a kezessel szemben indít-e pert. Azzal azonban, hogy a hitelező pert indít az egyikkel szemben, a kiválasztással (*electio*) szabadul²⁹ a másik is.³⁰

Végül a legfontosabb forrásként Justinianus egyik rendelete emelendő ki, amely egyértelműen említi, hogy a *constitutio* letelkezése előtt – a felek külön kikötése nélkül – a *fideiussorral* és a főadóssal szembeni kereset választólágosan konkurált egymással a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása miatt.³¹ Justinianus azonban megszüntette a kezessel és a főadóssal szembeni keresetek elektív konkurenciáját:

²⁸ SCHMIEDER, *i.m.*, 230–233; LEVY, *Principal...*, *i.m.*, 288–290.

²⁹ Az „*absoluet*” kifejezés használata nem az adott személy felmentésére utal, hanem a kötelemből való szabadulására. Vö. KÜHLING, *i.m.*, 81.

³⁰ STEINER, *i.m.*, 159–160; KÜHLING, *i.m.*, 80–82; SCHMIEDER úgy véli, hogy bár ez a forrás a posztklasszikus korból származik, ez a körülmény mégsem szólhat a szöveghely valódisága ellen, mivel a tendencia az elektív konkurencia irányából a szolúciós konkurencia irányába mutatott. Így ha az utóbbi már a klasszikus korban is jellemző lett volna, nem lett volna oka a szöveg posztklasszikus kori feldolgozójának arra, hogy megváltoztassa azt az elektív konkurencia irányába. Vö. SCHMIEDER, *i.m.*, 231–233.

³¹ LEVY, *Principal...*, *i.m.*, 288.

C. 8, 40, 28: Justinianus

„*Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari.*

Invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat.

Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat

Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacumque parte possit ius creditoris mutilare?”

319



A rendelet alapján a jövőben sem a *fideiussor* kiválasztásával (*electione*) nem szabadul a főadós, sem a főadós kiválasztásával a *fideiussor*, továbbá az egyik *fideiussorral* szembeni kereset nem szabadítja fel a kezestársakat sem. Valamennyien csak a hitelező kielégítése esetén szabadulnak a kötelemből. Mindaddig megmaradnak a hitelezőnek a velük szembeni kötelmi keresetei és a *hypothecaria* actiói is. Justinianus arra az elterjedt szerződési gyakorlatra hivatkozva hozza ezt a rendeletét, amely szerint a *fideiussio* létrehozásakor egy járulékos *pactum*ban kizárják a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatását. A hitelező keresete pedig csak a hitelező követelésének teljesítésével szűnik meg.³² *Argumentum a contrario* arra következtetésre lehet tehát jutni, hogy a rendeletet megelőzően a főadóssal szembeni perindítás megszüntette a *fideiussorral* szembeni keresetet is, és a *fide-*

³² Vö. KÜHLING, *i.m.*, 10–12; SCHMOECKEL, RÜCKERT, ZIMMERMANN, *i.m.*, II., 2423.

iussorral szembeni per *litis contestatio*ja is felemésztette a főadóssal szembeni keresetét is a hitelezőnek.³³

A fenti szöveghelyekre támaszkodva tehát megállapítható, hogy a főadóssal vagy a kezessel szembeni keresetindítás a per *litis contestatio* szakaszában felemésztette a hitelező másikkal szembeni keresetét is. Így a hitelezőnek választania kellett, hogy a kezessel vagy a főadóssal szemben kíván-e inkább pert indítani. A főadóssal és a kezessel szembeni kerestek választólagos konkurenciája minden bizonnyal a *stipulatio*s kezességek kialakulásától kezdve (valószínűleg diszpozitív szabályként – ahogy erre a C. 8, 40, 28-ban említett eltérő szerződéses gyakorlatra történő utalásból következtethetünk) fennállt valamennyi *stipulatio*s kezesség esetében egészen Justinianusig, aki a rendelkezésben kimondta, hogy már nem az *electio*, hanem csupán a *solutio* szünteti meg a kezes és a főadós kötelezettségét.

2.2.2. A kereset megszűnésének figyelembe vétele

A következő kérdés, hogy a kereset megszűnését egy később megindítandó per során milyen módon vették figyelembe. Ezt ugyanis bizonyos esetekben hivatalból figyelembe kellett venni a praetornak, más esetben viszont az alperesnek külön *exceptio* felvételét kellett kérnie a formulába erre vonatkozóan.

Azonban az egymással választólagosan konkuráló adósok esetében a szöveghelyek szóhasználata sok esetben nem nyújt információt arra vonatkozóan, hogy a kereset felemésztődése *ipso iure* történt-e, vagy *exceptio rei iudicatae* segítségével kellett erre hivatkozni, ugyanis a források a *liberare* kifejezést alkalmazzák mindkét esetre. Ebben a kérdésben tehát a jogtudósok egybeolvasztották az *ipso iure* történő keresetfelemésztődés ősi civiljogi jogintézményét az ugyanezen funkciót betöltő kifogás *praetori* jogi intézményével.³⁴

³³ SCHMIEDER, i.m., 230.o.; LEVY, *Principal...*, i.m., 288.

³⁴ LIEBS, i.m., 254. Uő., *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 86(1969), 178.

A jogi problémánk megoldása szempontjából azonban – ahogyan azt később látni fogjuk – nem irreleváns, hogy milyen módon, illetve milyen eszközzel hatott ki a későbbi perre a megindítani kívánt kereset felemésztődése. Bizonyos típusú eljárások esetében ugyanis eltérőek voltak a következmények.

2.2.2.1. *Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*

Egy *iudicium imperio continens*³⁵ esetében a többiekkel szembeni keresetek megszűnését valószínűleg csak egy *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* hatására vették figyelembe az esetlegesen megindított újabb perben.³⁶

Ha azonban a praetor adott esetben az *exceptio* következményét méltánytalannak tartotta, akkor megtagadhatta annak megadását, vagy az *exceptio* ellen egy *replicatio dolit* is adhatott a kezesnek.³⁷

³⁵ A *lex Iulia* értelmében *iudicium legitimum*ról három feltétel együttes teljesülése esetén beszélhetünk: a bíróságnak a formuláris eljárás keretében Róma területén, vagy Róma egy mérföldes körzetén belül kellett létrejönnie, csak egyesbíró előtt folyhatott le az eljárás (nem *recuperatores* előtt) és mind a feleknek, mind pedig a bírónak római polgároknak kellett lenniük. Ebben az esetben az eljárás a *ius civile* szerinti eljárásnak volt tekintendő, és annak a joghatásai megegyeztek a *legis actio*s eljárásával. Azokat az eljárásokat, amelyek a fenti feltételeknek nem feleltek meg, *iudicium imperio continens*nek nevezték. A kétféle peres eljárás között a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása mellett az eljárás ideje szempontjából is különbség volt. Míg a *iudicium legitimum* 18 hónap alatt szűnt meg, a *iudicium imperio continens* esetén főszabály szerint az eljárás a *magistratus* hivatali idejéhez volt kötve. Vö. KASER, Max, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 116., 270.

³⁶ KUPISCH, Berthold, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht* (Münsterische Beiträge zum Rechts- und Staatswissenschaft) Berlin, New York, 1974, 44; KASER, *Zivilprozessrecht*, i.m., 116., 230.

³⁷ Vö. KELLER, i.m., 530–534; LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz...*, i.m., 256.



2.2.2.2. A kereset *ipso iure* történő felemésztődése

A nagyobb gondot az okozta, ha egy *iudicium legitimum*³⁸ kere-
tében került sor a kezessel szembeni fellépésre. Ebben az eset-
ben ugyanis a *litis contestatio*³⁹ a *communis opinio* szerint *ipso*

³⁸ A kereset felemésztődésének SCHLINKER szerint három feltétele volt: csak *iudicium legitimum* esetén volt rá lehetőség, vagyis az eljárásnak egy *iudex* előtt kellett zajlania, két római polgár között, Róma területén belül, vagy Ró-
ma egy mérföldes körzetében. A keresetnek pedig egy *actio in ius conceptának* és egyben *in personam actionnak* kellett lennie. Vö. Gai. 4. 104; 4. 107; SCHLINKER, Steffen, *Litis contestatio: Eine Untersuchung über die Grund-
lagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahr-
hundert* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Veröffentlichungen des
Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main
233.), Frankfurt am Main, 2008, 1–52., 26; Vö. még LIEBS, *Klagenkon-
sumption...*, i.m., 180. A fenti feltételekre tekintettel magyarázható valószínű-
leg a Pomp. D. 44, 2, 21, 4 is: „*Si pro servo meo fideiusseris et mecum de re
peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re
iudicata.*” A *fragmentum* tényállása szerint kezességet vállaltak egy rabszol-
gáért, majd a hitelező a rabszolga urát perelte a *peculium*ból eredően. Amikor
ezt követően a hitelező a *fideiussorral* szemben is keresetet akart indítani, a
praetor utóbbinak megadta az *exceptio rei iudicatae*. Valószínűleg az *actio de
peculio honoraria actio* jellegével magyarázható, hogy a hitelező korábbi
perindítása nem *ipso iure* szüntette meg a *fideiussorral* szembeni kereset,
hanem az utóbbi csak *per exceptionem* védekezhett.

