

Versengő biztosítékok

Ugyanazon főkötelem záloggal és kezességgel történő biztosítása a római jogban

A római jogban gyakran előfordulhatott, hogy ugyanazon követelést a hitelező érdekében egyaránt biztosították kezességgel és záloggal is. Kérdés, hogy abban az esetben, ha a főkötelem személyi és dologi biztosítékkal egyaránt meg volt erősítve, volt-e valamilyen sorrend, amelyet a hitelezőnek a biztosítékok tekintetében figyelembe kellett vennie követelése érvényesítése során. Továbbá, ha nem volt ilyen sorrend, s a hitelező előbb a kezestől követelte a tartozás megfizetését, a kezes követelhetette-e a hitelezőtől a zálog(jog) átengedését (engedményezését) a teljesítés fejében. További kérdésként merül fel, hogy változtatott-e valamit a jogi helyzeten, ha a zálogtárgy utóbb jogosan egy harmadik személy birtokába került, vagy azt eredetileg is egy harmadik személy kötötte le a főadós érdekében?

I. AZ ENGEDMÉNYEZÉS KÉRDÉSE ABBAN AZ ESETBEN, HA A FŐKÖTELEM KEZESSÉGGEL ÉS ZÁLOGJOGGAL IS BIZTOSÍTVA VAN

A források tanúsága szerint a klasszikus korban nemcsak azt dönthette el szabadon a hitelező, hogy a főadóssal szemben, vagy a *fideiussorral* (kezessel) szemben lép-e fel először, hanem – ha a kötelem záloggal is biztosítva volt – az is szabad belátására volt bízva, hogy inkább a zálogból elégíti-e ki a követelését, vagy ennek megkísérlése nélkül rögtön a kezest perli be:^[1] „*Creditor pignus distrahere non cogitur, si fideiussorem simpliciter acceptum omisso pignore velit convenire.*” (Papin. D.46,1,51,3)

Papinianus szerint a hitelezőt nem kényszerítik arra, hogy a zálogot adja el, ha az egyszerűen elfogadott kezest^[2] – a zálogtárgy figyelmen kívül hagyásával – perelni akarja.

Ugyanezt mondja ki Gordianus császár alábbi *rescriptuma* is: „*Omissis quoque pignoribus fideiussorem a creditoribus utiliter*

[1] Vetter, 1898, 11.; Weiss, 1909, 45–46.; Dernburg, 1864, 367.

[2] A kifejezés minden bizonnyal arra utal, hogy abban az esetben döntheti el szabadon a hitelező, hogy a zálogtárgyból, vagy a kezestől kíván-e kielégítést nyerni, amennyiben nem *fideiussio indemnitas* volt a kezesség típusa.

conveniri, nisi in id quod ex his refici non potuerit acceptus sit, explorati iuris est.”(C.8,40(41),17)

A *rescriptum* szerint ismert jogelv az, hogy a hitelező a zálogot figyelmen kívül hagyva sikeresen perelheti a kezest, kivéve, ha utóbbi csak arra vállalt kezességet, amit a főadóstól nem lehet behajtani.^[3]

A hitelező ezen szabad választási joga a biztosítékok tekintetében azonban minden bizonnyal diszpozitív jellegű volt, s a felek külön megállapodással eltérhettek tőle. Vetter szerint például gyakran kötöttek olyan megállapodást, hogy a hitelezőnek először a zálogtárgyból kell megkísérelnie kielégíteni a követelését. Különösen a *fideiussio indemnitas* esetére volt ez jellemző.^[4]

Hasonlóképpen a zálogszerződésben is ki lehetett kötni – s erre valószínűleg gyakran sor is került –, hogy amint a főadós megfelelő kezest állít a kötelem biztosítékaként, a zálogtárgyon megszűnik a hitelező zálogjoga:^[5] „*Si convenerit, ut pro hypotheca fideiussor daretur, et datus sit, satisfactum videbitur, ut hypotheca liberetur. aliud est, si ius obligationis vendiderit creditor et pecuniam acceperit: tunc enim manent omnes obligationes integrae, quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine.*”(Marc. D.20,6,5,2)

Marcianus azt írja, hogy ha megállapodtak abban, hogy a jelzálog helyett kezest állítanak, és ténylegesen sor került a kezes állításra, akkor feltételezni kell, hogy a hitelező a biztosíték vonatkozásában kielégítést nyert, így a dolog mentesül a zálogjog alól. Másként van azonban, ha a hitelező a követelési jogát adja el, és azért pénzt kap. Mert ekkor valamennyi kötelem fennmarad, hiszen ebben az esetben a pénzt vételárként, nem pedig teljesítésként kapta.

