

ELTE Jogi Kari Tudomány 33.
Sorozatszerkesztő: VARGA ISTVÁN



Gábor Hamza

Ad geographiam historico-iuridicam ope iuris Romani colendam Studia in honorem Gábor Hamza

Szerkesztette:
Földi András – Sándor István – Siklósi Iván

Budapest, 2015



© Szerzők, 2015
© Szerkesztők, 2015

ISBN 978-963-312-240-2

ISSN 2060 9361

 E Ö T V Ö S
K I A D Ó www.eotvoskiado.hu

Felelős kiadó: Hunyady András, ügyvezető igazgató
Felelős szerkesztő: Pál Dániel Levente
Kiadói szerkesztő: Gaborják Ádám
Szakszerkesztők: Borsos-Szabó Ágnes és Bérci Ildikó
Nyomdai munkák: Multiszolg Bt.
Tördelés: ElektroPress Stúdió
Borítóterv: Csele Kmotrik Ildikó



Tartalom

Tartalom	5
Laudatio.....	9
Laudatio.....	15
Köszönetnyilvánítás / Acknowledgements.....	21
Hollandia és a római jog	23
<i>Hans Ankum</i>	
«General Clause» towards “gesta in fraudem creditorum” during the Economic Crisis of Late Republican Rome	37
<i>József Benke</i>	
Delegation und Assignation.....	51
<i>András Bessenyő</i>	
Quo vadis heredis substitutio? – Észrevételek az utóöröklés szabályaihoz Magyarország új Polgári Törvénykönyvében	77
<i>Boóc Ádám</i>	
Adalékok a magyar nemzetközi magánjog tudományának történetéhez: Helle Károly nemzetközi magánjogi munkássága.....	89
<i>Burián László</i>	
Governo delle società contemporanee e cultura del diritto.....	101
<i>Alessandro Corbino</i>	
Az időmúlás, különös tekintettel az elévülés egyes speciális szabályaira az új Polgári Törvénykönyvben.....	109
<i>Csehi Zoltán</i>	
Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und polnische Juristen im 20. Jahrhundert. Eine Inspirationsquelle für das Verständnis des Rechtspluralismus in der Debatte über das europäische Privatrecht	125
<i>Wojciech Dajczak</i>	
Saufeius, a jó menedzser.....	135
<i>Deli Gergely</i>	
Das „regimen morum“ zwischen Institution und Geschichte	149
<i>Nadja El Beheiri</i>	
The Original Meaning and Appearance of the Term “mulieris portio” in the Digest	161
<i>János Erdődy</i>	

Az új Polgári Törvénykönyv és a római jogi tradíció	175
<i>Földi András</i>	
A jogágak szerepe – a rendszerváltozás	189
<i>Harmathy Attila</i>	
Latin nyelvű adásvételi okiratok a Római Birodalomból.....	203
<i>Jakab Éva</i>	
Acquisition of Ownership in the Sales Contract Practice of Ancient Rome	221
<i>János Jusztinger</i>	
Einige Bemerkungen zum Bedeutungsgehalt und zur Auslegung der „annona militaris“	235
<i>Miklós Kelemen</i>	
A nemkívánatos habilitáció – Balogh Elemér magántanári képezésének ügye a debreceni jogi kar előtt (1916–1918)	249
<i>P. Szabó Béla</i>	
The Economic Analysis of Document TPSulp. 45	267
<i>Attila Pókecz Kovács</i>	
„Lege pignoris emere.” Egy interpretációkíséret a Paul. 6 resp. D. 20, 5, 10 fragmentumhoz.....	283
<i>Pozsonyi Norbert</i>	
Emotion and Morality: A Neuroscience Perspective	295
<i>András Sajó</i>	
Trust Regulations in Some Asian Countries	309
<i>István Sándor</i>	
Quelques questions de l'inexistence et l'invalidité des actes juridiques dans le droit romain.....	327
<i>Iván Siklósi</i>	
A Chevisance to Avoid the Statutes against Usury.....	337
<i>Philip Thomas</i>	
A többarcú <i>actio mandati</i> mint a kezes megtérítési igényének eszköze	349
<i>Újvári Emese</i>	
Neuere Entwicklungen im europäischen Verbrauchervertragsrecht	367
<i>Lajos Vékás</i>	
Römischrechtliche Notizen zur antiken Flößerei.....	381
<i>Andreas Wacke</i>	

Das erneuerte Interesse für die erkenntnistheoretischen Aspekte der aristotelischen Ethik in Deutschland und England im 19. und 20. Jahrhundert.....	405
<i>Laurens Winkel</i>	
A kötet szerzői / List of Contributors	409

A többarcú *actio mandati* mint a kezes megtérítési igényének eszköze

Újvári Emese*

Problémafelvetés

Az ókori Rómában, mint jól ismert, a kezesség igen gyakran alkalmazott hitelbiztosíték volt. Maga a kezességvállalás több formában is megvalósulhatott, így különösen egy *stipulatio* segítségével (*sponsio, fidepromissio, fideiussio*), vagy formátlan jogügylettel is (*mandatum qualificatum, constitutum debiti alieni*).¹ A kezességvállalás oka az esetek többségében a kezes és a főadós (vagy esetleg a főadós érdekében fellépő harmadik személy) közötti belső vagy háttérjogviszony volt, amely lehetett megbízás, vagy adott esetben megbízás nélküli ügyvitel is.

A kezes és a főadós közötti belső jogviszony az esetek többségében minden bizonnyal a megbízás lehetett. A *mandatum* ugyanis többnyire a rokonok vagy barátok közötti ügyviteli tevékenység jogi kereteit teremtette meg, vagyis általában bizalmi viszonyon alapult. Ugyanakkor a kezesség elvállalása is többnyire csak egy rokontól vagy baráttól volt elvárható, annak súlyos következményei miatt. Így a kezességvállalásra rendszerint egy megbízási szerződés² teljesítésének eredményeként került sor.³

* ÚJVÁRI EMESE PhD, tanársegéd, Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Jогtörténeti Tanszék.

¹ FÖLDI A. – HAMZA G.: *A római jog története és intéűciói*. Budapest, 2013¹⁸. 438–440; BENEDEK F. – PÓKECZ KOVÁCS A.: *Római magánjog*. Budapest–Pécs, 2013². 339sk.; MOLNÁR I. – JAKAB É.: *Római jog*. Szeged, 2008⁵. 366sk.; BESSENYŐ A.: *Római magánjog. A római magánjog az európai jogi gondolkodás történetében*. Budapest–Pécs, 2003³. 450sk.

² Fontos rámutatni arra, hogy ebben az esetben a megbízási szerződés fogalmát tágan értelmezték, akkor is feltételezték ugyanis a szerződéshez szükséges konszenzus fennállását, ha a főadós pusztán eltúrte a kezes kezességvállalását (lásd D. 17, 1, 6, 2; D. 17, 1, 18; D. 17, 1, 53; D. 50, 17, 60; vö. M. KASER – R. KNÜTEL: *Römisches Privatrecht*. München, 2014²⁰. 272).

³ T. GIMÉNEZ-CANDELA: „Mandatum“ und Bürgenregreß. In D. NÖRR – S. NISHIMURA (hrsg.): *„Mandatum“ und Verwandtes*. Berlin–Heidelberg, 1993. 169–177, 169; F. SCHULZ: *Prinzipien des römischen Rechts*. München–Leipzig, 1934. 158–161. Megállapítható, hogy a kezes és a főadós között rendszerint már az archaikus korban is szoros bizalmi viszony állt fent, amelynek eredményeképpen sor került a kezességvállalásra. Tehát a kezességvállalás ebben az időben is gyakran a főadós megbízásának eredménye volt, s a megbízás már jelentős társadalmi jelenség lehetett, de az ebből fakadó követelések (valószínűleg) a Kr. e. II. század második feléig (amikor a *mandatum* mint konszenzuális szerződés elismerésre

Ha a kezes azért vállalt kezességet, mert erre egy megbízás keretében megkérte őt a főadós, s a főadós helyett valamilyen oknál fogva a kezesnek kellett teljesíteni a hitelező felé, a kezes az említett, a közötté és a főadós között fennálló belső jogviszony, vagyis a megbízás alapján megtérítési igénnyel élhetett az őt a kezességvállalással megbízó főadóssal szemben. Ezen igényérvényesítés eszköze volt a kezes számára rendelkezésre álló *actio mandati (contraria)*.