³⁹ KASER szerint a *iudicium legitimum* esetében a megindított kereset *litis
contestatio* által kiváltott felemésztődését a *lex Iulia*t követően a jogtudomány
alakította ki. Vö. KASER, *Zivilprozessrecht*, i.m., 116., 228; LIEBS szerint az
egyetemes adósokra és a *stipulatio*s kezességre egyaránt jellemző kereset-
megszüntető hatása az egyikükkel szemben megindított *per litis contesta-
tio*jának abban az időszakban alakult ki, amelyekre a tiszta személyi végre-
hajtás volt jellemző, így mivel a személyi végrehajtás ebben az időszakban
gyakorlatilag nem maradtatott eredmény nélkül, nem okozott az sem gondot,
hogy a *litis contestatio* a kezessel és a főadóssal szembeni keresetet egyaránt
felemésztette. Vö. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz...*, 184.; MEIER úgy véli, hogy a
keresetfelemésztődésre az „*eadem res*”-re menő ügyletek esetében elősorban
azért volt szükség, mert így lehetett elkerülni a kétszeres marasztalást és
végrehajtást, ugyanis a marasztalt adósnak nem volt lehetősége arra, hogy arra
hivatkozzon, hogy időközben az adóstársát már szintén marasztalták és az
ítélet végrehajtásra is került. Továbbá ő is úgy véli, hogy a végrehajtási eljárás
korabeli szigora szerint gyakorlatilag kevés esélye volt annak, hogy a hitelező
ne nyerjen kielégítést. Vö. SCHMOECKEL, RÜCKERT, ZIMMERMANN, i.m., II., 2422;
Hasonló álláspontot képvisel SCHMIEDER is, aki szintén úgy gondolja, hogy a

iure eredményezte a keresetek megszűnését.⁴⁰ Vagyis a
*praetor*nak az újabb kereset megadását ugyanazon felek
ugyanazon ügyében hivatalból el kellett utasítania.⁴¹

3. Az engedményezés lehetővé tétele

Tehát eredetileg a *solutio* illetve a *litis contestatio* kötelemszün-
tető hatása miatt nem volt lehetőség arra, hogy a hitelező vala-
milyen módon átengedje a fizető kezeseinek a főadóssal szembeni
kereseteit, mivel ezek a keresetek már felemésztődtek.

litis contestatio általi keresetfelemésztődés kialakulása az egyetemleges adó-
sok, valamint a *stipulatio*s kezesek esetében is az ősi *legis actio*s eljárások
azon sajátosságára vezethető vissza, hogy ezekben az eljárásokban még nem
volt ismert az *exceptio*, így csak a *litis contestatio* valamennyi adósra kiterjedő
keresetmegszüntető hatása révén lehetett elkerülni az adósok többszörös be-
perlését, ill. teljesítését, valamint ugyanazon jogvita ismételt lebonyolítását is.
Így a keresetfelemésztődés a jogbiztonságot és a pergazdaságosságot is szol-
gálta egyben. A kívánt eredményt pedig a kötelmet alapító jogügyletek egysége
biztosította, amely az *unitas actus*ban, az *eadem causában* ill. az *eadem res*
megigérésében nyilvánult meg. SCHMIEDER szerint a *stipulatio*s kezességek
esetében alapvetően megállapítható az *eadem res* megléte (bár ez az „azo-
nosság” eltér az egyetemlegesség esetétől, s a kezesi kötelelem akcesszórius
jellegére vezethető vissza). Tehát a *legis actio*s eljárások korában ez volt az
egyetlen eszköz a kétszeres eljárás elkerülésére, ami nem csak a kezes, hanem
a főadós érdekében is állt, s ezt a megoldást a későbbi korszakokban (amikor
már lehetőség lett volna az *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*-val
védekezni) is megőrizték, amelynek oka minden bizonnyal a rómaiaknak a be-
vett gyakorlathoz való ragaszkodása volt. Vö. SCHMIEDER, i.m., 98., 227–228.,
230–232.

⁴⁰ KASER, *Zivilprozessrecht*, i.m., 116., 230; KUPISCH, *In integrum restitutio...*,
i.m., 44; Anja STEINER szerint abban az esetben, ha a kezeset beperelték, az
eljárás során mindig dönteni kellett arról is, hogy a főadós és a hitelező között
fennáll-e egy *civilis* vagy egy *naturalis obligatio*, amelynek biztosítékául a ke-
zességgvállalás szolgált. Így ha a kezeset felmentették vagy marasztalták, mind-
két esetben el kellett kerülni, hogy a főkötelemről egy a kezessel szemben meg-
indított perben meghozott döntéstől eltérő döntés szülessen, ezt pedig a főa-
dóssal szemben megindított *actio*val szembeni *exceptio rei iudicatae* segít-
ségével lehetett elérni. Vö. STEINER, i.m., 159.

⁴¹ LIEBS, *Klagenkonsumption...*, i.m., 182.



Ugyanakkor a rendelkezésre álló forrásokból az is kiderül, hogy utóbb (kb. a Kr. u. II. századtól) – a fenti akadályok ellenére is – méltányossági okokból mégis lehetővé vált a hitelező kereseteinek a kezesre történő engedményezése. Kérdés, hogy milyen jogtechnikai eszközök segítségével került erre sor.

3.1. A derivatív regressz jogtechnikai eszköze, az adásvétel fikciója

Egyik megoldásként a római jogtudósok az engedményezés lehetővé tételét egy sajátos *fictio* kidolgozása révén érték el, amellyel részben átértelmezték a kezes teljesítését; e szerint a kezes, amikor fizetett a hitelezőnek, nem a saját kezesi kötelemből fakadó kötelezettségét kívánta teljesíteni, hanem a hitelező kereseteit akarta megvenni, így azokért fizetett vételárát.⁴² Tehát ebből következik, hogy a kezes teljesítése nem szüntette meg a hitelezőnek a főadóssal (és adott esetben a kezestársakkal) szembeni kereseteit, mivel az nem *solutio*nak minősült, hanem pusztán úgy kellett tekinteni, mintha egy harmadik személy (jelen esetben a kezes) megvette volna a hitelező a kereseteit. Az adásvétel fikciója⁴³ ugyanakkor egyben azzal a

következménnyel is járt, hogy igényt biztosított a kezes számára az engedményezésre, mivel az mintegy megvette a kereseteket.⁴⁴

3.2. A *beneficium cedendarum actionum* a peres eljárásban

3.2.1. A *litis contestatio* keresetmegszüntető hatásának problematikája

Abban az esetben, ha a kezes önként (azaz peren kívül) teljesített, elegendő volt az adásvételi fikció alkalmazása az engedményezés lehetővé tételéhez. A jogtudósok ugyanis ennek segítségével „el tudták fikcionálni” a fizetés keresetmegszüntető hatását a hitelezőnek a főadóssal és a kezestársakkal szembeni keresetei vonatkozásában. Azonban ha a kezessel szemben a hitelező pert indított, és ennek eredménye volt a kezes teljesítése, az adásvételi fikció alkalmazása már nem biztos, hogy elegendő volt.⁴⁵ Mivel a fikció segítségével csak a fizetés keresetmegszüntető hatását lehetett elfikcionálni, a *litis contestatio*ét azonban nem.⁴⁶

Mivel – mint láthattuk – a többiekkel szembeni keresetek megszűnése egy *iudicium imperio continens* esetében valószínűleg csak egy *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* segítségével történt az esetlegesen megindított újabb perben, ebben az esetben könnyebb volt a megoldás.⁴⁷

Ugyanis ha a *praetor* adott esetben az *exceptio* következményét méltánytalannak tartotta, akkor megtagadhatta annak megadását, vagy az *exceptio* ellen a kezes adott esetben egy *replicatio dolival*⁴⁸ is védekezhetett, így nem jelentett problémát a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása a kezesre nézve.⁴⁹

⁴⁴ DIECKMANN, *i.m.*, 50; EMUNDS, *i.m.*, 69; KASER, *Das römische Privatrecht, I*, *i.m.*, 666.

⁴⁵ MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf...*, *i.m.*, 393–394.

⁴⁶ SCHMOECKEL, RÜCKERT, ZIMMERMANN, II., *i.m.*, 2422–2423., 2497.

⁴⁷ KASER, *Zivilprozessrecht*, *i.m.*, 116., 230; KUPISCH, *Die in integrum restitutio...*, *i.m.*, 44.

⁴⁸ Vö. KELLER, *i.m.*, 530–534.

⁴⁹ Vö. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz...*, *i.m.*, 256.

⁴² MEDICUS, Dieter, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionregresses* = Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, Hrsg. MEDICUS, Dieter, München, 1976, 391–406., 393; DIECKMANN, *i.m.*, 49; LEVY, Ernst, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio: Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin, 1907, 189–191; LEVY, *Die Konkurrenz...*, *i.m.*, 223–224; GIRTANNER, *i.m.*, 536; SCHMOECKEL, RÜCKERT, ZIMMERMANN, II., *i.m.*, 2497; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, *i.m.*, 135.

⁴³ Az adásvételi fikciót az idők során több kritika is érte. Nevezték többek között „theoretischer Notbehelf”-nek (vö. BINDER, *Die Korrealobligationen...*, *i.m.*, 148.), vagy „weniger einwandfrei, als praktisch durchschlagend”-nek (vö. LEVY, *Die Konkurrenz...*, *i.m.*, 223.). Valóban igaz, hogy általában az adásvételi fikció nem a felek tényleges akaratát fejezte ki. Ugyanis a hitelező nem akarta ténylegesen eladni a kereseteit a kezesnek, a kezes elsődleges célja pedig a kezesi kötelemből való szabadulása volt. Ugyanakkor egy fikcióról lévén szó, nem is várható el a felektől, hogy valóban el akarják adni, ill. meg akarják venni a kereseteket. Vö. MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf...*, *i.m.*, 397–398.



A nagyobb problémát az okozta, ha egy *iudicium legitimum* keretében került sor a kezessel szembeni fellépésre. Ebben az esetben ugyanis – mint láthattuk – a *litis contestatio ipso iure* megszüntette a kereseteket.⁵⁰ Vagyis a *praetor*nak hivatalból meg kellett tagadnia ugyanazon felek ugyanazon ügyében a kereset megadását. Ennek a problémának a feloldására kellett valamilyen jogtechnikai megoldást találni, hogy a *praetor* mégis megadhassa a kezesnek a már megszűnt keresetet, ill., hogy ennek segítségével a kereset megszüntetésétől el lehessen tekinteni.

3.2.2. A keresetmegszüntető hatás problematikájának megoldása

Hogy pontosan milyen megoldást találtak az említett problémára, arra teljes bizonyossággal nem lehet választ adni, mivel a *beneficium cedendarum actionum*mal kikényszerített engedményezés megvalósításának módjáról, valamint a kezes által ezt követően a főadóssal szemben megindított engedményezett kereset típusáról igen keveset tudunk meg primer források csekély száma, ill. hiánya miatt.