Ellenkező megállapodás hiányában nem volt tehát sorrend felállítva a biztosítékok között a perlés vonatkozásában, azonban ha a hitelező a kezestől hajtotta be a tartozást, s nem a zálogtárgyból nyert kielégítést, akkor köteles volt a főkötelem biztosítékául rendelt zálogjogot a kezesre engedményezni^[6] („*ius pignorum in eum transferre*”), s ez a jog is a követelés „megvételén” (*redemptio nominis*) alapult.^[7] A források^[8] alapján ugyanis megállapítható, hogy a hitelező főadóssal szembeni kereseteinek a teljesítő kezesre történő engedményezésével^[9] párhuzamosan, sőt egyesek^[10] szerint azt megelőzően kialakult a zálog, ill. a zálogjog átruházásának lehetősége is.

Ha tehát a főkötelem biztosítékául a kezesi biztosíték mellett zálogot is rendeltek, a kezes – ha pert indítottak ellene – követelhetette a hitelezőtől, hogy a zálogot

[3] Weiss, 1909, 48–49.

[4] Vetter, 1898, 11.

[5] Weiss, 1909, 45–46. A zálogjog egyes kérdéseiről, szerződéses gyakorlatáról és részben a kezességhez való viszonyáról ld. bővebben: Pozsonyi, 2012.

[6] Földi – Hamza, 2014, 445.

[7] Briguglio, 1999, 326.; Weiss, 1909, 46.; C.8,40(41),2pr.

[8] D.20,5,2; D.46,1,57; D.17,1,59,1; C.8,40(41),2.

[9] Benedek – Pókecz Kovács, 2014, 340–341.

[10] Sokolowski, 1891, 117–118.

(zálogjogot) engedményezze rá, mintegy adja el neki. Ennek az engedményezésnek is, ahogyan a főadóssal szembeni keresetek engedményezésének is az ún. adásvételi fikció képezte az alapját, melynek értelmében a kezes, amikor a hitelezőnek fizetett, nem a saját kezesi tartozását fizette meg, hanem a hitelező kereseteiért fizetett vételárat.^[11]

Papinianus volt az első, akinél az adásvételi fikció megjelent a főkötelmet biztosító zálog kapcsán.^[12] Ő ugyanis elismerte, hogy a fizető *fideiussor*nak igénye van arra, hogy a hitelező a főkötelem biztosítékául szolgáló zálogot átengedje neki. Bár a klasszikus jog szerint a *fideiussor* teljesítése révén mindenféle maradvány nélkül megszűnt a főadós és a hitelező közötti kötelem, ennek következményeként pedig megszűnt a járulékos természetű zálogjog is, vagyis így kizárt lett annak az átruházása, ezt azonban Papinianus méltánytalannak találta, s ezért egy jogügyletben összekötötte a kezes teljesítését a hitelező *ius distrahendijével*. A hitelező ugyanis a főkövetelés esedékessé válását követően, amennyiben az adós nem teljesített, eladhatta a zálogtárgyat. Így jogilag nem volt akadály a kezes teljesítését ebből a szempontból a zálogtárgyért fizetett vételárnak tekintésük:^[13] „*Fideiussor conventus officio iudicis adsecutus est, ut emptiois 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: nam huiusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate iuris fieri solet.*” (Papin. D.20,5,2)

Papinianus arról ír, hogy egy perbe fogott *fideiussor* a *iudex* segítségével elérte, hogy a hitelezőnek elzálogosított telket adásvétel címén megszerezze. Ugyanakkor egy másik hitelezőnek, aki később ugyanazon dolog elzálogosításáért cserébe kölcsönt adott, joga van ahhoz, hogy a zálogtárgyért cserébe felkínálja a kezesnek a kifizetett pénzüsszeget az időközbeni kamatokkal együtt, mivel egy ilyen típusú adásvételt általában csupán azért kötnek meg, mert az a jog szerint szükséges a zálog átruházásához.