Jelen tanulmány arra a kérdésre kíván választ találni, hogy a kezes számára rendelkezésre álló *actio mandati* egy egyszerű *contraria actio* volt-e, vagy pedig a praetori gyakorlat erre az esetre egy külön formulát dolgozott ki.

Régóta vitatott kérdés ugyanis a szakirodalomban, hogy a kezességvállalással megbízott személy a teljesítés után a hagyományos *actio mandati contrariával* érvényesíthette-e a megtérítési igényét, vagy erre a célra az *actio mandati*nak egy külön változata alakult ki.

Az uralkodó álláspont szerint a kezes megtérítési igényének érvényesítésére egy külön formulát (a gyakoribb feltételezések szerint az *actio mandati contraria* egy *in factum concepta* változatát) hoztak létre, amely az *Edictum perpetuum*ban ugyancsak a „*Mandati*” cím alatt szerepelt.⁴ Bár a források kifejezetten nem utalnak egy ilyen külön formula létezésére,⁵ azonban az elmélet képviselői úgy vélik, hogy néhány forrás közvetve mégis egy külön formula létrejöttét enged következtetni. Ennek szeretnék utána járni az alábbiakban.

I. A külön formula mellett szóló érvek összefoglaló áttekintése

A jobb áttekinthetőség érdekében az alábbiakban a szakirodalomban megtalálható, a külön formula létezése mellett általában felhozott érveket kívánom csokorba szedni, hogy átfogó képet kaphassunk arról, milyen rendszertani, formai és tartalmi sajátosságokra szoktak hivatkozni azok a szerzők, akik egy, a kezes számára rendelkezésre álló, az *actio mandati contraria* mintájára létrehozott *in factum actio*

került) még nem voltak a megbízási szerződésre hivatkozva peresíthetőek. Lehetséges, hogy – ahogy azt alább látni fogjuk – a praetor ezért a préklasszikus korban egy *in factum actio*t adott a kezesnek a főadóssal szemben megtérítési igényének érvényesítésére. (Vö. A. WATSON: *Contract of mandate in Roman law*. Oxford, 1961. 8sk., 11–16, illetve 84–86; GIMÉNEZ-CANDELA: i. m. 170, illetve 172; A. NEUMANN: *Der Bürgerregress im Rahmen des römischen Auftragsrechts. Studien zur „formula in factum concepta”*. Baden-Baden, 2011. 26.)

⁴ NEUMANN: i. m. 20; H. KRELLER: Zum „Judicium Mandati”. *Archiv für die civilistische Praxis* 133 (1931) [Beilageheft], 118–156; I. REICHARD: *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*. Köln–Weimar–Wien, 1993. 247.

⁵ GIMÉNEZ-CANDELA: i. m. 174.

mellett érvelnek. Az egyes szerzők ezen érvekhez való viszonyulása később kerül részletesebb bemutatásra.

A külön formula mellett általában az alábbi érveket szokták felhozni az irodalomban.

1. A RELEVÁNS ULPIANUSI SZÖVEGHELYEK EGYMÁSHOZ VALÓ VISZONYA

Otto Lenel úgy gondolta, hogy az *actio mandati contrariának* létezett egy *in factum concepta* formulája, amellyel a kezes a megtérítési igényét érvényesíthette. Ezen állítás mellett szóló érvként ő hozta fel először azt, hogy miután Ulpianus ediktum-kommentárjának 31. könyvében az *actio directa* tárgyalásával végzett, egy külön bekezdésben beszélt a *fideiussorok*, valamint – a *mandatum qualificatum* esetén – a megbízók megtérítési igényéről, s a számukra rendelkezésre álló *actio mandati*ról (D. 17, 1, 10, 11–13 és D. 17, 1, 12 pr. – D. 17, 1, 12, 6), ezután (D. 17, 1, 12, 7) úgy folytatta tovább, mintha addig még egyáltalán nem esett volna szó az *actio mandati contrariáról*, ami meglepő lenne abban az esetben, ha a kezes *actio mandati*ja is egy hagyományos *actio mandati contraria* lenne.⁶

2. A SZÖVEGHELYEK KÖZTI ELLENTMONDÁS AZ ACTIO MANDATI INFAMÁLÓ HATÁSA KAPCSÁN

Kaser az *actio mandati* infamáló hatásával kapcsolatosan veti fel a külön formula létének lehetőségét. A *Digesta* két vonatkozó szöveghelye ugyanis ellentmond egymásnak, ami miatt az *actio mandati contraria* infamáló hatása vitathatóvá válik:

„*Mandati condemnatus*”: *verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscipit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. Ut puta fideiussi pro te et solvi: mandati te si condemnvero, famosum facio.* (Ulp. 6 ed. D. 3, 2, 6, 5)

Ulpianus szerint az ediktum „*mandati condemnatus*” kifejezése alapján nem csupán az szenved el becsületcsökkenést, aki egy megbízást elvállalt, hanem az is, aki a szavát, amire a másik fél hagyatkozott, nem tartja. Pl., midőn valaki egy másik

⁶ O. LENEL: *Das „Edictum perpetuum”*. Leipzig, 1927. 296sk.; CH. EMUNDS: „*Solvendo quisque pro alio liberat eum.*” *Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*. Berlin, 2007. 110sk.; NEUMANN: i. m. 22. Mások azonban azzal érvelnek, hogy a D. 17, 1, 12, 7 alatt felvett textus interpolált, s vitatják egy *in factum concepta actio* létét. Lásd G. BESELER: *Miscellanea*. SZ, 45. (1925) 188–265, 256sk.; G. DONATUTI: *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano, II. La volontà del mandante*. In uó: *Studi di diritto romano, II*. Milano, 1976. 356sk.

személyért kezességet vállalt és fizetett, ha a másikkal szemben az *actio mandati* megindítja, és az utóbbit marasztalják, e marasztalás *infamiával* jár.

A szöveghely tehát arra az *actio mandati (contraria)*-ra utal, amellyel a *fideiussor* a teljesítés után a megtérítési igényét érvényre juttathatta a főadóssal szemben. Az ennek során történő marasztalás a szöveghely szerint közvetett *infamiát* eredményezett. A problémát az jelenti, hogy a következő, szintén Ulpianustól származó szöveghely viszont egyértelműen kimondja, hogy az *actiones contrariae* esetében a marasztalás nem infamál.⁷

Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi. (Ulp. 6 ed. D. 3, 2, 6, 7)

Ulpianus e helyütt azt írja, hogy egy *contrarium iudicium* alapján marasztalt személy nem válik infamissá, és ez így nem igazságtalan, mivel a *contraria actiók*kal nem becsületszegés miatt perelnek, hanem elszámolás céljából,⁸ amely általában az eljárás egyetlen tárgyát képezi.

A két szöveghely közötti ellentét feloldásának elvileg több lehetősége van. Egyes szerzők úgy vélik, hogy az *actio mandati contraria* infamáló hatása általánosan igaz, és a D. 3, 2, 6, 7 alatt felvett szöveg interpolált.⁹ Más szerzők¹⁰ szerint viszont a D. 3, 2, 6, 5 töredék interpolált, a benne megfogalmazott *infamia* pedig az *actio depensire* vagy annak hatására vezethető vissza.¹¹

⁷ M. KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit“ und Bürgenregreß. SZ 100 (1983), 80–135, különösen 128sk.

⁸ Vö. I. KRÖPPENBERG: „Amicitia“ und römisches Delegations- und Auftragsrecht. SZ 126 (2009), 285–304, különösen 302–304.