Annyi kiderül a forrásokból, hogy a *fideiussor* a vele szemben megindított perben a *praetor* segítségével rákényszeríthette a hitelezőt arra, hogy a hitelező ráengedményezze a főadóssal, valamint az esetleges járulékos kötelezettekkel szembeni *actióit*. Hogy erre a per melyik szakaszában került sor, a rendelkezésre álló csekély számú forrásból nem derül ki teljesen egyértelműen, de az sem elképzelhetetlen, hogy nem volt teljesen egyetemes a gyakorlat, s többféle megoldás is egyaránt szóba jöhetett.

Arra vonatkozóan pedig már (ismereteim szerint) egyáltalán nem áll rendelkezésre elsődleges forrás, hogy pontosan milyen jogi megoldás segítségével tekintett el a *praetor* a kezessel szemben megindított per *litis contestatio*jának keresetfelemesztő hatásától az engedményezendő keresetek vonatkozásában. Csupán annyi tűnik biztosnak, hogy a *praetor* eltekintett

⁵⁰ KASER, *Zivilprozessrecht*, i.m., 116., 230; KUPISCH, *Die in integrum restitutio...*, i.m., 44.

ettől, és megadta a kezesnek az *actio cessat*, különben értelmetlen lett volna a korábbi perben a hitelezőt az engedményezésre kényszerítenie.

Az alkalmazott jogi megoldás kapcsán tehát pusztán feltevésekkel lehet élni, így a továbbiakban csupán a szóba jöhető megoldások bemutatására, és a leglogikusabbnak tűnő megoldás valószínűsítésére vállalkozhatom.

3.2.3. Az engedményezés módjai

A megoldáshoz elméletileg közelebb vihetne, ha kiderülne, hogy milyen módon, ill., hogy az eljárás során mikor került sor az engedményezésre.

Az engedményezésre – attól függően, hogy az melyik korszakban történt – eleinte csak egy *mandatum agendi* révén kerülhetett sor. Ebben az esetben az engedményes az engedményező nevében indította meg a keresetet annak megbízottjaként, de a per eredményeképpen befolyt összeggel nem kellett elszámolnia.⁵¹

Később (valószínűleg Antoninus Pius után)⁵² *utilis acti*óként is megkaphatta az engedményes az engedményezett keresetet. Ebben az esetben az *utilis acti*ót az engedményezett kereset mintájára hozták létre, és azt az engedményes már a saját nevében indíthatta meg az adóssal szemben.⁵³

⁵¹ HARKE, Jan Dirk, *Zum römischen Recht der Forderungsübertragung*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 76(2008), 2; WACKE, Andreas, *Übertragbarkeit des 'iuris vinculum' mittels Zession? Zur duplex interpretatio römischer Rechtsquellen* = Iuris Vincula, Studi in onore di Mario Talamanca 8., Napoli, 2001, 337.

⁵² Ulp. D. 2, 14, 16 pr.

⁵³ HARKE, *Zum römischen...*, i.m., 2. Ezzel a keresettípussal HARKE szerint először Antoninus Piusnál (aki 138–161 között uralkodott) találkozunk, aki az örökség vevőjének adta meg ezt a keresetet. Gordianus császár Kr.u. 242-ből származó rendeletében (C. 4, 10, 1) pedig már egy önálló követelés megvétele kapcsán történő engedményezésnél is találkozhatunk az *utilis acti*óval, mint az engedményezés eszközével. Vö. HARKE, *Zum römischen...*, i.m., 2., 12; SEILER, Hans Hermann, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln, Graz, 1968, 202–203; LEVY az engedményes számára rendelkezésre álló





Míg az engedményezés korábbi formáinál az annak *causáját* képező ügyleten kívül szükség volt egy engedményezési aktusra, vagyis a *mandatumra*, amely alapján az engedményes az engedményező nevében megindíthatta az engedményezett *directa actiót*, addig az *utilis actio* esetében nem volt szükség egy ilyen típusú engedményezési cselekményre, mint amilyen a megbízási szerződés volt. Az *utilis actio* esetében a *cessió*hoz elegendő volt a követelés átszállására irányuló (például a követelés adásvételére irányuló) kötelmi jogi megállapodás, amely már önmagában is kiváltotta a célzott joghatást, vagyis az engedményezést.⁵⁴

A hitelező kereseteinek engedményezése kapcsán a felsorolt engedményezési módok kétféle módon kerülhettek alkalmazásra. Előfordulhatott, hogy a kezes önként teljesített a hitelezőnek, s így nem került sor perindításra. Ebben az esetben megállapodhatott egymással a kezes és a hitelező, hogy utóbbi előbbire engedményezi a főadóssal szembeni kereseteit az ahhoz kapcsolódó járulékos keresetekkel együtt. Mivel az *adpromissorok* teljesítése ebben az esetben is megszüntette volna a hitelezőnek a többiekkel szembeni *actióit*, szükségessé vált az adásvételi fikció alkalmazása, melynek értelmében a kezes nem a saját kezesi kötelezettségét teljesíti, amikor fizet a hitelezőnek, hanem az utóbbinak a főadóssal, valamint a kezestársakkal stb. szembeni keresetiért fizet vételárat. Ebben az esetben tehát a keresetekre vonatkozó fikcionált adásvétel képezi az engedményezés (fiktív) *causáját*, és attól függően, hogy milyen módon kerül sor az engedményezésre, a hitelező vagy ad *mandatum agendi* formájában egy perlési megbízást a kezesnek a főadóssal stb. szemben (*procurator/cognitor in ren suam*),⁵⁵ vagy nincs szükség a fiktív adásvételre vonatkozó megállapodáson túl másra ahhoz, hogy a fizető kezes a *praetortól* megkapja a főadóssal, stb. szemben az *utilis actiót*. Az önkéntes teljesítés esetén tehát

utilis actio megjelenését a második század utolsó harmadára teszi. Vö. LEVY, *Sponsio...*, i.m., 171.

⁵⁴ LUG, Klaus, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln, Graz, 1966, 4–5; HARKE, *Zum römisches...*, i.m., 6., 18.

⁵⁵ WACKE, *Übertragbarkeit...*, i.m., 337.

az ismert engedményezési megoldások közül valamennyi egyaránt alkalmas a kezes megtérítési igényének érvényesítésére, ezekhez azonban szükséges a hitelező hozzájárulása is.

Kérdés azonban, hogy ha a *praetor* kényszerítette a hitelezőt a kezessel szemben megindított per során a kereset engedményezésre, az milyen formában történhetett, s ekkor is egyaránt lehetőség volt-e a *mandatum agendi* és az *utilis actio* alkalmazására?

A következő gondolatsorban erre a kérdésre, valamint az engedményezés kikényszerítésének módjára és idejére próbálunk választ találni.

3.2.4. A *beneficium cedendarum actionum* alkalmazásának időpontja és eszköze

3.2.4.1. Általában a *beneficium cedendarum actionum* alkalmazhatósága az eljárás során (SCHULZ elmélete alapján)

Az ún. *beneficium cedendarum actionum* alkalmazása elméletileg többféleképpen is elképzelhető volt egy eljárás során. Leginkább a *fideiussio*, a *mandatum qualificatum* és a több gyám esetét vizsgálva SCHULZ az alábbi lehetőségeket különíti el egymástól:⁵⁶

⁵⁶ SCHULZ, Fritz, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 27(1906), 82–150., 146–148; A *beneficium cedendarum actionum* kapcsán SEILER is többféle lehetőséget tart elképzelhetőnek: egyrészt lehetségesnek tartja, hogy a peres eljárás során kényszerítették ki az engedményezést, de elképzelhetőnek tartja az *actio iudicati* soráni engedményezést is (pl. Mod. D. 46, 1, 41, 1), amelynek szintén több módja lehetett. A *praetor* fenyegethetett a kereset megtagadásával, de akár *exceptio dolit* is adhatott, amely a *iudex* számára tette lehetővé a *cessio* kikényszerítését. De úgy véli, hogy mivel a *praetornak* minden esetben közre kellett működnie az engedményezésben, azt az alperesnek legkésőbb a *litis contestatio* szakaszáig kérnie kellett. Vö. SEILER, i.m., 185–186.



(1) Egyrészt lehetséges volt, hogy a *praetor* az *in iure* szakaszban a kereset megtagadásával fenyegetve vette rá a hitelezőt az engedményezésre.⁵⁷

(2) Másrészt arra is lehetőség volt szerinte, hogy a *iudex* kényszerítse rá *apud iudicem* a hitelezőt az engedményezésre, azzal, hogy ennek megtörténtéig felfüggesztette az ítéletet, addig nem marasztalta a kezest.⁵⁸

⁵⁷ Papin. D. 46, 6, 12: „*Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum. sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur. nec quisquam putaverit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur et idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit: nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse. ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur.*” A tényállás számunkra releváns részéről, ha a gyám több fideiussort rendelt a gyámoltnak, akkor az utóbbi keresetét nem kell megosztani, hanem az egyik kezessel szemben meg kell adni neki a keresetet, de csak akkor („*ita ut*”), ha a felperes a beperelt kezesre engedményezi a többiekkel szembeni kereseteket. Vö. SCHULZ, *Klagen-Cession...*, i.m., 146; WESENER, i.m., 349–350; A következő forrás a megbízásos kezességgel kapcsolatos, és már az *actio iudicati* szakaszában van az eljárás: Mod. D. 46, 1, 41, 1: „*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.*” A jogtudós szerint, ha több megbízó-kezes közül az egyiket marasztalták, akkor – amennyiben az *actio iudicati*t megindítják vele szemben – követelheti, hogy a többi megbízó-kezessel szembeni kereseteket engedményezzék rá. (A *mandatum qualificatum* esetében azonban nem okozott problémát a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása, mivel elképzelhető, hogy a kezesi pozícióban lévő megbízók viszonyát inkább a *solidaritas* jellemezte.)