Ebben a jogesetben^[14] tehát, amikor a hitelező a kezeset perelte a tartozás kifizetése érdekében, a kezesnek lehetővé tették, hogy a főadós záloggal terhelt telkét átvegye. Ennek a zálogátruházásnak egy *titulus emptiois* jelentette a jogcímét.^[15]

[11] Ezen sajátos fikció elnevezésével és lényegével kapcsolatosan ld. Medicus, 1976, 391-406., 393.; Dieckmann, 2003, 49.; Levy, 1907, 189-191.; Levy, 1918, 223-224.; Girtanner, 1851, 536.; Schmoeckel - Rückert - Zimmermann, 2007, 2497.; Zimmermann, 1996, 135.; Hausmaninger - Selb, 1989, 360-361.; Reichard, 1993, 261-263.; Honsell - Mayer-Maly - Selb, 1987, 284.; Hawellek, 2010, 18.; Az adásvételi fikcióról és annak alkalmazásáról ld. részletesebben: Újvári, 2010, 113-131.; Újvári, 2011, 223-240.

[12] Müller, 1926, 30.

[13] Sokolowski, 1891, 117-118.

[14] Müller, 1926, 30. A jogeset elemzését ld. Briguglio, 1999, 278-280. és 327.

[15] Ebben az esetben a kezes teljesítése ellenére azért nem szűnik meg a hitelező zálogjoga a zálogtárgyon, és tudja azt a kezesre átruházni, mert a fikció értelmében a kezes vételárat fizet a zálogtárgyért, és nem a tartozást egyenlítette ki. (Vö. D.20,6,5,2 és Pellechi, 2008, 276-327., 285.)

A kezes szolgáltatása azonban egy önálló, a zálog megvételétől független kötelmi viszonyból ered, ezért a jogtudós a *titulus emptionis* csak „*necessitate iuris*” hozza fel, hogy lehetővé tegye a zálognak a *fideiussor*ra történő átruházását.^[16]

Itt tehát egy fikcióról van szó, s ez a speciális adásvétel – céljára tekintettel – kevesebb jogot biztosít a vevőnek, mint amennyi azt egy hagyományos adásvétel alapján megilletné: a kezes nem tekintendő a zálogtárgy valódi tulajdonosának, a cél csupán az, hogy a lehető legnagyobb mértékben biztosítsák számára kiadási megtérítését.^[17] Ha a kezes megszerezné a zálogtárgy tulajdonjogát, akkor fennállna a főadóssal szembeni gazdagodásának lehetősége. Így a kezesnek a főadóssal szemben csak retenciójoga van a zálogtárgyra, amíg az az általa kifizetett összeget meg nem téríti.^[18]

Utóbb említett jogtudósi vélemény szerint továbbá, ha a zálogtárgy egy másik (későbbi ranghelyen álló) hitelező követelésének biztosítékaként is le volt kötve, akkor a kezes köteles kiadni neki a zálogtárgyat, amennyiben a hátrább álló hitelező hajlandó megtéríteni a kezes számára az utóbbi által az első helyen álló hitelezőnek kifizetett összeget („vételárat”) annak kamataival együtt. Egy tényleges adásvétel esetében nem rendelkezne a második hitelező ilyen joggal a vevővel szemben, hanem pusztán az első helyen álló hitelezővel szemben élhetne a *ius offerendiv*. Bár – ahogy erre Sokolowski és Pellecchi^[19] rámutat – ebben a jogesetben a kezes még nem a zálogjogot szerzi meg, hanem pusztán a zálogtárgyat, pontosabban annak birtokát és a zálogtárgyra vonatkozó visszatartási jogot, úgy vélem, hogy a rangsorban később álló hitelezőnek a kezessel szemben érvényesíthető *ius offerendije* által már a zálogjog megszerzésének irányába mutat a fejlődés.^[20] (Erre utalnak a később ebben a témakörben elemzett források^[21] is.)

A kezes a zálogot a fenti az esetben tehát egy „adásvétel” keretében „*necessitate iuris*” kapta meg, de nem vált annak „teljes értékű tulajdonosává”.

Az adásvétel fikciójának pusztán a „jogi szükségszerűség”-ből történő alkalmazását jól ábrázolja a következő szöveghely is: „*Paulus respondit fideiussorem, in quem pignora a confideiussoribus data translata sunt, non emptoris loco*

[16] Sokolowski, 1891, 118. A „*necessitate iuris*” Briguglio szerint abból következik, hogy ahhoz, hogy a kereset és a zálog engedményezését megvalósítsák, adásvételnek kell történnie. S ez szerinte egy kényszerű *cessio*. Briguglio úgy véli továbbá, hogy a kezes a dologi biztosíték neki történő eladása révén megkapja a relatív zálogkeresetet is. (Vö. Briguglio, 1999, 278–279., 327.)