⁹ Vö. F. SCHULZ: Interpolationenkritische Studien. In *Festschrift E. Zitelmann*. München–Leipzig, 1913. 1–24, különösen 18–21; Vö. G. PROVERA: *Contributi alla teoria dei 'iudicia contraria'*. Torino, 1951. 68sk. Schneeberger is elismeri az *actio mandati contraria* infamáló hatását abban az esetben, ha a megbízó maga okoz rosszhiszeműen kárt a megbízottnak, vagy rosszhiszeműen megtagadja a megbízott kárának, illetve kiadásainak megtérítését (Th. SCHNEEBERGER: *Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten im Bereich der Verschuldenschaft, der Substitutenhaftung und der jederzeitigen Beendigung des Auftrages im schweizerischen Obligationenrecht verglichen mit dem römischen Recht und dem BGB*. Bern etc., 1992. 26sk.). Helyeslőleg: H.-D. SPENGLER, in: SZ 111 (1994), 610–615, különösen 612; PROVERA: i. m. 69. szerint a klasszikus korban mindkét fél infamissá válhatott, ha marasztalták a *mandatum*ból eredően, s ez csupán a posztklasszikus korban változott meg.

¹⁰ Eisele szerint az eredeti szöveg kizárólag az *actio depensiről* szólt, és azt helyettesítették a kompilátorok az *actio mandati contrariával* (F. EISELE: *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*. SZ 11 [1890], 1–30, különösen 14sk.). Albanese szintén interpolátnak tartja a szöveghelyet, és az *actio depensire* vonatkozó ulpianusi szöveghelyet véli az átalakítás alapjának. Ugyanakkor a D. 3, 2, 6, 7 és a D. 3, 2, 1 szöveghelyeket eredetinek tartja, és így a D. 3, 2, 1-ben szereplő „*non contraria iudicio*” megfogalmazást az *edictum*ból származónak tekinti (B. ALBANESE: 'iudicium contrarium' e 'ignominia' nel mandato. In uő: *Scritti giuridici*, I. Palermo, 1991. 921–971, különösen: 949–961).

¹¹ KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit“ (id.). 128sk.

Az ellentét feloldásának a legvalószínűbb és leglogikusabb módja azonban többek szerint annak a feltételezése, hogy a D. 3, 2, 6, 5 az *actio mandati contraria*-nak a kezes megtérítési igénye érvényesítésére szolgáló külön formulájára, a D. 3, 2, 6, 7 pedig az általános *actio mandati contraria*ra vonatkozik.¹²

Schwarz szerint az mindenképpen egyértelmű, hogy az *actio mandati contraria* általánosan nem infamálhatott. Tipikus eset volt ugyanis, hogy a megbízott egy *libertinus* volt, az pedig szinte elképzelhetetlen lett volna, hogy az ügy urát a *libertinus*ának az *actio contraria*ja infamálja. Ráadásul a megbízott általában csak azért indított keresetet, mert a megbízó vagy a kiadások szükségességét, vagy pedig a megbízottnál maradt előnyök mértékét vitatta. Ugyanakkor, ha a főadós, akinek a megbízása alapján a kezes elvállalta a kezességet, megtagadta a regresszt, akkor valóban fennáll a „*fides rupta*”, illetve a „*perfidia*” esete.¹³

Schwarz úgy véli, hogy ha igaz az a feltételezés, hogy a kezes megtérítési igényét szolgáló speciális *in factum actio* a megbízás nélküli kezességvállalás esetén volt megadva a megtérítési igény érvényesítésére, akkor ez nem esett a D. 3, 2, 6, 7 alá, mivel az nem volt *contrarium iudicium*. Ugyanakkor nehezen lehetne megmagyarázni, hogy miért van a megbízás nélküli kezességvállalásnál a kezes javára történő marasztalásnak infamáló hatása, ha a megbízás alapján történőnél nincs; így Schwarz szerint Ulpianus a D. 3, 2, 6, 5-ben azért fejezte ki magát olyan általánosan, mert a kezességből származó valamennyi megtérítési esetet ennek a hatálya alá akart vonni.¹⁴

A szöveghelyek alapján mindenképpen valószínűnek tűnik az, hogy a *fideiussor* megtérítési igényének érvényesítésére szolgáló *actio mandati*nak infamáló hatása volt. Ezt a tényt az egyes szerzők más-más okokra vezetik vissza.

Kübler szerint az ok abban keresendő, hogy ez a kereset a *sponsor* számára az *actio depensi* mellett állt rendelkezésre, amely infamált. Így az igazságérzet megkövetelte, hogy ebből a szempontból az *actio mandati contraria*nak is azonos hatása legyen, mint az *actio depensinek*, akkor is, ha nem a *sponsor*, hanem a *fideiussor*

¹² KASER: uo. Kaser szerint az, hogy a *contraria actiók*, így az általános *actio mandati contraria* kivételt képeztek az *infamia* alól, nem állt az *edictum*ban (szerinte ugyanis a D. 3, 2, 1 vonatkozó része interpolált), de egy általánosan elismert jogtudósi interpretáción alapult. Azonban a regresszkereset esetében alkalmazott kivétel érthető, ha feltételezzük, hogy az kezdetben nem állt kapcsolatban a *mandatum*ról szóló *edictum*mal (vö. KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit“ [id.], 129). Lásd még K. A. D. UNTERHOLZNER: *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung*, II. Leipzig, 1840. 809; B. KÜBLER: *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*. SZ 38 (1917), 73–113, különösen 84–87; EMUNDS: i. m. 112; KRELLER: *Zum „Iudicium Mandati“* (id.). 120–138; PROVERA: i. m. 69. Neumann azonban úgy véli, hogy a kereset nem pusztán a kezes megtérítési igénye esetén infamált (D. 3, 2, 6, 5), hanem valamennyi *actio mandati contraria* *in ius concepta* esetében megvalósult az infamáló hatás. Továbbá lehetségesnek tartja, hogy a D. 3, 2, 6, 7 alatt felvett szövegben Ulpianus csupán az eredetileg *in factum* koncipiált *contraria actiókról* beszélt, amelyek még nem tartalmaztak *bona fides*-klauzulát (vö. NEUMANN: i. m. 117–121).

¹³ F. SCHWARZ: *Die Konträrklagen*. SZ 71 (1954), 111–220, különösen 211sk.

¹⁴ SCHWARZ: i. m. 211sk.

akarja a megtérítési igényét érvényesíteni.¹⁵ Geib és Nörr is az *actio mandati* nak az *actio depensi*hez való viszonyára vezeti vissza az előbbi kereset infamáló hatását.¹⁶

Kaser szerint azonban az *infamia* oka az adós „kiemelt jóhiszeműségi kötelezettsége”. Szerinte ugyanis a kezes nagy szolgálatot tett az adósnak azzal, hogy kezességet vállalt, és ezzel a biztosítékkal lehetővé tette számára, hogy kölcsönt kapjon a hitelezőtől, mindezzel jelentős kockázatot vállalva. A tisztesség ezek után azt követeli meg a főadóstól, hogy az mindent tegyen meg annak megakadályozására, hogy a hitelező a kezestől követelje a szolgáltatást. Amennyiben ennek a kötelezettségének nem tesz eleget, „fokozott hűségességét”¹⁷ követ el a kezessel szemben, ami alapot ad az *infamiára*.¹⁸

Sokolowski és Donatuti szerint is a bizalmi viszony megsértése indokolta a marasztalással járó súlyos következményeket.¹⁹

Álláspontom szerint a fentebb felsorolt okok valójában ugyanarra a közös nevezőre vezethetők vissza. Valószínű, hogy a *sponsor* számára rendelkezésre álló *actio depensi* jelentette a mintát a *fideiussor actio mandati*jának infamáló hatásához, de mivel minden bizonnyal az *actio depensi* esetében is szerepet játszott a becsületcsökkenésben az a tényező, hogy a főadós a kezességet elvállalni kész *sponsor* bizalmával visszaélt akkor, amikor nem maga fizette ki a tartozását, illetve azt a kezesnek később sem térítette meg, ugyanezen bizalmi viszony megsértése képezte az okát a *fideiussor* által indított kereset infamáló hatásának is.