⁵⁸ Szintén a *mandatum qualificatum* kapcsán fogalmazza meg a jogtudós azt az álláspontot, hogy csak abban az esetben fogja a bíró a megbízót marasztalni, ha a megbízót a főadóssal szembeni kereseteit rá engedményezi: Iul. D. 46, 1, 13: „*Si mandatu meo titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus titium habes, mihi praestiteris. item si cum titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a titio servare non potueris.*” Ugyancsak a bírói közreműködésről tesz említést

(3) Vannak olyan források is, amelyeknél nem állapítható meg, hogy a *praetor* által a *beneficium cedendarum actionum* keretében adott *exceptio doli*⁵⁹ hol fejtette ki a hatását.⁶⁰ Ez jelenthette egyrészt, hogy a *praetor in iure* megtagadta a kereset megadását, ha a hitelező nem engedményezte a kezesre a kereseteit. De jelenthette azt is, hogy a *iudex* csak akkor marasztalta a kezest, ha a hitelező ráengedményezte a kereseteit.

(4) Végül az is elképzelhető, hogy *cautio* adására kötelezték a perben a hitelezőt, amely során megígérte, hogy majd engedményezni fogja a kereseteit.⁶¹

Papinianus a következő szöveghelyben, melynek tényállása szerint egy beperelt kezes a bíró segítségével elérte, hogy a hitelezőnek zálogba adott ingatlant adásvétel címén átvehette. Egy másik hitelező, aki később ugyanazon dolog elzálogosítása ellenében kölcsönt adott, mégis jogosult arra, hogy felkínálja a kezesnek a ráfordított összeget annak időközbeni kamataival (hogy így megválthassa tőle a zálogtárgyat), mert egy ilyen típusú adásvételt általában csak azért kötnek meg, mert az a zálogjog átruházásához a jog erejénél fogva szükséges. Papin. D. 20, 5, 2: „*Fideiussor conventus officio iudicis adsecutus est, ut emptionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet: nihilo minus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit: non huiusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate iuris fieri solet.*”

⁵⁹ A régebbi irodalom gyakran az *exceptio cedendarum actionum* elnevezést alkalmazza. Lásd pl. TIELSCH, Richard, *Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum*, Greifswald, 1899, 28; HAGEMEISTER, Paul, *Das beneficium cedendarum actionum des Bürgen*, Diss. Greifswald, 1893, 26.

⁶⁰ Itt SCHULZ nem említ konkrét szöveghelyeket, csupán egy korábbi vegyes felsorolásra utal. Vö. SCHULZ, *Klagen-Cession...*, i.m., 147., 83–85; Ilyennek tűnik a Iul. D. 46, 1, 17, mely szerint a fideiussornak akként szoktak segíteni, hogy a hitelezőt arra kényszerítik, hogy arra a kezesre engedményezze a többiekkel szembeni kereseteit, amelyik a teljes összeget kész kifizetni. KASER szerint a „*succurri solet*” kifejezés a *paetori* segítségre, valószínűleg az *exceptio doli* megadására utal. Vö. KASER, *Das römische Privatrecht, I*, i.m., 666; Hasonlóképpen az *exceptio dolira* utalónak véli WESENER is a szöveghelyet, bár ő LEVY nyomán azt feltételezi, hogy abban eredetileg *sponsorokról* volt szó. WESENER, i.m., 349; Vö. LEVY, *Sponsio...*, i.m., 185.

Iul. D. 46, 1, 17: „*Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.*” Vö. továbbá a C. 8, 40(41), 21-t is.

⁶¹ SCHULZ ezt az esetet a *rei vindicatio* kapcsán említi, de elképzelhetőnek tartja, hogy a *beneficium cedendarum actionum* eseteiben is alkalmazták ezt a



A szekunder irodalomban a szerzők⁶² leggyakrabban úgy vélik, hogy a *praetor* egy *exceptio dolival* kényszerítette a hitelezőt az engedményezésre. Emellett a kereset megtagadásával való fenyegetés is megfelelő eszköznek tűnik.

3.2.4.2. A vonatkozó források elemzése (a terminológia és az időpont szempontjából)

Érdekes megvizsgálni a közvetlenül a *fideiussorra* vonatkozó szöveghelyeket, hátha a tényállásokból következtetni lehet arra, hogy az engedményezést az eljárás melyik szakaszában és milyen eszközzel kényszerítették ki, ill. a szóhasználatukat, hogy kiderülhessen, hogy az engedményezés melyik formájáról lehetett szó.

3.2.4.2.1. A *fideiussorra* vonatkozó szöveghelyek

A *fideiussorral* kapcsolatosan a következő forrásokban kerül említésre a vele szemben megindított perben a *beneficium cedendarum actionum*, ill. a hitelező rákényszerítése az engedményezésre:

Papin. D. 46, 6, 12:

„*Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur. nec quisquam puta-*

megoldást, mivel ezzel el lehetett kerülni azt a veszélyt, hogy ha a felperes az alperest még az ítélet előtt *procurator in rem suam* névezte ki, az ítélet után visszavonja a perlési megbízást. Azonban maga SCHULZ is utal arra, hogy a források nem adnak erre vonatkozóan támpontot. Egyedül az *actio familiae heriscundae*-vel kapcsolatos Ulp. D. 10, 2, 2, 5-öt említi meg lehetséges példaként. Vö. SCHULZ, *Klagen-Cession...*, i.m., 147–148.

⁶² PAGENSTECHER, Ernst, *Pandekten-Praktikum zu Puchta's Pandekten und Girtanner's Rechtsfällen, mit Hinweisung auf die Lehrbücher und Arndts und Vangerow*, Heidelberg, 1860, 591; KOBAN, Anton, *Der Regress des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Rechte: Eine zivilistische Studie*, Graz, 1904, 6; GIRTANNER, i.m., 468–469; MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf...*, i.m., 399; KASER, *Das römische Privatrecht, I*, 666; KOPPENFELS-SPIES, *Die cessio legis*, i.m., 39; KIM, i.m., 25.

verit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur et idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit: nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse. ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur.”

A szöveghelynek a téma szempontjából releváns részéből kiderül, hogy ha a gyám a gyámolt számára több *fideiussort* rendelt, akkor a követelését nem kell köztük megosztania, hanem az egyikkel szemben meg kell adni neki a keresetet, de csak akkor, ha rá engedményezi a kereseteit az alperesre. Láthatjuk tehát, hogy csak abban az esetben marasztalják az egyik *fideiussort* a teljes összegre, ha a gyámolt hajlandó ráengedményezni a többiekkel szembeni kereseteit.

Papinianus az „*actiones praestarentur*” kifejezéssel szól az engedményezésről. Ebben a jogesetben a *praetor* a kereset megtagadásával fenyegetve az *in iure* szakaszban kényszeríti a felperest az engedményezésre.⁶³

A következő *fideiussorra* vonatkozó szöveghely:

Iul. D. 46, 1, 17:

„*Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.*”

Iulianus arról számol be, hogy akként szoktak segíteni a *fideiussoroknak*, hogy a *stipulator*t arra kényszerítik, hogy adja el annak a többiekkel szembeni kereseteit, aki hajlandónak tűnik a teljes összeget kifizetni.

A kényszerítés kifejezés arra utal, hogy egy peres eljárás során járnak el, amikor a hitelezőt a keresetek engedményezésére

⁶³ SCHULZ, *Klagen-Cession...*, i.m., 146.





kényszerítik, hiszen a kezes önkéntes teljesítése esetében ilyen kényszerre nem lenne szükség, ill. lehetőség. Az engedményezésre itt a keresetek (fiktív) eladása (*vendere ceterorum nomina*) kifejezéssel utal Iulianus. Ugyanakkor arra nincs konkrét utalás, hogy az eljáráson belül konkrétan melyik szakaszban kényszerítik rá a kereset „eladására” a felperest. (Tehát lehetséges, hogy a *praetor* a kereset megtagadásával fenyeget, de az is lehet, hogy *excepti*ót ad a kezesnek, és a bíró csak akkor marasztalja a kezeset, ha a hitelező rá engedményezi a kereseteket.)

Az eddigi szöveghelyeken kívül még két *constitutio* tesz említést a perben álló *fideiussor*ra történő engedményezésről, mindenestre a hitelezőt megillető zálogjog kapcsán.

C. 8, 40, 2 pr.: Severus, Antoninus

„*Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit. quod cum facit, debet ius pignorum in eum transferre.*”

A császári rendelet értelmében a hitelező, akinek követelését zálog és kezesség is biztosítja, ha akarja, perelheti a kezeset arra az összegre, amelyre az kezességet vállalt. Azonban ha így cselekszik, át kell rá ruháznia a zálogjogot. Arról azonban nincs szó, hogy melyik szakaszban, és milyen módon kényszerítik erre a hitelezőt.

C. 8, 40, 21: Diocletianus, Maximianus

„*Sicut eligendi fideiussores creditor habet potestatem, ita intercessorem postulantem cedi sibi hypothecae sive pignori obligata iure non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit urgueri.*”

A következő rendelet pedig azt mondja ki, hogy a hitelező szabadon választhatja meg, hogy melyik *fideiussor*t perli be, ugyanakkor a *fideiussor*t – ha ő a jelzálog, vagy a kézizálog címén (a hitelezőnek) lekötöttek engedményezését követeli – nem lehet

korábban teljesítésre kényszeríteni, mint ahogy ezekre a dolgokra vonatkozóan a keresetindítási lehetőséget neki átruháznák. Mivel ebben a jogesetben arról van szó, hogy nem lehet az engedményezés előtt a teljesítésre kényszeríteni a kezeset, s a bíró kényszerítené a teljesítésre, valószínű, hogy a *iudex*nek kell döntenie erről a *praetor* által adott *exceptio* hatására.