[17] Természetesen egy „hagyományos” adásvétel esetében sem volt biztos, hogy a vevő azonnal tulajdonossá vált, hiszen az eladónak csupán azt kellett biztosítania, hogy a vevő zavartalanul birtokolhassa a dolgot, s legalább elbirtoklás révén tulajdont szerezhessen felette, ugyanakkor ebben az esetben az adásvétel végső célja jellemzően mégis a vevő tulajdonszerzése volt az áru felett. (Vö. Földi – Hamza, 2014, 517.)

[18] Sokolowski, 1891, 118–119.

[19] Pellecchi, 2008, 300.

[20] Pellecchi szerint nem egységes a modern jogtudomány álláspontja a tekintetben, hogy a kezes ebben az esetben a zálogjogot vagy a zálogtárgyat „vette-e meg” a hitelezőtől. (Vö. Pellecchi, 2008, 279–280.)

[21] C.8,40(41),2pr.; C.8,40(41),2,1; C.8,41(41),11; C.8,40(41),14,1.

substitutum videri, sed eius qui pignora accepit, et ideo rationem fructuum et usurarum haberi oportere.” (Paul. D.46,1,59)

Ebben a forrásban Paulus azt a *responsumot* adja, hogy ha egy kezes megszerzi a kezestársak által nyújtott zálogot, akkor nem vevőként lép a hitelező helyére, vagyis nem úgy kell tekinteni, mintha megvette volna a hitelezőtől a zálogtárgyat, hanem inkább maga is záloghitelezőként jelenik meg, így tekintettel kell lennie a zálogtárgy gyümölcsseire, ill. a kamatokra is.

Paulus a következő szövegben is arról ír, hogy a teljesítő kezes nem tekinthető a zálogtárgy teljes jogú vevőjének: „*Paulus respondit fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.*” (Paul. D.17,1,59,1)

Paulus szerint a *fideiussor*, aki a zálogba adott dolgot a hitelezőtől megvette, köteles a dolgot a gyümölcsseivel együtt kiadni, ha az adós örökösei a megbízás alapján perlik, felajánlván, hogy az egész tartozást megtérítik, és nem kell őt egy idegen vevővel egyenlőnek tekinteni, mert neki a *bona fides*ért minden szerződésnél helyt kell állnia.

A szöveghely^[22] tényállása szerint a kezes, miután teljesített, megkapta – mintegy megvette – a hitelezőtől az adós által a hitelezőnek zálogba adott dolgot. Az adós időközben meghalt, de az örökösei készek megtéríteni a kezesnek a kifizetett teljes összeget, cserébe viszont *actio mandati*val követelik tőle a zálogtárgy gyümölcsökkel együtt történő kiadását. Paulus szerint a kezes köteles az örökösök követelésének a fenti feltételekkel eleget tenni, mivel nem lehet őt egy idegen vevővel azonos jogú vevőnek tekinteni, s a szerződésekből (minden bizonnyal főleg a kezesség háttérjogviszonyát jelentő *mandatumból*)^[23] eredő *bona fides* szabályai szerint kell eljárnia.

Az örökösök által megindított kereset pedig minden bizonnyal az örökhagyó rájuk átszálló *actio mandati directája* volt, amely a kezes – mint megbízott – és a főadós (örökhagyó) – mint megbízó – közötti, a kezesség elvállalására adott *mandatumból* ered, ezért található utalás a *bona fides*re is a jogesetben.^[24]

Tehát a *fideiussor* a fentiek értelmében csak a zálogtárgyat szerezhetette meg^[25] (bizonyos korlátozásokkal), a császári rendeletek azonban már a zálogjognak az átszállásáról beszélnek, amit a kezes a zálogrendelés alapját jelentő követelés engedményezésével együtt igényelhetett:^[26] „*Creditori, qui pro eodem debito*

[22] Müller, 1926, 30.

[23] A kifejezés „*omni contractu*” minden bizonnyal az „adásvételi szerződésre” is vonatkozik, ugyanis a fenti esetben a szerződés valós üzleti céljára tekintettel – amely a kezes regresszigényének biztosítása volt – sem tekinthette magát a *bona fides* alapján teljes értékű vevőnek a kezes.

[24] Pellecchi szerint az *actio mandati* egyfajta *actio pigneraticia in personam* má formálódik át a jogtudós alkalmazásában. (Pellecchi, 2008, 302.)