3. A KERESET EGYÉB SAJÁTÓSÁGAI MINT A KÜLÖN FORMULA MELLETTI TOVÁBBI ÉRVEK

Az előzők mellett van néhány további olyan sajátossága is a *fideiussor* megtérítési igénye érvényesítésére szolgáló keresetnek, amelyek eltérnek a megbízás általános szabályaitól,²⁰ és egyes szerzők szerint egy *in factum actio* proponálása mellett szólnak.

a) Ilyen sajátosság, hogy a kereset megadásához elegendő volt, ha a főadós eltúrte a kezességet, nem kellett a kezest kifejezetten megkérnie a kezességvállalásra.²¹

Fő szabály szerint maga a főadós adott megbízást a kezességvállalásra, de az is előfordulhatott, hogy egy harmadik személy bizta meg a kezest a főadós érdekében. A kezesnek nemcsak akkor volt megtérítési igénye, ha az adós kifejezetten felkérte őt a kezességvállalására, hanem akkor is, ha az adós csupán elfogadta a kezességvállalást, vagy nem mondott neki ellent, vagyis egyszerűen eltúrte (*patis*) azt.²² Ebben az esetben ugyanis az adós hallgatása egyetértésnek számított, feltéve, hogy tudott a kezességvállalásról.²³ Minden esetben szükséges volt azonban az adós konszenzusa ahhoz, hogy egy megbízási szerződés létrejöttéről lehessen beszélni, ahogy ez a következő forrasszövegből is kiderül:

Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio. (Ulp. 31 ed. D. 17, 1, 6, 2)

A fragmentum²⁴ szerint, ha valaki hallgatólagosan beleegyezett abba, hogy egy másik személy kezességet vállaljon érte, vagy más módon lépjen fel az érdekében, akkor felel az *actio mandati* alapján, és amennyiben valaki nem a főadós akarata ellenére, vagy ajándékozási szándékkal, vagy pedig megbízás nélküli ügyvivőként lép fel, akkor megadják neki az *actio mandati*t. Ulpianus szerint tehát a kezes nem élhetett az *actio mandati* (*contraria*)-val, ha a főadós akarata ellenére (*pro invito*), ha ajándékozási szándékkal (*donandi animo*),²⁵ végül pedig, ha megbízás nélküli ügyvivőként (*negotium gerens*) vállalt kezességet.²⁶

Frage des Drittschadensersatzes. SZ 66 (1948), 45–90, 124; KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit” (id.). 131. Hasonlóan GIMÉNEZ-CANDELA: i. m. 171–175, WATSON: i. m. 62–64 és DONATUTI: *Contributi*. I. (id.). 3–37 is úgy véli, hogy abban az esetben, ha a főadós eltúrte a kezességvállalást, a jogtudomány vélelmezte a megbízás meglétét.

²² GIMÉNEZ-CANDELA: i. m. 177; O. BEHREND: Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts. SZ 88 (1971), 214–299, különösen 256; KASER-KNÜTEL: i. m. 272.

²³ KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit” (id.). 125sk.

²⁴ NEUMANN: i. m. 153 szerint a szöveg hely alapján biztos állíthatjuk, hogy a kezesség eltérése létrehozta a megbízási jogviszonyt (*mandati teneor*). Így szerinte a forrás nem a külön formulára vonatkozik. KRELLER: *Zum „Iudicium Mandati”* (id.). 122 ugyan meglehetősen merésznek tartja, hogy egy teljesen passzív magatartásban megbízást lássanak, de elismeri, hogy az interpolációval nem gyanúsított első mondat feltűnő biztonsággal jelenti ki, hogy az idegen kezességvállalás eltérése megalapozza a megbízás alapuló felelősséget.

²⁵ M. TALAMANCA: *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990. 576; RÉTHEY F.: *Kezességi alakok a római jogban: Sponsio, fidepromissio, fideiussio*. Kecskemét, 1909. 227; F. PRINGSHEIM: „Animus donandi”. SZ 42 (1921), 273–327, különösen 292; F. SCHULZ: *Nachklassische Quaestionen in den Iustinianischen Reformgesetzen des „Codex Justinianus”*. SZ 50 (1930), 212–248, különösen 242; J. L. WEIBEL: *Die Correobligationen im römischen Rechte*. Diss. Erlangen, 1873. 61.

²⁶ KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit” (id.). 125sk.; GIMÉNEZ-CANDELA: i. m. 173; R. SOHM: *Institutionen des römischen Rechts*. Leipzig, 1908³. 492; H. KRELLER: *Das Edikt „de negotiis gestis” in der klassischen Praxis*. SZ 59 (1939), 390–431, 423sk.; M. MARRONE: *Istituzioni di diritto romano*. Palermo, 2006³. 579.

¹⁵ KÜBLER: i. m. 84–87.

¹⁶ O. GEIB: *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*. Tübingen, 1894. 159; D. NÖRR: „Mandatum”, „fides”, „amicitia”. In NÖRR–NISHIMURA: i. m. 13–37, különösen 19. Lásd még M. KASER: „Infamia” und „ignominia” in den römischen Rechtsquellen. SZ 73 (1956), 220–278, különösen 238–241.

¹⁷ KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit” (id.). 129: „qualifizierter Treubruch”.

¹⁸ KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit” (id.). 129sk.

¹⁹ P. SOKOLOWSKI: *Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeltem Recht. Unter Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Halle, 1891. 93sk.; G. DONATUTI: *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano, I. L' 'actio mandati' dell' 'adpromissor'*. Perugia, 1927. 146–161.

²⁰ EMUND: i. m. 111.

²¹ D. 17, 1, 53; D. 50, 17, 60; C. 4, 35, 6; EMUND: i. m. 111; J. PARTSCH: *Griechisches Bürgschaftsrecht I. Das Recht des altgriechischen Gemeindestaats*. Leipzig–Berlin, 1909. 274; H. KRELLER: *Kritische Digestenexegese zur*

A főadással szembeni kereset feltételezi a „*solvere pro reo*”-t²⁷ (a főadósért/a főadós helyett történő teljesítést)²⁸ és azt, hogy a kezes részéről „*pecuniam abesse*”²⁹ (vagyoncsökkenés) következzen be, amint azt az alábbiakban látni fogjuk.

b) Másik sajátosságként jelentkezik tehát, hogy a kezes megtérítési igénye érvényesítésének – fő szabály szerint – fontos feltétele, hogy a teljesítése révén szabadítsa meg az adóst a kötelemből. Ez olvasható ki az alábbi szöveghelyből:

Si is, qui pro te hominem dare fideiussit, alienum hominem stipulatori dederit, nec ipse liberatur nec te liberat et ideo mandati actionem tecum non habet. sed si stipulator eum hominem usuceperit, dicendum esse Iulianus ait liberationem contingere: eo ergo casu mandati actio post usucapionem demum tecum erit. (Pomp. 3 ex Plaut. D. 17, 1, 47, 1)

Pomponius szerint, ha az, aki a főadós érdekében kezesként azt ígérte, hogy egy rabszolgát ruház át, egy idegen rabszolgát adott a hitelezőnek, akkor sem a kezes nem szabadul, sem pedig a főadóst nem szabadítja a kötelemből, és ezért nem lesz *actio mandati*ja a főadóssal szemben. Ha azonban a hitelező ezt a rabszolgát elbirtokolta, akkor Iulianus szerint feltételezni kell, hogy a *liberatio* megvalósul. Ebben az esetben tehát csupán az elbirtoklás bekövetkeztével adják meg a főadóssal szemben az *actio mandati*t.

A szöveghelyhez és az *actio mandati (contraria)*-hoz lásd SIKLÓSI I.: A fizető kezes visszakereseti jogának történetéhez a római jogban. *Jogtörténeti Szemle* 2012/2, 44–48; P. FREZZA: *Il garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I, Le garanzie personali.* Padova, 1962. 192.