3.2.4.2.2. A vizsgált szöveghelyek szóhasználata

Láthatjuk tehát, hogy vegyes volt a *fideiussio*ra vonatkozó forrásokban az engedményezésre használt terminológia: egyrészt az „*actiones praestarentur*”, másrészt a „*vendere ceterorum nomina*”, a zálogjog engedményezése kapcsán pedig a „*ius pignorum transferre*”, végül pedig ugyanazokra a keresetekre vonatkozóan a „*cedi*” és a „*mandata*” kifejezést alkalmazták.

A források alapján tehát megerősíthető SCHULZ azon véleménye, miszerint az *actionem praestare*, *actionem mandare* és *actiones/actionibus cedere* egyaránt az engedményezésre utalnak.⁶⁴ A terminológia alapján viszont nem lehet egyértelműen eldönteni, hogy perlési megbízás, vagy *utilis actio* segítségével került-e rá sor. Az *actionem mandare* kifejezés alkalmazása utalhat a *procurator in rem suam*-rendelésre, ill. a *cognitor in rem suam*-rendelésre is,⁶⁵ mivel ezekre jellemzően egy perlési megbízás keretében került sor; azonban az is elképzelhető, hogy a jelentés utóbb már nem kizárólag erre az engedményezési módra utalt, hanem általánossá vált, s adott esetben az *utilis actio* megadásakor is alkalmazták. S azt is láthattuk, hogy igen vál-



⁶⁴ SCHULZ, *Klagen-Cession...*, i.m., 139.

⁶⁵ LEVY, *Die Klagenkonkurrenz...*, című művében már úgy véli, hogy a *mandatum in rem suam* is alkalmas az engedményezésre az *eadem-res*-területen egybekötve egy *in integrum restitutio*val. Szerinte erre utal a források szóhasználata is. Vö. LEVY, *Die Klagenkonkurrenz...*, i.m., 228–229; Úgy gondolja, hogy ezekben az esetekben az engedményezést a marasztalás után is lehetett ugyan kérni, (sőt kifejezetten az *actio iudicati in iure* szakaszát találja erre a célra alkalmasnak), de az egyik gyám teljesítését követően már nem kérhető a keresetek *cessio*ja. *Uo.*, 223–234.

tozatos szóhasználat figyelhető meg a rendelkezésre álló szöveghelyek viszonylag kis száma ellenére is.

3.2.4.2.3. Az engedményezés kikényszerítése a *fideiussorra* vonatkozó szöveghelyekben

A *fideiussorra* vonatkozó, peres eljárásban alkalmazott ún. *beneficium cedendarum actionum* alkalmazására utaló kevés szöveghely abban a kérdésben sem nyújt egyértelmű eligazítást, hogy egészen pontosan milyen eszközzel került sor az engedményezés kikényszerítésére. A források alapján több lehetséges megoldás is elképzelhető. Egyaránt lehetségesnek tűnik, hogy a *praetor* a kereset megtagadásával fenyegetve vette rá a hitelezőt az engedményezésre, de az *exceptio doli* alkalmazása, ill. ez alapján a bírói kényszer is ugyanígy lehetséges. Nem tartom kizártnak, hogy ezek a megoldások egyaránt alkalmazásra kerültek.

3.2.4.3. A *litis contestatio* keresetmegszüntető hatásából eredő probléma lehetséges megoldásai

A következő kérdés, hogy milyen jogtechnikai megoldás alkalmazásával tekinthettek el a kezessel szembeni per *litis contestatio*jának a főadóssal szembeni keresetekre vonatkozó konzumáló hatásától (abban az esetben, ha kivételesen a kezes önkéntes teljesítésével nem zárult le a per az *in iure* szakaszban).

3.2.4.3.1. *Litis contestatio* előtti engedményezés (*utilis actio* segítségével)

A *litis contestatio* keresetmegszüntető hatásából adódó probléma első lehetséges megoldásaként felmerül a kérdés, hogy nem lehetett-e esetleg elkerülni a perfüggőség keresetfelemésztő hatását azzal, ha a hitelezőt még a *litis contestatio* előtt a kereset engedményezésére kényszerítették.

Az engedményezésre elméletileg sor kerülhetett a *litis contestatio* előtt. (Különösen, ha a *praetor* a kereset megtagadásával

vette rá a hitelezőt a *cessióra*.) A perlési megbízással történő engedményezéseknél (*procurator/cognitor in rem suam*) azonban ez nem jelentette volna a probléma megoldását, mert ezekben az esetekben az engedményezés következtében nem keletkezett új kereset, hanem a kezes a hitelező megbízottjaként indította meg az hitelező keresetét (*actio directa*), a később (a kezessel szemben megindított perben) bekövetkező *litis contestatio* pedig mindenképpen megszüntette volna a kezésre engedményezett keresetet. Kérdés, hogy ha az engedményezés eredményeképpen már egy *utilis actio* jött létre, az fennmaradt-e a kezessel szemben megindított per *litis contestatio*ja ellenére is. Ebben a tekintetben eltérőek az álláspontok.

LEVY eredetileg úgy vélte, hogy az *utilis actio*val nyílt meg annak a lehetősége, hogy a kezes a saját nevében lépjen fel a rá engedményezett keresettel a főadóssal szemben, így nem fenyegette az engedményezett kereset *litis contestatio* következtében történő felemésztődésének veszélye.⁶⁶

KÜBLER LEVY-hez írt recenziójában azonban kifejti, hogy mivel az *utilis actio* egy *fictio* segítségével jön létre, az engedményes ebben az esetben is az engedményező igényéből vezeti le az igényét az *intentió*ban, így ha utóbbinak már nem maradt fent a követelési joga a főadóssal szemben, akkor azt az engedményes javára sem lehet marasztalni. (Így szerintem ebben nem különbözött az *utilis actio* az *actio procuratorio aut cognitorio nominetól*.) KÜBLER abban látja a megoldást, hogy *rescissio iudicii* segítségével tekintettek el az *utilis actio* megadása esetén a kezessel szemben megindított per *litis contestatio*jának keresetfelemésztődő hatásától. *Cognitorio nomine* pedig a kezes KÜBLER szerint egy *translatio iudicii*⁶⁷ segítségével kaphatta meg a keresetet.⁶⁸

⁶⁶ LEVY, *Sponsio...*, i.m., 165–166., 170.

⁶⁷ A *translatio iudicii* esetében a megindított eljárást egy másik személyre ruházzák át. (Gyakorlatilag személycsere következik be a felperesi, vagy az alperesi pozícióban.) Erre például akkor volt szükség, ha az egyik fél meghalt, vagy ha az eljárást a *cognitor* helyett maga a képviselt, vagy egy másik *cognitor* vette át. Vö. KASER, *Zivilprozessrecht*, i.m., 271; Ez a megoldás azonban véleményem szerint nem alkalmazható a *fideiussorra* történő keresetengedményezés tárgyalt problémájának megoldásaként. Itt ugyanis nem arról





LEVY egy későbbi munkájában (elismervén korábbi tévedését) – valószínűleg KÜBLER recenziójának hatására – azonban már azon az állásponton van, hogy az *utilis actio*ra is kihatott a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása (még a kereset *litis contestatio*t megelőző engedményezése esetén is),⁶⁹ mert annyira erősen függött az annak alapjául szolgáló, hitelezőt megillető – és felemészthető – *actio directától*. Az engedményes ugyanis olyan módon vezette le a követelését az engedményezőéből, hogy az feltételezte az utóbbi követelésének fennmaradását.⁷⁰

Összegzőként megállapítható tehát, hogy elméletileg lehetséges ugyan, hogy még a kezessel szembeni per *in iure* szakaszában került sor az engedményezésre, ez azonban csak akkor járhatott eredménnyel, ha már kialakult az *utilis actio* a *cessio* eszközeként. Ehhez azonban el kellene fogadnunk azt a feltételezést, hogy a kezessel szembeni per *litis contestatio*ja csak a hitelezőnek a főadóssal szembeni *directa actió*ját szüntette meg, az ennek mintájára kialakított *utilis actió*t azonban nem.

Véleményem szerint bár nem teljesen kizárt, hogy az engedményezés *litis contestatio* előtti kikényszerítése jelentette a megoldást, mégsem lehet emellett egyértelműen állást foglalni. A *fideiussió*ra vonatkozó forrásokból ugyanis arra is találhatunk (ugyan nem közvetlen) utalást, hogy a *iudex* kikényszerítette rá a hitelezőt a kereset engedményezésére (C. 8, 40, 21). Továbbá – ugyanezen szöveghelyben – az engedményezés kapcsán a *man-*

van szó, hogy egy már megindított pert kellene egy másik személyre átruházni, mivel a hitelező a kezessel szemben indított meg egy pert, amelynek az átruházása magára a kezesre kizárt. A hitelező főadóssal szemben pedig még nem indított keresetet, s a keresetfelemészthetőség miatt már nem is indíthat, így nincs a hitelező és a főadós között olyan megindított per, amelyben a felperesi pozíciót a kezesre át lehetne ruházni.

⁶⁸ KÜBLER, Bernhard, recenziója Ernst Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio: Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin, 1907, Berliner Philologische Wochenschrift, Nr. 17., (25. April. 1908), 531.

⁶⁹ Levy szerint az is azt igazolja, hogy mindezt a korábbi engedményezéssel sem lehetett elkerülni, hogy Papinianus (D. 27, 3, 21) és Modestinus (D. 46, 3, 76) abban az esetben is szükségesnek tartotta az adásvételi fikció alkalmazását, ha az engedményezésre a kezes önkéntes teljesítését megelőzően került sor. Vö. LEVY, *Die Konkurrenz...*, i.m., 224.

⁷⁰ Uo., 223–224.

dare szóhasználat is talán inkább utal a perlési megbízásra, mint az *utilis actio*ra. Így célszerű megvizsgálni annak a lehetőségét is, hogy a *litis contestatio* után, ill. perlési megbízás formájában került sor az engedményezésre.