[25] Vö. Parenti, 2007, 241–279., 277–278.

[26] Sokolowski, 1891, 119.

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. Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.” (C.8,40(41),2pr.-1)

Severus és Antoninus császárok rendelete alapján, ha a hitelező követelését kezesség és zálogjog is biztosítja, a hitelező szabadon követelheti előbb a kezestől annak teljesítését, ha azonban erre sor kerül, a kezesre kell engedményeznie a zálogjogot.^[27]

Ha viszont ugyanazon zálogtárgy több követelés biztosítékául is le van kötve ugyanannak a hitelezőnek, akkor annak a zálogjogot csak azt követően kell a kezesre engedményeznie, ha valamennyi követelés teljesítésére sor került.^[28]

Amint látható, a császári rendelet ebben az esetben már a zálogjog engedményezéséről szól, nem pusztán a zálogtárgy birtokának megszerzését teszi lehetővé a fizető kezes számára.^[29]

A rendelet arra is rámutat, hogy a kezes nem követelhet a hitelezőtől többet, mint hogy az egy számára jelentéktelenné vált jogot ruházzon át rá. Ezért ha a zálogtárgy még értékkel bírt a hitelező számára, mert például egy másik követelés biztosítékául is szolgált, akkor nem lehetett az átengedését követelni, csak ha a kezes kész volt valamennyi követelést teljesíteni.^[30]

Az alábbi, Diocletianus császár idejéből származó rendelet is arról szól, hogy a hitelező köteles a perbe fogott kezesre engedményezni a követelés biztosítékaként szolgáló zálogjogot: „*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 argueri.*” (C.8,40(41),21)

A forrás megerősíti a „*libera electio*” elvét, vagyis a hitelező szabadon választhat, hogy a kezeset perli-e, vagy a zálogból kíván-e kielégítést nyerni. Kimondja, hogy a hitelező közvetlenül a kezes ellen fordulhat, de ugyanabban az időben a kezesre kell engedményeznie a meglévő dologi biztosítékokat. Ha meg akarja kapni a kezestől a fizetséget, a hitelező kénytelen a kereseteket engedményezni, a kezeset nem lehet a *cessio* előtti teljesítésre

[27] Briguglio, 1999, 326.; Frezza, 1962, 181.; Provera, 1983, 609-659., 622.; Weiss, 1909, 53.

[28] Weiss, 1909, 53.; Wesener, 1965, 341-361., 346-347.; Schanbacher, 1997, 233-271., 247-248.

[29] Hasonlóképpen a zálogjog fizető kezesre történő engedményezéséről szól a C.8,40(41),11, valamint a C.8,40(41),14,1 is: „*Pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione solutio celebrata est vobisque mandatae sunt actions.*” (C.8,40(41),14,1.) A szöveg hely értelmében, a zálog csak akkor száll át, ha a követelés érvényesítése után teljesítenek, s ekkor a kereseteket a fizető kezesre átruházzák. Tehát Gordianus császár *rescriptuma* szerint a „*redemptio nominis*” révén valósul meg a dologi biztosíték átruházása a hitelezőtől a fizető kezesre, mintegy a kezes teljesítésének „áraként.” (Vö. Briguglio, 1999, 292-293., 329.)

[30] Sokolowski, 1891, 120.

kényszeríteni.^[31] Briguglio szerint ez is azt igazolja, hogy az engedményezésnek a teljesítéssel egyidejűleg kellett megtörténnie, s erre szerinte az *exceptio dolival* lehetett kényszeríteni a hitelezőt.^[32]

Tasse úgy véli, hogy a szöveghely azt is igazolja, hogy a fizető kezes követelhetette a teljesítés időpontjában a hitelezőt megillető valamennyi kézizálog és a jelzálog engedményezését a hitelezőtől.^[33]

Hasonlóképpen benne foglaltatik a kezes zálogra vonatkozó engedményezési igénye az alábbi két szöveghelyben is, amelyek azonban nem csupán a kezest megillető derivatív regressz,^[34] vagyis a hitelező jogából származtatott regresszjog^[35] szempontjából bírnak jelentőséggel, hanem a kezes és a főadós közötti belső jogviszony is érintve van a két jogeset kapcsán: „*Fideiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit atque ita pecunias solvit, si mandati agat vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. Ceterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.*” (Papin. D.20,1,2)