²⁷ D. 17, 1, 10, 11; D. 17, 1, 12, 4; D. 17, 1, 14 pr.; D. 17, 1, 22 pr.; D. 17, 1, 29 pr.; D. 17, 1, 29, 1; D. 17, 1, 29, 2; D. 17, 1, 29, 3; D. 17, 1, 29, 6; D. 17, 1, 26, 5; D. 17, 1, 37; D. 17, 1, 47, 1; D. 17, 1, 48 pr.; C. 4, 35, 2; D. 34, 3, 11; D. 42, 5, 7; D. 15, 1, 9, 8; Gai. 3, 127. A kezesnek a D. 17, 1, 12, 1, a D. 17, 1, 12, 2, a D. 17, 1, 26, 3 és a D. 17, 1, 50 pr. tükrében akkor is megtérítési igénye keletkezik a főadóssal szemben, ha egy harmadik személy teljesít a kezes helyett. A kezes pusztá marasztalása csupán a kései klasszikus kortól keletkezett megtérítési igényt: C. 4, 35, 6; D. 46, 1, 45 (más esetekben csak akkor ismerték el ezt, ha a kezes a hitelező örökösévé vált, vö. D. 17, 1, 11). Egyéb tényállásokat csupán esetről esetre ismeretek el a tartozáselengedés témakörében, ha a hitelező a kezes tartozását elengedvén a kezesnek akart ajándékozni, élhetett a megtérítési igénytel (D. 17, 1, 10, 13), ha a főadós akart ajándékozni, akkor nem (D. 17, 1, 12 pr.), a *delegatio obligandi* esetkörében, ha a hitelező a kezes delegált adósát elfogadta, megkapta az *actio mandati*t a kezes (D. 17, 1, 26, 2), és a hitelező kiskorúsága miatti nyilvános letétbe helyezés esetén szintén járt neki a kereset (D. 46, 1, 64; D. 17, 1, 56, 1). Ezek elbírálása során az volt a döntő, hogy a tényállások egyenértékűnek bizonyulnak-e a *solutio*val, lásd D. 17, 1, 26, 3; D. 46, 1, 21, 5 (vö. erre vonatkozóan EMUNDS: i. m. 111sk.).

²⁸ KASER: „*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*” (id.). 125sk.; PARTSCH: *Griechisches Bürgschaftsrecht.* I (id.). 274sk.; KRELLER: *Kritische Digestenexegese* (id.). 63.

²⁹ D. 17, 1, 26, 2; D. 17, 1, 47 pr.; LENEL: i. m. 297; EMUNDS: i. m. 112; KRELLER: *Kritische Digestenexegese* (id.). 63; uó: *Zum „Iudicium Mandati”* (id.). 124; PARTSCH: *Griechisches Bürgschaftsrecht.* I (id.). 274sk.; uó: *Studien zur „Negotiorum Gestio”.* I. Heidelberg, 1913. 33.

Szintén kulcskérdésként jelenik meg a főadós *liberatio*ja az alábbi szöveghelyben:³⁰

Mandatu tuo fideiussi decem et procuratori creditoris solvi: si verus procurator fuit, statim mandati agam: quod si procurator non est, repetam ab eo. (Paul. 32 ed. D. 17, 1, 26, 5)

Paulus szerint, ha a kezes valakinek a megbízására kezességet vállalt 10 fizetésére és a hitelező *procurator*ának fizetett, akkor amennyiben a *procurator* jogszerűen képviselte a hitelezőt, a kezes azonnal perelhet a megbízás alapján. Ha azonban a harmadik személy nem volt ténylegesen *procurator*, akkor csupán tőle lehet visszakövetelni a kifizetett összeget.

Ennek az az oka, hogy ha a *procurator* jogszerűen képviselte a hitelezőt, akkor az ő kezéhez való teljesítéssel mind a kezes, mind pedig a főadós szabadult a kötelemből. Ha azonban a *procurator* nem volt felhatalmazva arra, hogy a hitelező képviselőjében fellépjen a kezessel szemben (*falsus procurator*), a neki való teljesítéssel nem szabadult sem a kezes, sem pedig a főadós, így a kezes sem élhet az utóbbival szemben megtérítési igénnyel.

c) Újabb sajátosságként szükséges volt továbbá a kereset érvényesíthetőségéhez az is, hogy a kezes vagyona a teljesítés következtében csökkenjen (*pecuniam abesse*), vagy esetleg annak növekedése maradjon el. A „*pecuniam abesse*” követelménye, s maga a kifejezés is, egyértelműen megjelenik az alábbi szöveghelyben.

Iulianus ait, si fideiussori uxor doti promiserit, quod ei ex causa fideiussoria debeat, nuptiis secutis confestim mandati adversus debitorem agere eum posse, quia intellegitur abesse ei pecunia eo, quod onera matrimonii sustineret.” (Pomp. 3 ex Plaut. D. 17, 1, 47 pr.)

A fragmentum szerint, ha a (leendő) feleség azt ígéri hozományként a kezesnek, amivel az a kezesség alapján neki tartozik, akkor utóbbi a házasságkötést követően perelheti az adóst a megbízás alapján, mivel feltételezendő, hogy ez a pénzüsszeg a vagyonából azért hiányzik, mert viseli a házasság terheit.

A forrásszövegben ismertetett tényállás lényege abban foglalható össze, hogy egy nő, mint hitelező, azt az aktívát ígérte hozományként a kezesnek, akihez hozzá akart menni, amivel a férfi neki a kezesség alapján tartozott. A házasságkötést követően a férfi követeli a főadóstól ezt az összeget az *actio mandati*val. A kérdés az, hogy jár-e neki ez a pénz? Pomponius szerint igen, mivel a kezes vagyona azért kevesebb, mert a házasság terheit viseli. Vagyis gyakorlatilag a leendő feleség

³⁰ Vö. PARTSCH: *Griechisches Bürgschaftsrecht.* I (id.). 275.

elengedte a kezes tartozását, ezzel önmagában nem csökkent volna a kezes vagyona, de azzal a ténnyel már igen, hogy ez a tartozáselengedés volt a hozomány maga. Amennyiben a kezes nem vállalt volna kezességet, egyéb módon kellett volna hozományt kapnia, tehát a vagyonnövekedés elmaradása mindenképpen megállapítható.

Neumann szerint itt a kezesnek csupán azért van regresszjoga a főadóssal szemben, mert a hitelezőnek nem pusztán az volt a szándéka, hogy elengedje a kezes tartozását, hanem az is, hogy a kezes ezen túl gazdagodjon is, mintha előbb behajtotta volna tőle a követelést, ami által a kezes a főadóssal szemben megszerezte volna a regresszjogot, majd ezt követően a hitelező (a leendő feleség) a korábban behajtott összeget visszaadta volna a kezesnek hozományként. Hogy a hitelező ara akarata valóban erre irányult, az azzal igazolható, hogy a kezessel házasságot kívánt kötni, s neki hozományt kívánt adni.³¹

Ez a megoldás dogmatikailag is jól alátámasztható, ugyanis nem jelenthet különbséget, hogy a kezes fizet-e a hitelezőnek, hogy aztán megszerezze a regresszjogot, majd az adóستól visszakapja a kifizetett összeget, vagy ez az út a *dotis promissio* révén lerövidítésre kerül-e. A kezes regresszjogot megalapozó fizetését ennek megfelelően ebben az esetben Neumann szerint a hozományadásra tekintettel fikcionálni lehet.³²

d) További sajátossága a kezes számára rendelkezésre álló *actio mandati (contraria)*-nak, hogy – eltérően a *mandatum*ra vonatkozó általános szabályoktól³³ – kizárt a kezes arra irányuló igénye, hogy a főadós még a teljesítését megelőzően mentesítse a kötelezettsége alól (legalábbis így volt ez a klasszikus korban).³⁴

³¹ NEUMANN: i. m. 94sk.

³² Uo. 95.

³³ D. 17, 1, 45 pr.; D. 17, 1, 45, 2; D. 17, 1, 45, 3; D. 17, 1, 45, 5. A kezes mentesítés iránti igényére először egy Diocletianustól származó rendelet szövegében található utalás: C. 4, 35, 10. Szintén posztklasszikus kori eredetű a D. 17, 1, 38, 1 alatt felvett szöveg (EMUNDS: i. m. 111).