3.2.4.3.2. *In integrum restitutio/restitutio litis*

Ha az engedményezésre a *litis contestatio*t követően, vagyis a per *apud iudicem* szakaszában, vagy esetleg az *actio iudicativa*l megindított végrehajtási eljárás során került sor, akkor függetlenül az engedményezés módjától elméletileg egy már megszűnt kereset engedményezésére kényszerítették a hitelezőt, ugyanakkor mivel a források szerint erre mégis volt példa, minden bizonnyal a megoldást is megtalálták a probléma áthidalására. Kérdés, kideríthető-e, hogy erre hogyan került sor.

3.2.4.3.2.1. LEVY elmélete

Egyesek a megoldást abban látják, hogy a *praetor* egy *in integrum restitutio*t adott a megszűnt kereset helyreállítására végett.⁷¹ LEVY sokat elmélkedik azon, hogy a per melyik szakaszában kerülhetett sor az engedményezés kikényszerítésére, és így az *in integrum restitutio* megadására. Szerinte arra csak az *in iure* szakaszban kerülhetett sor, mert mindenképpen a *praetor* közreműködése kellett hozzá. LEVY ugyanis úgy vélte, hogy az *in integrum restitutio* iránti kérelmet a *restitutio*ra jogosult sze-

⁷¹ LEVY, *Die Konkurrenz...*, i.m., 223–224; MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf...*, i.m., 394; WESENER, i.m., 351; SCHMOECKEL, RÜCKERT, ZIMMERMANN, II., i.m., 2497; ZIMMERMANN, *The Law of Obligation*, i.m., 1134. Bár – ahogy erre maga LEVY is rámutat – nincsenek az *in integrum restitutio*ra vonatkozó közvetlen bizonyítékok a forrásokban. Vö. LEVY, *Die Konkurrenz...*, i.m., 225; LEVY a kérdést az „*eadem res*” jellegű jogviszonyok vonatkozásában a több gyám esetét vizsgálva kísérli meg megválaszolni. Már KELLER is megemlíti annak a lehetőségét, hogy a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatása vonatkozásában az ún. „directe Consumtion”, vagyis az *ipso iure liberatio* esetében, ha az adott eset körülményei miatt a keresetmegszüntető hatás túlságosan súlyos következményekkel járna az érintettre nézve, az általános elvek szerint még mindig alkalmazható az *in integrum restitutio*, ill. az *arbitrio praetoris*. Vö. KELLER, i.m., 534, 561–562.



mélytől (a hitelezőtől) valószínűleg ki lehetett kényszeríteni, hogy az utóbb engedményezőként az engedményezett kereset megindítását lehetővé tegye.⁷² Levy azonban tovább szűkíti a lehetőségeket. Ugyanis mivel a per ezen szakaszában még nem semmisülhetett meg az engedményezendő kereset, még nem is volt szükség az *in integrum restitutiora*, másrészt pedig még azt sem lehetett biztosra tudni, hogy valóban marasztalják-e a kezest, így logikusabb lenne az *apud iudicem* szakaszban megadni a jogsegélyt. Azonban ebben a szakaszban már nem vesz részt a *magistratus*, így LEVY nem lát más megoldást, mint hogy a *praetor* az *actio iudicati in iure* szakaszában adja meg a jogsegélyt.⁷³

Szerintem azonban a források arra utalnak, hogy a *beneficium* megadására már (többnyire) a főper során sor került (nem pedig az *actio iudicati* során).⁷⁴ Másrészt az sem döntő érv, hogy a perben még nem biztos a kezes teljesítése, mert ez a bizonytalanság a végrehajtási eljárás *in iure* szakaszában is fennáll még. S fenn is marad egészen a végrehajtási eljárás végéig. Továbbá mivel az *in integrum restitutio* egy kereset vonatkozásában nem más jelent, mint hogy a *praetor* egy *utilis actiót* vagy esetleg egy *in factum actiót* ad a *restitutióra* jogosult kérelmére, véleményem szerint a kereset vonatkozásában az *in integrum restitutio* megadását nem a kezessel szembeni perben kellett kérni a hitelezőnek a *beneficium cedendarum actionum*-mal összekötve. Sokkal valószínűbb, hogy az elvált a perben alkalmazott *beneficium cedendarum actionum*tól, s csak az el-

járás befejezését követően lehetett kérni a korábbi perben megadott *beneficium*mal kikényszerített engedményezésre hivatkozva egy újabb per megindítása során. S az is valószínűnek tűnik, hogy az engedményezendő és egyben helyreállítandó kereset *restitutióját* ebben az esetben nem a hitelező kérte, hanem az engedményes, vagyis a keresetet a hitelezőtől „megvásároló”, s így a hitelező pozíciójába lépő kezes.

3.2.4.3.2.2. Az *in integrum restitutio* módjai

Ahhoz, hogy a *beneficium cedendarum actionum* kapcsán feltárássra kerülhessen az *in integrum restitutio* alkalmazási lehetősége, érdemes megvizsgálni, hogy mit is értettek a rómaiak ez alatt a jogsegély alatt egy megszűnt kereset kapcsán.

Maga az *in integrum restitutio* egy megszűnt kereset vonatkozásában – *restituere actionem* – többféleképpen is elképzelhető volt.

LIEBS szerint abban az esetben, ha a kereset konzumálódott, a *praetor* a felemésztődött keresetet egy *honoraria actio*, vagyis egy *utilis*, vagy *fictionis actio* formájában megújíthatta. Ezt *restitutio litis*nek, vagy *rescissio iudici*inek nevezték, amely valójában nem más, mint egy *in integrum restitutio*.⁷⁵

KUPISCH az alábbi alternatívákat említi:⁷⁶

- i. A *praetor utilis actiót* adhatott, amelyben a fikció révén a civiljogi teljesítési kényszerre utal.
- ii. Adhatott *in factum actiót* is, amelyben leírja a tényállást az *intentió*ban, és arra utasítja a bírót, hogy az alperest a korábbi tartozásának megfelelő összegben marasztalja.
- iii. KUPISCH szerint elképzelhető egy ún. *arbitratia in factum actio*⁷⁷ is, amely egy *restitutio*s klauzulát tartalmaz, és amelyben

⁷⁵ LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*..., i.m., 256.

⁷⁶ KUPISCH, *In integrum restitutio*..., i.m., 17., 21., 23–25.

⁷⁷ KASER sem tartja valószínűtlennek az ilyen formában megadott *in integrum restitutiót*. Szerinte az *actiones arbitrarie* formájában megadott *in integrum restitutióra* akkor került sor, amikor a *praetor* a *restitutio* okának vizsgálatát a *iudexre* bízta, míg a *fictionis (utilis) actio* formájában megvalósított *in integrum restitutio* esetében a *praetor* maga állapította meg a *restitutio* okát. Vö. KASER, Max, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*,

⁷² LEVY, *Die Konkurrenz*..., i.m., 228.

⁷³ LEVY, *Die Konkurrenz*..., i.m., 223–238.

⁷⁴ Hasonlóan vélekedik SEILER is, aki a következő forrásokat hozza fel ellenpéldaként: a Papin. D. 26, 7, 38, 2 és az Ulp. D. 27, 3, 1, 13–14 a végrehajtási eljárás említése nélkül szól a kereset engedményezéséről, a Papin. D. 26, 7, 42 és a Papin. D. 27, 3, 21 pedig a marasztalással összefüggésben tárgyalja a *cessiót*, és a marasztalást követő *cessió*ról szól a C. 5, 58, 2. Egyértelműen csak a Mod. D. 46, 1, 41, 1 szól az *actio iudicati* során (a *mandatum qualificatum* kapcsán) az engedményezésről. A források alapján SEILER úgy véli, hogy többféle módon is elérhette a gyám az *actio tutelae* engedményezését. Így például a *iudex* is kényszeríthette a gyámoltat a peres eljárás során a *cessióra*. Vö. SEILER, i.m., 184–185.





arra kényszerítené a bírót az alperest, hogy a megszűnt tartozásnak megfelelő kötelmet hozzon létre jogügyleti úton.

KASER szerint a *litis contestatio* keresetmegszüntető hatásának feloldása céljából alkalmazott *in integrum restitutio* (*litem restituere*) alapját nagyrészt ugyanazon tényállások képezik, mint egy peren kívüli *in integrum restitutio*-ét, valamint néhány a peres eljárásra vonatkozó ok. Az általános okok között megtalálható a méltányosság is. (Amely mint tudjuk magának a *beneficium cedendarum actionum*-nak is az alapját képezte.) S ha a *praetor* megadja az *in integrum restitutio*-t, ez által lehetővé teszi a kereset ismételt megindítását. Ez KASER szerint egy *iudicium legitimum* esetében egy fikciót tartalmazó formula segítségével valósítható meg, egy *iudicium imperio continens* esetében pedig az *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* megtagadásával, vagy egy *replicatio doli* biztosítása révén.⁷⁸

Mindhárom jogtudós egyaránt lehetséges eszköznek tartja tehát az *utilis/fictitia actio*-t, amely véleményem szerint a *fideius*-siorra történő engedményezés kapcsán szintén a legvalószínűbb *restitutio*-s eszköznek tekinthető, de nem tartom kizártnak egy *in factum concepta actio* alkalmazását sem. Azzal, hogy ezekre az eszközökre csupán egy *iudicium legitimum* esetében volt szükség.

Egy *iudicium imperio continens* esetében pedig – ahogyan arról korábban már volt szó – elegendő az *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* megtagadása, ill. egy *replicatio doli* bevétele a formulában. (Melyet KASER szintén a *restitutio litis* egyik formájaként értelmez.)

3.2.4.3.2.3. Saját elmélet: *utilis actio*, vagy *in factum actio in integrum restitutio*val

Összegezve tehát a fentebb elhangzottakat az alábbi következtetéseket lehet levonni: ha azt az álláspontot fogadjuk el, hogy a *litis contestatio* kihatott az engedményezés következtében ke-

letkező *utilis actio*-ra is, vagy az engedményezésre az *apud iudicem* szakaszban került sor, akkor a *litis contestatio* már megszüntette a hitelezőnek a főadóssal szembeni keresetét is, így ahhoz, hogy azt a kezesre lehessen engedményezni – függetlenül az engedményezés módjától – restituálni kellett.