A szöveghely értelmében, a *fideiussor*, aki miután a kézizálogot, vagy a jelzálogot átvette, s ennek fejében teljesített, ha a megbízásból eredően perel, vagy őt perlik, ugyanúgy culpáért felel, ahogy a záloghitelező is. Egyébként a keresettel, amelyet a zálogrendelés esetére helyeztek kilátásba, nem lehet őt perelni.^[36]

„*Fideiussor imperitia lapsus alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suae confusis praediis consuli posse. ob eas res iudicio mandati frustra convenietur et ipse debitorem frustra conveniet, negotiorum autem gestorum actio utriusque necessaria erit: in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum, quia praedo fideiussor non videtur. creditor ob id factum ad restituendum iudicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur ius suum vendidisse, non tenebitur.*” (Papin. D.3,5,31pr.)

A másik fragmentumban^[37] Papinianus azt írja, hogy a kezes a kézizálogot és jelzálogot tapasztalatlansága miatt egy másik adósságra vonatkozóan is átvette, amelyért nem vállalt kezességet, és mindkét tartozást kifizette a hitelezőnek, ami során feltételezte, hogy a megtérítési igényének érvényesítésére a nála lévő – zálogul lekötött – telkeket igénybe veheti. A *mandatumból* eredően sikertelenül fog perelni a kezes és őt is sikertelenül fogják perelni. Sokkal inkább mindkét

[31] „*Non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit argueri.*” (Vö. Briguglio, 1999, 329–330.)

[32] Uo.

[33] Tasse, 1931, 42.

[34] A kifejezéshez ld. bővebben: Dieckmann, 2003, 41–42.; Wacke, 2010, 19.; Újvári, 2014, 309–350., 309–310.

[35] Az ún. derivatív regressz esetén a fizető kezes a hitelezőt a főadóssal szemben megillető kereseteket engedményezteti magára, s azok segítségével tudja érvényesíteni a főadóssal szembeni megtérítési igényét. Ezért tekinthetjük ezt a hitelező jogából származtatott regresszjognak.

[36] Pellicchi, 2008, 304.

[37] A szöveghelyhez ld. Parenti, 2007, 274–277.

félnek az *actio negotiorum gestorum* áll a rendelkezésére. Ebben a jogvitában elég, ha a *culpáért felel, nem pedig a véletlenért, mivel a kezes nem tűnik „praedo”-nak* (rablónak/birtokháborítóknak). A záloghitelező ebben az esetben nem felel az alapján a kereset alapján, amelyet a zálogból eredően szoktak adni, mert úgy tekintik, mintha az őt megillető eladási joggal élt volna.

Az első szöveghelyben a kezes az általa biztosított tartozást fizette meg, a második szöveghelyben pedig emellett egy olyan tartozást is, amelyért nem vállalt kezességet.^[38]

A *responsumok*ban a kezes és a főadós közötti belső jogviszonyból származó igényekről van szó. Az első szöveghelyben ezeket az igényeket az *actio mandati directával* és *contrariával*, a második szöveghelyben pedig ezek mellett a keresetek mellett – azon követelés vonatkozásában, amelyet anélkül teljesített a kezes, hogy azért kezességet vállalt volna – az *actio negotiorum gestorum directával* és *contrariával* érvényesíthetik a felek. Papinianus azonban a „*iudicium quod de pignore dato proponitur/redditur*”-t, vagyis valószínűleg az *in personam actio pigneraticia* megadását mindkét esetben megtagadja. Kaser szerint a főadós (zálogadós) az első jogesetnél azért nem élhet ezzel a keresettel, mert nem a kezesnek, hanem a hitelezőnek kötötte le zálogul a zálogtárgyat. A második jogeset értelmében azonban a hitelező sem felel a főadósnak, mivel a (zálog) jogát a fizetés ellenében eladta a kezesnek. Ugyanis a hitelező, akinek a követelését kezességgel és zálogjoggal is biztosították, jogosult a főkövetelésen kívül a zálogot is engedményezni a fizető kezesre, azért hogy ő a főadóssal szembeni regresszjogát érvényesíthesse.^[39]

A jogtudós továbbá azt mondja, hogy a kezes a hitelezőtől átvett zálogtárgy vonatkozásában a vele szemben megindított *actio mandati directa*^[40] alapján ugyanúgy *culpáért fog felelni a főadós felé, mint ahogy a záloghitelező is felelni az actio pigneraticia* alapján. Ugyanez állapítható meg az *actio negotiorum gestorum directa* esetében is, ugyanis a kezes, aki a zálogot megszerezte a tartozás kifizetéséért, jóhiszemű volt, így nem esik azonos elbírálás alá egy *praedóval* (rosszhiszemű birtokossal), ezért csupán a gondatlanságért felel.^[41]

A kezesség és a zálog viszonylatában további kérdésként merül fel, hogy a kezest minden esetben megillette-e a zálogjog engedményezéséhez fűződő jog, és ha nem, akkor milyen feltételeket kellett teljesítenie az engedményezéshez.