³⁴ PARTSCH: *Griechisches Bürgschaftsrecht*. I. (id.). 274sk. A hagyományos megbízott esetében az *actio mandati contraria* már az után, hogy a megbízott csupán elvállalt a megbízás teljesítése során egy kötelezettséget, megindítható volt annak érdekében, hogy a megbízó mentesítse őt a kötelezettség alól, mivel tágabb értelemben véve egy kötelezettség elvállalása is megvalósította az *absentia pecuniae* tényállását. Az *adpromissor* azonban csupán a hitelező kielégítését követően indíthatta meg a főadóssal szemben az *actio mandati*t. Donatuti úgy véli, hogy ez a kezességvállalásra adott megbízás tárgyával magyarázható, ugyanis ebben az esetben a megbízás a kezességvállalásra és a kötelelem teljesítésére irányul, így az a kezes fizetéséig még nem teljesül. Vagyis, ha a kezes követelhetné, hogy a főadós a kötelezettség alól mentesítse őt, az szemben állna a kezesség céljával, s így a vállalt megbízással is (vö. DONATUTI: *Contributi*, I. [id.]. 38–134).

II. A külön formula létevel kapcsolatos véleménykülönbségek a szakirodalomban

A kezes regresszjogának érvényesítését szolgáló *in factum actio* szükségessége tekintetében a fenti támogató érvek ellenére is megoszlanak az álláspontok, melyek bemutatására az alábbiakban vállalkozom.

1. A KÜLÖN FORMULA LÉTÉT VITATÓ VÉLEMÉNY

Egyesek tudósok szerint³⁵ eleve szükségtelen volt egy külön formula koncipiálása a kezes megtérítési igényének érvényesítésére, mert ezt a funkciót az *actio mandati contraria* minden további nélkül be tudta tölteni.

Giménez-Candela is ezt az álláspontot képviseli, amikor azt állítja, hogy a hagyományos *actio mandati contraria* szolgált a kezes regresszjogának érvényesítésére,³⁶ s úgy véli, hogy ez a kereset abban az esetben is a kezes rendelkezésére állt, ha a főadós csupán eltúrte a kezességvállalást. Ugyanis Giménez-Candela szerint a jogtudomány vélelmezte egy megbízás fennállását, ha a kezes a főadós helyett fizetett.³⁷

Giménez-Candela arra is felhívja a figyelmet, hogy a forrásokban nincs nyoma egy sajátos *in factum actio*nak. Nem zárja ki, hogy ez annak a következménye, miszerint a legtöbb forrás a (kései) klasszikus kori jogtudomány időszakából származik, amikor az említett kereset már (egy-egy álláspontok szerint) eltűnt, de

³⁵ BESELER: i. m. 256sk.; DONATUTI: *Contributi*, I. (id.). 1–161; uő: *Contributi*, II. (id.). 356sk.; M. SAN NICOLÒ, In SZ 49 (1929), 525–527. Úgy tűnik, hogy ezt a nézetet képviseli F. v. BOSSOWSKI: *Die Abgrenzung des „mandatum“ und der „negotiorum gestio“ im klassischen und justinianischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen*. Lvov, 1937. 12sk.; R. FEENSTRA: *Die Bürgschaft im römischen Recht und ihr Einfluss auf die mittelalterliche und spätere Rechtslehre*. In *Les sûretés personnelles, I. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions XXVIII*. Bruxelles, 1974. 318; TALAMANCA: i. m. 576; MARRONE: i. m. 579; BESSENYŐ: i. m. 453; SIKLÓSI: i. m. 44–48.

³⁶ Elméletének egyik igazolásaként hozza fel a következő szöveghelyet: Ulp. 31 ed. D. 17, 1, 10, 11: „Fideiussores et mandatores et sine iudicio solverit, habent actionem mandati.” Giménez-Candela szerint itt Ulpianus egyértelműen kimondja, hogy a kezes és a megbízott egyaránt *actio mandati*val élhet. Azzal, hogy közösen említi a megbízottat és a kezeset a kereset vonatkozásában, egyértelművé teszi, hogy mindkettejük számára ugyanaz a keresettípus áll rendelkezésre, ez pedig nem más, mint az *actio mandati contraria*, amivel a megbízott általában élhetett (vö. GIMÉNEZ-CANDELA: i. m. 171sk.). Giménez-Candela azonban nem veszi észre, hogy Ulpianus nem megbízottról, hanem megbízóról beszél (*mandatores*), ami alatt minden bizonnyal a *mandatum qualificatum* kezesi pozícióban lévő megbízóját érti. Így ez a szöveghely nem annyira a kezes és a „hagyományos” megbízott között, hanem sokkal inkább a kétfajta „kezes” helyzete között von párhuzamot.

³⁷ GIMÉNEZ-CANDELA: i. m. 171–175.

Giménez-Candela úgy véli, hogy ha egy ilyen sajátos *in factum actio* létezett volna, annak mégis maradtak volna nyomai, mint más ilyen jellegű kereseteknek is.³⁸

Emunds ezzel szemben azt, hogy az *in factum acti*ót a források nem jelölik ilyen keresetként, részben a klasszikus kori jogtudósok nyelvhasználatával indokolja. A kereset ugyanis az ediktumban a „*Mandati*” cím alatt áll, és egyértelműen elhatárolható alkalmazási területe van, így a félreértés veszélye nélkül is jelölhető *actio mandatiként*, s ha nem a keresetformula sajátosságain van a hangsúly, az *in factum* járulék el is hagyható. A formuláris eljárás végével pedig ennek egyébként is teljesen megszűnt a jelentősége.³⁹

2. A KÜLÖN FORMULA LÉTE MELLETTI VÉLEMÉNYEK

Az *actio in factum* léte mellett állást foglaló régebbi szerzők közül érdemes megemlíteni Unterholzner és Lenel nézete mellett Geib álláspontját is, aki szerint a kezes számára létrehozott *actio mandati* egy speciális *in factum concepta actio* volt, amelyet általában a *mandatum*ból eredő sajátosságok jellemeztek, azonban mégis voltak sajátos jellegzetességei. Ilyen volt az infamáló hatás, a vagyonszökkenés mint feltétel, valamint az a tény, hogy ezt a keresetet nagyon könnyen megadták a kezesnek – szinte valamennyi alkalommal, amikor a kezességvállalás nem az adós akarata ellenére történt,⁴⁰ sőt még akkor is, ha a kezesnek az adós fizetséget ígért a kezességvállalásért.⁴¹

Geib lehetségesnek tartja, hogy a kezes megtérítési igényének érvényesítésére szolgáló kereset sajátosságai azzal magyarázhatók, hogy az korábban kialakult kereset volt, mint a hagyományos *actio mandati contraria*, mivel a *mandatum* mint kötelelem csak később vált peresíthetővé. Így ez a kereset részben a régi, infamáló hatású *actio depensi* jellegzetességeit vette át. Ezzel magyarázhatók tehát a regresszkereset eltérései a hagyományos *actio mandati contrariától*. A hasonlóságok pedig szerinte azzal indokolhatók, hogy a *mandatum* jellegzetességeit az adott regresszkeresetre is alkalmazni kellett, méghozzá azért, mert a kezességvállalás szempontjából alapvető jelentősége volt a megbízási jogviszonynak, amely már a kezes marasztalása vagy annak fizetése előtt is érvényesült.⁴²

Partsch,⁴³ Levy⁴⁴ és Kreller⁴⁵ is amellet foglalt állást, hogy a praetor kifejezetten a kezes regresszjogának érvényesítésére egy külön *in factum concepta* formulát hozott létre. Ennek feltételeit Kreller a következők szerint foglalja össze: a kereset megadásához szükséges a foadós legalább hallgatólagos beleegyezése a kezességvállalásba, másrészt a foadós szabadulása a kötelemből a kezes tevékenysége révén, végül pedig egy vagyoni ráfordítás, amely a kezes említett tevékenysége által eszközöltetik.⁴⁶

Ugyanakkor Kreller azon a véleményen van, hogy a külön formula mellett a megbízott kezesnek a *iudicium contrarium* is a rendelkezésére állt. Annak alkalmazása azonban szükségszerűen azt eredményezte, hogy a kezes lemondott az *in factum concepta* formulával járó valószínű bizonyítási könnyebbségekről, továbbá a *iudicium contrarium* nem fenyegette a foadóst *infamiával*, viszont a kezes nem pusztán a kiadásai, illetve költségei megtérítését követelhetette, hanem kártérítést is.⁴⁷

3. KÖZVETÍTŐ ÁLLÁSPONTOK

Az előzőekben ismertetett két felfogás között foglal helyet néhány egyedi álláspont is. Így Watson szerint elképzelhető, hogy felesleges lett volna egy külön formula, mert a megbízási szerződés *bonae fidei* formulája elegendő volt a kezes megtérítési igényének az érvényesítésére. Ő is említést tesz egy *in factum* formuláról, de szerinte ezt a formulát még akkor vezették be, amikor a kezesnek még nem volt más módja a megtérítési igénye érvényesítésére. A *mandatum* mint konszenzuális szerződés peresíthetővé válása ugyanis szerinte Kr. e. 140-re vagy Kr. e. 123-ra tehető. Az *actio in factum* pedig már ez idő előtt is létezett, akkor, amikor még nem volt kikristályosodott a megbízási szerződési jellege, bár maga a megbízási már jelentős társadalmi jelenség volt, amely tényről irodalmi források is említést tesznek.⁴⁸

³⁸ GIMÉNEZ-CANDELA: i. m. 174.