Egy *iudicium legitimum* esetében, ahol a *litis contestatio ipso iure* keresetmegszüntető hatású volt, a kereset *in integrum restitutio*-ja egy *utilis (fictitia) actio*, vagy egy *in factum actio praetor* általi megadását jelentette a megszűnt kereset mintájára.

i. Vagyis, ha már (Antoninus Pius után) létezik az *utilis actio*, mint az engedményezés eszköze, elegendő a hitelezőt arra kényszeríteni a perben (az *exceptio doli* segítségével), hogy mintegy „adja el” a kereseteit a beperelt kezesnek. Ezáltal létrejön a (fiktív) adásvételi szerződés a hitelező kereseteinek vonatkozásában, mint a *cessio* causája, amit szem előtt tartva a *praetor* külön engedményezési cselekmény (perlési megbízás) nélkül megadhatja a kezesnek a hitelező keresetének mintájára kialakított *utilis actio*-t a főadóssal stb. szemben.⁷⁹ Mivel mind az engedményezés, mind az *in integrum restitutio* eredményeképpen *utilis actio*-t ad a *praetor*, ez tűnik a legvalószínűbb meg-



⁷⁹ A források időrendisége alapján sem elképzelhetetlen ennek a feltételezésnek a helyessége. Az *utilis actio* – ahogy az korábban már kifejtésre került – a Kr. u. 2. század utolsó harmadában már igazolhatóan megjelent a forrásokban. Arra pedig először Salvius Iulianus utal, hogy a *fideiussor*-nak segíteni szoktak abban, hogy megszerezze a hitelezőnek a kezestársaival szembeni kereseteit (Iul. D. 46, 1, 17). Vö. SCHULZ, *Klagen-Cession...*, i.m., 101. SOKOLOWSKI szerint pedig Papinianus ismerte el elsőként a *fideiussor* azon igényét, hogy a főkötelelem biztosítékeként lekötött zálogtárgyat a hitelező átengedje neki (mintegy a *ius distrahendire* támaszkodva). Önmagában az, hogy a fennmaradt forrásokban melyik jogtudóshoz, vagy császárhoz köthetően jelenik meg egy jogi megoldás, még nem jelenti azt, hogy ő lenne a megoldás kiötlője, vagy elsőkénti alkalmazója (ha erre nincs kifejezett utalás a szöveghelyben). Így nem kizárt, hogy már korábban is alkalmazták az említett megoldást. Ezért annak valószínűsítéséhez, hogy egy a forrásokban később előforduló megoldást egy már korábbi forrásban megjelenő jogi probléma megoldásához alkalmazták, elegendőnek tűnik, ha az említett források időbelisége körülbelül fedi egymást. Ez pedig megfigyelhető az *utilis actio* és a *beneficium cedendarum actionum* kialakulásának időbelisége esetében is.

oldásnak. Azzal együtt is így kell állást foglalnunk, hogy ebben az esetben a *praetori* utasítás hatására két dologtól kell eltekintenie a *iudex*nek: egyrészt a hitelező személyének megváltozásától, másrészt a kereset megsemmisülésétől.

ii. Ezzel szemben elméletileg kevésbé tűnik logikusnak, de (a források terminológiája alapján, lásd a „*mandare*” kifejezés alkalmazása az engedményezésre) az sem kizárt, hogy ebben az esetben az engedményezésre egy perlési megbízás alkalmazásával került sor. Bár ez dogmatikailag egy eléggé bonyolult helyzetet eredményezne. Ugyanis ha a kezes az engedményezés következtében *cognitorként*, ill. *procurator in rem suam*ként lépne fel a hitelező „képviselőjeként,” egy olyan *utilis actio*t kellene perlési megbízottként kérnie a *praetortól*, amelyre magára nem (csak annak a *directa actio* változatára) kapta meg a perlési megbízást a hitelezőtől a kikényszerített engedményezés eredményeképpen.

Továbbá indokoltnak tűnhet az a feltevés is, hogy a perben marasztalt kezes a teljesítést követően egy *in factum actio*t kérhetett a *praetortól*, amelynek *intentió*jában, ill. *demonstratio*-jában lehetőség nyílt a tényállás részletes leírására. Ennek során valószínű az adásvételi fikcióra történő utalás is. (Az *intentió*ban, vagy a *demonstratio*ban leírnák, hogy a perbe fogott kezes a per során mintegy megvette a hitelező főadóssal és kezestársakkal szembeni kereseteit, amelyeket a hitelező a kezesre engedményezett, s a kezes jelen perben ezt/ezeket a „megvásárolt” kereseteket akarja megindítani mintegy a hitelező helyett a főadóssal, ill. a kezestársakkal szemben.)

Ugyanakkor – bár vannak ellentmondó szöveghelyek is – az *utilis actio* és az *in factum actio* alkalmazási köre⁸⁰ úgy tűnik, hogy (a kései klasszikus kortól kezdve és különösen Iulianusnál) el-

⁸⁰ Mivel a kései klasszikusoknál az *utilis actio* és az *in factum actio* kifejezést gyakran a peresítendő igényre vonatkozó modern analógia értelmében használják, bár ismeretes, hogy a kétféle keresettípusnak a formulájában eredetileg más-más technikai koncepció valósult meg, ezek a formulában megtalálható, a megkülönböztetést lehetővé tevő ismertetőjegyek a forrásokban már kevésbé lelhetők fel. Vö. SELB, Walter, *Formulare Analogien in „Actiones utiles” und „Actiones in factum” am Beispiel Julians* = Studi in onore di Arnaldo Biscardi III, La Goliardica, 1982, 318.

tért egymástól, s az *in factum actio*t leginkább a szinallagmatikus *praescriptis verbis actiones* és a *lex Aquilia* hatályának kiterjesztése során alkalmazták, s inkább *utilis actio*t adtak abban az esetben, ha a *litis contestatio* keresetfelemésztő hatásától akartak eltekinteni, vagy a keresetet más személyre kívánták átruházni engedményezés céljából.⁸¹

A fentiek fényében tehát valószínűbbnek tűnik, hogy a hitelező kereseteinek a főadósra történő engedményezése során az engedményezett keresetek *in integrum restitutio*ja kapcsán is inkább *utilis actio* formájában adták meg a kezesnek a kereseteket.

3.2.4.3.2.4. A *praetor imperium*ánál fogva eltekinthet a „*dene-gatio actionem*”-től?

A *praetori in integrum restitutio* mellett szól az az érvelés is, hogy a *praetor* az ún. *beneficium cedendarum actionum* alkalmazási körében az engedményezett kereset megindításakor *imperium*ánál fogva az engedményezés tényére, és az ennek *causáját* képező (kikényszerített) fiktív kereset-megvételre hivatkozva minden bizonnyal eltekinthet a korábbi per *litis contestatio*jának keresetmegszüntető hatásától és a civiljogból fakadó keresetmegtagadási kötelezettségétől, s *imperium*ára támaszkodva megadhatta a kezesnek a keresetet. Minden valószínűség szerint *utilis*, vagy *in factum actio*ként. Ami viszont gyakorlatilag nem más, mint a kereset *in integrum restitutio*ja.

3.2.4.3.3. A felek konszenzussal kizárhatták a *litis contestatio* diszpozitív keresetfelemésztő hatását?

Mivel az eddig elmondottak is meglehetősen vékony forrásbázison alapulnak, talán megfontolható egy további magyarázat is arra, hogy a *litis contestatio* nem akadályozta meg a kereset átruházását. Ezen megfontolás alapját a C. 8, 40(41), 28 képezi, melyben Justinianus arra a császári rendeletet megelőzően kia-

⁸¹ SELB, *Formulare Analogien*..., i.m., 329-350.



lakult szerződéses gyakorlatra⁸² hivatkozik, amely szerint a felek gyakran megállapodtak abban, hogy kizárják magukra nézve a kezes, ill. a főadós kötelemből történő szabadulását az *electio*, vagyis a hitelező által egyikükkel szemben megindított per (*litis contestatio*) révén, s mind a kezes, mind pedig a főadós csak a hitelező teljes kielégítésével szabadulhat a kötelemből.⁸³ Ebből kiderül számunkra, hogy a hitelező választásával történő *liberatio* diszpozitív szabályként érvényesült, vagyis a felek egyező akaratral eltérhettek annak alkalmazásától.

Így tehát egy ilyen (előzetes) megállapodás esetében nem volt akadálya annak, hogy a beperelt kezes megindítsa a főadóssal szemben a hitelező által rá engedményezett kereseteket.

Kérdés, hogy abban az esetben, ha a felek között korábban nem került sor (a főadós közreműködésével) egy olyan előzetes megállapodásra, amely kizárta volna a főadós *ipso iure liberatio*-ját a kezessel szembeni perindítással, a főadós erre vonatkozó kifejezett akaratnyilatkozata hiányában is lehet-e feltételezni (esetleg fikcionálni) a főadós beleegyezését abba, hogy mindketten csak a hitelező kielégítésével szabaduljanak a kötelemből, s így a vele szembeni kereset fennmaradhasson, s azt a kezesre lehes-

⁸² Justinianus arról ír, hogy a *fideiussio* esetében is kialakult az a szerződéses gyakorlat, amelynek mintáját az a *mandatum qualificatum* esetében hozott megállapodás képezte, hogy a több megbízó esetében az egyikükkel szemben megindított per nem emészti fel a hitelezőnek a többi megbízó elleni kereseteit. S a *fideiussióra* vonatkozó ezen szerződéses gyakorlatra hivatkozva hozta meg azt a rendeletet a császár, hogy sem az egyik kezestárssal, sem a főadóssal szembeni keresetmegindítás nem fogja megszüntetni a hitelező többiekkel szembeni keresetét, amíg a hitelező teljes kielégítést nem nyer. Ebből a rendeletről viszont joggal következtethetünk arra, hogy a *fideiussio* esetében a justinianusi rendeletet megelőzően olyan szerződéses gyakorlat létezett, amely nem csak azt zárta ki, hogy az egyik kezestárs elleni per felémésze a hitelező másik kezestárs elleni keresetét, hanem a főadóssal vagy a *fideiussorral* szembeni keresetindításnak is ki kívánták zárni szerződéses úton a keresetfelemésztő hatását. A *mandatum qualificatum* esetében valószínűleg azért említette Justinianus csupán a több megbízóra vonatkozó konzumáló hatást kizáró szerződéses gyakorlatot mintaként, mert köztudott módon a megbízóval (kezes) és a főadóssal szembeni keresetek nem konkuráltak egymással választólagon.