Knorr véleménye szerint, ha a hitelező csak a kezesség elvállalását követően rendelt zálogot, a kezes nem követelhette a zálogjog engedményezését, a *cessio* joga csak abban az esetben illette meg a kezest, ha az a kezességet a már

[38] Kaser szerint ezt azért tette, mert tapasztalatlansága miatt nem volt vele tisztában, hogy a másik kötelezettségért való kezességvállalással nem bízták meg. (Vö. Kaser, 1979, 319–345., 341.)

[39] Uo. 340–342.

[40] Kaser *actio mandati contrariáról* és *actio negotiorum gestorum contrariáról* ír (Vö. Uo. 342.), viszont valószínűbbnek tűnik mindkét esetben a *directa actio* megadása, ha a főadós indít keresetet a kezessel szemben a köztük lévő belső jogviszonyból eredően.

[41] Uo.

korábban rendelt zálogra tekintettel vállalta el.^[42] Sokolowski is egyetért ezzel a véleménnyel.^[43]

Azt a magyarázatot adják erre a megoldásra, hogy a zálogszerződés eltérő megállapodás hiányában csak a hitelező és az adós közti jogviszonyra vonatkozik, így a szerződés a kezes vonatkozásában *res inter alios acta*, amelyből tehát a kezeset nem illethetik meg jogok, és nem terhelhetik kötelezettségek sem. Knorr szerint az erre vonatkozó *constitutiók*^[44] arra az esetre korlátozandók, ahol a kezes a már megkötött zálogszerződésre tekintettel vállalta el a kezességet.^[45] Knorr tehát gyakorlatilag egy szerződéses megegyezést vár el a hitelező és a kezes között a dologi biztosítékok vonatkozásában.^[46] Knorr szerint a vonatkozó rendeletek ugyanis csupán *rescriptumok*, amelyek egy adott esetre vonatkozóan hoznak meg egy döntést. Így ezeket a *rescriptumok*at megszorítóan kell értelmezni, mert kiterjesztő értelmezés esetén az adós a hitelező kerülne hátrányos helyzetbe. Bár csak ritkán fordul elő, hogy amennyiben a kötelelem biztosítékaként zálogot rendelnek, azt a kezes a kezesség elvállalásakor ne venné figyelembe, mégis előfordulhat, hogy a hitelező a kezesség elvállalását követően, abból a célból, hogy még erősebben legyen biztosítva, egy zálogot is követel a főadóstól. Továbbá az is lehetséges, hogy a hitelezőnek a főadóssal szemben más követelései is fennállnak, de ezek közül csak egy van zálogjoggal biztosítva. Általában a hitelezőnek lehetősége van arra, hogy a követelések behajtása során az adós teljes vagyonát, beleértve a zálogtárgyat is igénybe vegye. Ha azonban a kezesség elvállalását követően keletkezett zálogjogot a kezesre kellene engedményeznie, a zálogjog vonatkozásában a kezes elsőbbséget élvezne a hitelezővel szemben. A C.8,40(41),2 pedig csak arra az esetre tartalmaz egy ilyen értelmű kivételt,^[47] ha a hitelező többi követelésének biztosítására is lekötötték ugyanazt a zálogtárgyat.^[48]

Knorral szemben Hasenbalg azzal érvel, hogy Knorr nem konzekvens, amikor a főkötelelem esetében nem kíván meg semmilyen különleges „kapcsolatot” a kezes és az adós között, hanem pusztán méltányosságból lehetségesnek tartja az engedményezést, a zálogjog esetében azonban szükségesnek tart valamilyen kapcsolatot kettőjük között. Másrészt a hitelező és a főadós közötti, ill. a hitelező és a zálogot nyújtó harmadik személy közötti szerződés abban az esetben is *res inter alios acta* marad, ha a kezességet a zálogszerződés megkötését követően vállalták el. Pusztán abból a tényből, hogy a zálogjog már fennállt a kezesi szerződés megkötésének idején, ugyanis még nem lehet arra következtetni, hogy

[42] Knorr, 1846, 167-209., 170.; Dieckmann, 2003, 45.