³⁹ EMUNDS: i. m. 112.

⁴⁰ D. 17, 1, 6, 2.

⁴¹ D. 17, 1, 6, 7; GEIB: i. m. 158sk.

⁴² GEIB: uo.

⁴³ PARTSCH: *Griechisches Bürgschaftsrecht*. I. (id.). 274; uó: *Studien*. I. (id.). 29, illetve 33.

⁴⁴ E. LEVY: „*Sponsio*”, „*fidepromissio*”, „*fideiussio*”. *Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*. Berlin, 1907. 207.

⁴⁵ Kreller a formulát a következőképpen rekonstruálja: „*Si quis passus est alium pro se intervenire, si quid pro eo solverit, eius recipiendi causa iudicium eo homine dabo.*” Szerinte ez a formula egy olyan összegű *condemnatio*t tartalmaz, amilyen pénzüsszeget a kezes „elvesztett” (abest), amennyiben a teljesítése (solvere) révén a foadóst megszabadította a kötelemtől. Feltéve, hogy az adós a kezes fellépését helyeselte, még akkor is, ha erre kifejezetten nem kérte fel (KRELLER: *Kritische Digestenexegese* [id.]. 63).

⁴⁶ KRELLER: *Zum „Iudicium Mandati”* (id.). 124. Frezza is az *in factum* formula mellett foglal állást (vö. FREZZA: i. m. 163. és passim).

⁴⁷ KRELLER: *Zum „Iudicium Mandati”* (id.). 138.

⁴⁸ WATSON: i. m. 8sk., 11–16, illetve 84–86; GIMÉNEZ-CANDELA: i. m. 170, valamint 172, NEUMANN: i. m. 26.

Kaser is egyfajta közvetítő álláspontot képvisel. Szerinte az *actio mandati (contraria)*-nak volt egy külön formulája a kezes megtérítési igényének érvényesítésére.⁴⁹ Úgy véli, hogy e kereset kialakulásának oka egyrészt az *actio depensi* utóhatásának köszönhető: ugyanis az *actio depensi* pusztán a kezes fizetésén és nem a kezességvállalásra adott megbízáson alapult. Ugyanakkor a *mandatum*ra vonatkozó *edictum* regresszkeresete azokat az eseteket is felöleli, amelyekben a kezességvállalást a főadós hallgatólagosan eltűrte (*intervenire pati*).⁵⁰ Másrészt pedig az is oka lehetett a kereset szükségességének, hogy a regresszkereset alkalmazását (az *actio depensivel* szemben) valamennyi *stipulatio*s kezesnek lehetővé kellett tenni.⁵¹

Kaser szerint azt, hogy a külön formula mikor keletkezett, illetve hogy az *edictum* pusztán utólag került-e a „*Mandati*” címszó alá, nem lehet eldönteni. Amikor azonban a jogtudósok a „*pati*”-t (hallgatólagos beleegyezést) – talán épp a kezes regresszjogának hatására – általánosan bevonták a „*mandare*” körébe, a külön formula feleslegessé vált, s az valószínűleg pusztán a hagyományokhoz való ragaszkodás miatt maradt benne az *edictum* szövegében. De az is lehet, hogy azért konzerválódott az *edictum* szövegében, hogy annak kiküszöbölése révén nehogy bizonytalanság jöjjön létre, vagy pedig azért, mert a hozzá tartozó kommentárokat továbbra is hasznosnak találták.⁵²

Hasonló véleményen van Nörr is, aki szerint kezdetben egy *in factum actio* állt a kezes rendelkezésére, majd ez a kereset folyamatosan átalakult egy *actio contrariá*vá, amely azonban továbbra is megőrizte az infamáló jellegét.⁵³

Wittmann szintén úgy véli, hogy a kezes megtérítési igényének érvényesítésére eleinte valószínűleg egy *in factum actio* szolgált, s az *actio mandati contrariá*t csak később alkalmazták e célra.⁵⁴ Ennek oka szerinte abban rejlik, miszerint egy adós azon kérését, hogy egy másik személy vállaljon érte kezességet, eredetileg egyáltalán nem tekintették *mandatum*nak. Ugyanis szerinte a potenciális kezes már erősebb fizetőképessége és hitelképessége miatt is társadalmilag az adós fölött állt, s egy *mandatum* kezdetben csak akkor jöhetett létre, ha a felek társadalmilag megközelítőleg egyenrangúak voltak, vagy a megbízott a megbízónál alacsonyabb rendű volt. Így szerinte eredetileg csak akkor keletkezett megbízás, ha a megbízó azzal bízta meg a kezest, hogy egy harmadik személyért, nem pedig magáért

a megbízóért vállaljon kezességet. Ellenkező esetben csupán az *in factum actio*t vehette igénybe a kezes a megbízóval szemben.⁵⁵

Wittmann szerint az *in factum concepta* formula keletkezésének másik oka abban állt, hogy a megbízó nem tudott volna saját magáért kezességet vállalni, ezért ha azzal bízta meg a kezest, hogy a megbízóért vállaljon kezességet, ebben az esetben a megbízó nem olyan ügylet ellátásával bízta meg a kezest, amelyet maga is el tudott volna látni, bár a megbízásnak szűkebb értelemben véve valószínűleg csak ilyen ügylet lehetett a tárgya. (Ha azonban azzal bízta meg, hogy másért vállaljon kezességet, akkor azt a megbízó maga is meg tudta volna tenni, így ebben az esetben már megvalósulhattak a szűkebb értelemben vett megbízás feltételei).⁵⁶

Nörr – Wittmannal szemben – úgy véli, hogy a *mandatum* alapját képező *amicitia* egyrészt bár valóban a szociális egyenlőségre utal, másrészt azonban a baráti kapcsolatok potenciálisan különböző társadalmi rétegek tagjait is összeköthetik nemcsak horizontálisan, hanem vertikálisan is.⁵⁷

Neumann (Watsonnal szemben) azt állítja, hogy a *mandatum* (s így az *actio mandati contraria*) körülbelül a *fidepromissio*val egy időben (a Kr. e. III. század közepe táján) keletkezhetett, így mind a *fidepromissio*nak, mind pedig a *fideius-sornak* rendelkezésére állhatott a megtérítési igénye érvényesítésére.⁵⁸ Wittmann elméletével szemben pedig azt hozza fel, hogy nem helytálló az az érvelés sem, mely szerint *amicitia* csupán az azonos rangú személyek között valósulhatott meg, s így egy magasabb társadalmi réteghez tartozó személynek nem lehetett megbízást adni. S különben sem feltétlenül igaz, hogy a kezes minden esetben fizetőképesebb, mint a főadós, illetve az sem egyértelmű, hogy valaki magasabb társadalmi osztályba tartozna pusztán azért, mert fizetőképessége nagyobb.⁵⁹

Neumann szerint a jogtudomány a sztoikus filozófia hatására kezdetben, a préklasszikus korban (P. Mucius Scaevola, M. Iunius Brutus és M. Manilius idejé-
től kezdve Quintus Mucius Scaevola idejéig) tágabban értelmezte a megbízás fogalmát (melynek alapja általában az *amicitia* és az *officium* volt), így az *actio mandati*

⁴⁹ WITTMANN: i. m. 42, 45. és 50.