⁸³ KELLER úgy véli, hogy ilyen szerződéses megállapodás valószínűleg csak a posztklasszikus korban jelent meg. Vö. KELLER, *i.m.*, 562–563.

sen engedményezni, ill., hogy szükség volt-e egyáltalán a főadós beleegyezésére.

Ezen elmélethez feltételeznünk kell, hogy az ún. *beneficium cedendarum actionum* következtében a keresetét engedményező hitelező és a kezes mintegy ráutaló magatartással megegyeztek a kereset fennmaradásában (különben nem lenne értelme a kereset adásvételének), a kettejük közötti megállapodás azonban egy harmadik személyre is kihatott (a főadósra). Bár elvileg két fél megállapodása egy harmadik személyre annak hozzájárulása nélkül nem róhatna kötelezettséget, mivel a kezességvállalás a főadós érdekében jött létre, nem elképzelhetetlen, hogy ebben az esetben méltányossági szempontból el lehetett tekinteni ettől az elvtől, s feltételezni lehetett a főadós beleegyezését abba, hogy adott esetben a kezes léphessen fel vele szemben a hitelező által rá engedményezett keresettel. Sőt, mivel a kereset fennmaradása valójában mégsem jelent többletkötelezettséget a főadósra nézve – hiszen számára mindegy, hogy a hitelező indít-e keresetet vele szemben, vagy a kezes – még valószínűbb, hogy nem is volt szükség a hozzájárulására (ill. annak fikcionálására sem). Ugyanis a hitelezőnek és a kezesnek az engedményezésben megnyilvánuló ráutaló magatartással történő megállapodása arról, hogy a főadós csak a *solutio*-val szabadul, nem pedig az *electio*-val, valójában nem hozza hátrányosabb helyzetbe a főadóst, és nem is ró rá többletkötelezettséget, hanem pusztán egy (a kezessel szembeni) méltánytalan előnytől fosztja meg őt. Ezzel az előnnyel a főadós azonban nem is számolhatott teljes bizonyossággal, hiszen teljesen a hitelező önkényétől függött, hogy az vele, vagy a kezessel szemben indított-e pert. Ráadásul, míg a kezes a főadós érdekében járt el a kezességvállalás során, ugyanez nem mondható el a főadósról. Így inkább védendő a kezes érdeke a főadósával szemben, mint fordítva. Tehát feltételezhető, hogy a főadós beleegyezésétől (sőt tudomásától) függetlenül fennmaradhatott a hitelezőnek a főadóssal szembeni keresete az ún. *beneficium cedendarum actionum* következtében megvalósuló engedményezés és az ennek alapjául szolgáló kikényszerített fiktív kereset-adásvételben megnyilvánuló ráutaló magatartás révén.



Összegzés

Összegzésként tehát elméletileg három megoldás volt elképzelhető a *litis contestatio* általi keresetfelemésztő hatás kiküszöbölésére:

i. Az engedményezésre nem *mandatum agendi*, hanem egy pusztá megállapodáson alapuló *utilis actio* formájában került sor még a per *in iure* szakaszában. Ez azonban csupán Antoninus Pius után volt lehetséges és a források terminológiája valamint időbelisége sem teljesen támasztja alá ezt az elméletet.

ii. Az engedményezésre a per során bármely szakaszban (s elméletileg bármilyen formában) sor kerülhetett, ha az engedményezett keresetet utóbb a *praetori imperium*-ra támaszkodva restituálták egy *utilis actio*, vagy esetleg egy *in factum actio* formájában. Ez a legvalószínűbb megoldás.

iii. Végül, ha figyelembe vesszük, hogy a *litis contestatio* kötelemszüntető hatása a justinianusi forrás tükrében pusztán diszpozitív jellegű volt, s ettől egyező akarattal eltérhettek a felek, nem tartom kizártnak, hogy a megállapodás során (tekintettel a kezes védendőbb helyzetére a főadóséval szemben) eltekintettek a főadós kifejezett hozzájárulásától is.

Az elemzések során érdekes megfigyelni, hogy bár a Justinianust megelőzően is alkalmazott *beneficium cedendarum actionum* ténye általánosan elismert, s tankönyvekben is *communis opinio*-ként szereplő információ, mennyire kevés eredeti forrás áll e tekintetben a rendelkezésünkre, amelyekből a *beneficium* alkalmazásának módjára egyértelmű következtetéseket lehetne levonni. Így ezek hiányában pusztán dogmatikus eszmefuttatásokra, s esetleges megoldások valószínűsítésére nyílik mód, biztos válaszok adására azonban nem vállalkozhatunk.

Das *beneficium cedendarum actionum* und die *litis contestatio*

Bei den römischen Bürgschaftsstipulationen kam es oft vor, dass der Bürge als Beauftragter die Bürgschaft auf sich nahm, so konnte er – wenn er laut der Stipulation dem Gläubiger leisten musste – mit dem *actio mandati contraria* gegen den Hauptschuldner Rückgriff nehmen.

Mit der Zeit wurde aber dem leistenden Bürgen auch die Möglichkeit eingeräumt, die Klagen des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner und den Mitbürgen durch Abtretung seitens des Gläubigers zu erwerben. Es gab aber einen Umstand, der die Klagenzession erschwerte, und zwar die klagenkonsumierende Wirkung sowohl der Leistung des Fideiussors als auch der *litis contestatio* im Prozess gegenüber dem Bürgen (EG. 2, 9, 2; C. 8, 40(41), 28; D. 27, 7, 7).

Das erste Problem wurde durch die, von den Jurisconsulti ausgearbeitete Kauffiktion (D. 46, 1, 17; D. 20, 5, 2; D. 17, 1, 59, 1; C. 8, 40(41), 2 pr-1) gelöst, im Sinne deren die Zahlung des Bürgen nicht als Erfüllung seiner Bürgschaftsverbindlichkeit betrachtet werden musste, sondern als für die Klagen des Gläubigers bezahlte Kaufpreis bewertet werden sollte, so blieb die Abtretung der Klagen des Gläubigers dem Bürgen auch nach seiner Leistung möglich.

Die Klagenkonsumptionswirkung der *litis contestatio* im Prozess gegenüber dem Bürgen konnte aber allein durch die Kauffiktion nicht so einfach „wegfingiert“ werden. Da aber – wie allgemein angenommen wird – der Prätor im Prozess gegenüber dem Bürgen (aller Wahrscheinlichkeit nach mit einer *exceptio doli*) den Gläubiger doch zur Klagenabtretung zwang (sog. *beneficium cedendarum actionum*), ist es anzunehmen, dass die Juristen neben der Kauffiktion auch ein anderes „Hilfsmittel“ ausarbeiteten, um die Klagenabtretung zu ermöglichen. Aber wegen der geringen Zahl der betreffend des *beneficium cedendarum actionum* zur Verfügung stehenden Fragmenten (D. 46, 6, 12; D. 46, 1, 17; C. 8, 40, 21), kann man nur Theorien aufbauen, wie das Problem der Konsumptionswirkung der *litis contestatio* von Spätklassiker gelöst wurde. In dieser Hinsicht könnten wir uns nur in Vermutungen einlassen. Als eine Möglichkeit könnte in Frage kommen, dass der Bürge nur dann die Klagenabtretung erreichen konnte, als die Klagenzession durch eine *utilis actio* verwirklicht wurde (also nach Antoninus Pius). Da es aber laut der Terminologie der einschlägigen Stellen hinsichtlich der Abtretung (*actionem mandare*, *actionem cedere*, *actionem praestare*) nicht auszuschließen ist, dass in Zu-



sammenhang mit der *beneficium cedendarum actionum* auch das *mandatum agendi* angewendet wurde, wo der Bürge als *procurator/cognitor in rem suam* die Klagen des Gläubigers betätigen konnte, war nicht unbedingt die Gewährung der *utilis actio* als Ergebnis der Zession die Lösung des Klagenkonsumptionsproblems.

Es ist gut vorstellbar, dass der Bürge mit der Hilfe einer *in integrum restitutio* (*restitutio litis*) die Wiederherstellung der durch der *litis contestatio* konsumierten Klage (gegenüber dem Hauptschuldner) erreichen konnte. Die *restitutio litis* bedeutete in diesem Fall wahrscheinlich, dass der Prätor, der den Gläubiger im Prozess gegenüber dem Bürgen zur Klagenabtretung gezwungen hatte, für den Bürgen – als er nachher mit der abgetretenen Klage dem Hauptschuldner Regress nehmen wollte – in Form einer *utilis actio* oder eventuell einer *in factum actio* die konsumierte Klage gegenüber dem Hauptschuldner „wiederherstellte.“ Die klagenkonsumierende Wirkung der *litis contestatio* bedeutete nämlich nichts anderes, dass der Prätor in einem späteren Prozess (in Rahmen eines *iudicium legitimum*) die Klage denegieren musste. Da aber die Abtretung der im Prozess gegenüber dem Bürgen konsumierten Klagen selbst der Prätor erzwang, hätte er es sicherlich nicht gemacht, wenn er nicht auch eine Möglichkeit gesehen hätte, später die im erwähnten Prozess konsumierten Klagen gegenüber dem Hauptschuldner dem Bürgen doch gewähren zu können. Und diese Möglichkeit war aller Wahrscheinlichkeit nach, die vorher erwähnte *in integrum restitutio* der Klage, die sich auf dem *imperium* des Prätors basierte.