⁵⁰ WITTMANN: i. m. 50. Hasonlóképpen érvel Behrens is, aki úgy véli, hogy a klasszikus korra jellemző gondolkodásmód olyan ügyletekre koncentráta a megbízást, amelyeket a megbízó alapvetően maga is elláthatott volna. Mivel a kezesség nem ilyen ügylet volt, az így keletkezett szabályozási hézag vonatkozásában szerinte bizonyos esetekben egy *in factum actio* megadása jelentette a megoldást (vö. O. BEHRENS: Die Arbeit im römischen Recht. Zur Frage ihrer rechtlichen Einordnung und moralischen Bewertung. In M. AVENARIUS – R. MEYER-PRITZL – C. MÖLLER [Hrsg.]: Institut und Prinzip. Göttingen, 2004. II. 723–770, különösen 736sk.; uő: Fremdbestimmte und eigenverantwortliche Arbeit. Die rechtstheoretischen und rechtsethischen Grundlagen des Auftrags im römischen Recht. In uo., 771–805, különösen 782; uő: Die „bona fides“ im „mandatum“. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertragsauftrags. In uo., 806–839, különösen 807).

⁵¹ NÖRR: i. m. 21.

⁵² NEUMANN: i. m. 124–135, különösen 197.

⁵³ Uo. 142–151.

⁴⁹ Kaser az alábbiak szerint tartja rekonstruálhatónak a kereset formulájának szövegét: „Si paret Nm. Nm. passum esse Am. Am. pro se fideiubere (fidepromittere, spondere), si quid As. As. pro eo solverit, quanta pecunia Ao. Ao. abest, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, s. n. p. a.” (lásd KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit“ [id.]. 124).

⁵⁰ KASER: „Unmittelbare Vollstreckbarkeit“ (id.). 81, valamint 124–126.

⁵¹ Uo. 131.

⁵² Uo. 81sk., valamint 126.

⁵³ NÖRR: i. m. 19.

⁵⁴ R. WITTMANN: Die Prozeßformeln der „actio mandati“. In NÖRR–NISHIMURA: i. m. 39–51, különösen 42, illetve 50.

contrariát a kezes akkor is megkaphatta, ha a főadós csak eltúrte a kezességvállalást, de arra kifejezetten nem adott megbízást. S a megbízásnak az sem képezte akadályát, hogy a főadós olyan ügy vitelére (kezességvállalás) adott megbízást, amelyet maga nem láthatott volna el a saját ügyében.⁶⁰

Később azonban – így Neumann – az ún. „új jogtudomány” képviselői (C. Aquilius Gallus és Servius Sulpicius Rufus) a szkeptikus akadémia hatására már jobban ragaszkodtak a pontos fogalmakhoz,⁶¹ s két lépcsőben is beszűkítették a *mandatum* alkalmazási körét. Egyrészt a *mandatum* létrejöttéhez kifejezett megbízásra volt szükség; az ügy vitelének pusztá eltérése nem volt elegendő ahhoz, hogy megbízásról lehessen beszélni. Másrészt a megbízást csak olyan esetekben lehetett alkalmazni, amely esetekben a megbízó elvileg maga is eljárhatott volna, csak valami miatt akadályozva volt, így a kezességvállalásnál magától értetődően nem. Ugyanakkor fennmaradt az igény a kezes regresszjogának biztosítására. Így, mivel az *actio depensit* csak a *sponsorok* vehették igénybe, a többi kezességi formánál szükség volt a keletkezett hiány pótlásaként egy új keresetre: egy *in factum actióként* létrehozott külön formulára.⁶²

Servius után viszont a (kései klasszikus kori) jogtudósok visszatértek a *mandatum* korábbi tágabb értelmezéséhez, s újra megbízásnak fogadták el a kezességvállalás pusztá eltérését is, valamint abban az esetben is lehetett megbízást adni, ha az ügyet annak jellege miatt maga a megbízó nem láthatta volna el. Így a kezesek újra igénybe vehették az *actio mandati contrariát* is.⁶³ Ekkortól a külön formula tehát gyakorlatilag feleslegessé vált. Azonban – Neumann szerint – Salvius Iulianus azt mégis fölvette az *Edictum perpetuumba* a „*Mandati*” cím alatt, így az egy *actio mandati (in factum concepta)*-vá vált. Ezt követően tehát a kezes választhatott: ha csak azt akarta visszakövetelni, amit a hitelezőnek kifizetett, akkor továbbra is élhetett a külön formulával. Egyébként pedig (ha a megbízásból származó valamennyi követelését érvényesíteni akarta) az *actio mandati in ius conceptával* kellett eljárnia. Ugyanis a külön formulával csak azt lehetett követelni, amit a kezes ténylegesen kifizetett a hitelezőnek (*pecunium abesse*).⁶⁴

Mivel a források többnyire csupán egy *actio mandati*ról vagy egy *iudicium mandati* megadásáról tesznek említést⁶⁵ a kezes részére, igen nehéz különbséget tenni a között, hogy mely esetben lehetett szó az *actio mandati (contraria) in factum concepta* változataról, s mely esetekben az *actio mandati contraria in ius concepta* változataról.

Véleményem szerint is alappal feltételezhető, hogy a kezes megtérítési igényének érvényesítésére egy *actio in factum (mandati contraria)* szolgált, amely lehetséges, hogy azért jött létre, mert a megbízás később vált peresíthetővé, mint a *fidepromissio*, illetve a *fideiussio*, s így részben az *actio depensi* mintájára támaszkodva (különösen az infamáló jelleg szempontjából) egy *in factum actiót* hoztak létre, hogy a fizető kezes a regresszjogát érvényesíthesse. Ugyanakkor az sem elképzelhetetlen, hogy – Neumann álláspontjának megfelelően – ez a kereset csupán a jogtudományban kialakuló megváltozott szemlélet hatására átmenetileg, mintegy hiánypótlás céljából jött létre.

Bármelyik ok is képezte azonban az *in factum concepta* formula kialakulásának valódi okát, számomra meggyőzőbbnek tűnik a kereset későbbi fejlődése tekintetében az az álláspont, hogy ezen sajátos *in factum concepta actio*-változat alkalmazási köre később beleolvadt az általános *actio mandati contrariáéba*, s a fizető kezes számára az *actio mandati contraria (is)* rendelkezésre állt, azzal, hogy ez a kereset annyiban mégis megőrizte azon korábbi sajátosságát, hogy a főadóst „fokozott hűségzegése miatt” továbbra is *infamiával* sújtotta.

⁶⁰ Uo. 151–175, illetve 194.

⁶¹ O. BEHREND: Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht. In AVENARIUS-MEYER-PRITZL-MÖLLER: i. m. I. 15–50., különösen 38–50.

⁶² NEUMANN: i. m. 175–188, 194sk., illetve 197–199. Neumann szerint az *in factum concepta actio* formulája a keletkezésétől az *Edictum perpetuumba* történő felvételéig a következőképpen nézhetett ki: „*Si paret Nm. Nm. passum esse Am. Am. pro se fideiubere (fidepromittere, spondere) (...) si quid As. As. pro eo re solverit, quanta pecunia Ao. Ao. abest, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, s. n. p. a.*” (NEUMANN: i. m. 200sk.).

⁶³ NEUMANN: i. m. 175–180, illetve 195.

⁶⁴ Neumann szerint a kereset formulájában nem is utaltak külön a *mandatumra*. Szerinte ugyanis erre nem volt szükség. Elegendő volt, hogy a kezes főadósért kezességet vállalt (NEUMANN: i. m. 195sk., illetve 200).

⁶⁵ A források összesen nyolc helyen említenek egy *actio mandati contrariát* vagy egy *iudicium mandati contrariát*: D. 17, 1, 54, 1; D. 17, 1, 12, 9; C. 4, 35, 4; C. 2, 18, 14; D. 3, 3, 46, 5; D. 6, 2, 14; D. 17, 1, 12, 7; D. 17, 1, 12, 8. (Vö. SCHWARZ: i. m. 186.)