[43] Sokolowski, 1891, 114-115.

[44] C.8,40(41),2; C.8,40(41),11; C.8,40(41),21.

[45] Knorr, 1846, 170.

[46] Dieckmann, 2003, 45.

[47] Weiss, 1909, 53.

[48] Knorr, 1846, 170-172.

egy hallgatóságos megállapodás jött létre a hitelező és a kezes között, miszerint a kezes csak akkor vállalja a kezességet, ha a hitelező hajlandó engedményezni a zálogjogot a teljesítése esetén.^[49]

A kezes engedményezéshez való joga – Hasenbalg szerint – sokkal inkább csupán a hitelező és a *fideiussor* közötti kapcsolaton alapul, s egyedül annak a ténynek van jelentősége, hogy a hitelezőt az engedményezés időpontjában az adott biztosíték megilleti-e. Az engedményezés lehetővé tételének ugyanis a legfontosabb alapja a méltányosság volt: úgy méltányos, hogy a hitelező a fizető kezesre engedményezze azt, ami a kezes számára megtérítési igénye szempontjából jelentőséggel bír. Ezen cél eléréséhez a járulékos jogviszony felhasználása csupán eszközként szolgál.^[50]

Hasenbalg szerint tehát az engedményezés valamennyi, a főkötelem biztosítékául rendelt akcesszórius követelésre kiterjedt,^[51] függetlenül attól, hogy a kezes ezekre való tekintettel vállalta-e el a kezességet, vagy sem, függetlenül azok keletkezésének idejétől és attól is, hogy tudott-e róluk a kezes, vagy sem.^[52] Ez szerinte az engedményezésre vonatkozó általános jogelv szerint történik így.^[53] Mühlenbruch szerint, ha valaki egy követelés *cessió*jára kötelezett, akkor azt teljes mértékben, vagyis minden ahhoz kapcsolódó joggal együtt kell engedményeznie.^[54] A fenti alapelvből tehát az következik, hogy a hitelezőnek abban az esetben kell a zálogjogot engedményeznie, ha az a kezes teljesítése idején fennállt. A zálogjog *cessió*jához való jogot a kezes a fizetése alapján szerzi meg, amelynek során mintegy megvásárolja a követelést annak minden járulékával együtt.^[55]

A fenti alapelv azonban nem alkalmazható minden megszorítás nélkül. Ha ugyanis egyértelműen azt állítanánk, hogy amennyiben a hitelező a főkötelem engedményezésére kötelezett, a mellékkötelemkből fakadó valamennyi követelést pusztán azok járulékos természete alapján engedményeznie kellene a hitelezőnek, ebből a következtetésből számára komoly nehézségek adódhatnának – mint alább látni fogjuk.^[56] A hitelező megtagadhatta a *cessió*t, ha bizonyítani tudta, hogy gazdasági érdekében állt, hogy az adott keresetet ne engedményezze a kezesre, mivel a kereset engedményezéséhez való jog azon a gondolaton alapult, hogy úgy igazságos, ha a hitelező csak azt ruházza át, ami számára már nem bír jelentőséggel, viszont a *fideiussor* számára előnyös lehet.^[57] A C.8,40(41),2 is világosan kimondja, hogy sem a főkötelemről, sem

[49] Hasenbalg, 1870, 447–449.

[50] Uo. 447–449. Dieckmann, 2003, 46. Tasse is úgy véli, hogy a kezességvállalást és a kölcsönnyújtást követően a hitelező birtokába került zálogot is engedményezni kell, mint a főkötelem akcesszióját. (Vö. Tasse, 1931, 42–43.)

[51] Kremer, 1902, 126–127.

[52] Dieckmann, 2003, 46.

[53] Hasenbalg, 1870, 443–445.

[54] Mühlenbruch, 1836, 418.

[55] Muermann, 1932, 24.

[56] Hasenbalg, 1870, 452.

[57] Dernburg, 1864, 367.

pedig a járulékos mellékkötelmekből származó keresetek engedményezéséből nem származhat kára a hitelezőnek.^[58]

A hitelezőt a következő esetekben érhetné hátrány az engedményezés következtében: a) Egyrészt akkor, ha a zálogjog a teljes követelés biztosítékául szolgált, míg a *fideiussor* csak a követelés egy részéért vállalt kezességet.^[59] A hitelező – mint láttuk – csupán abból a méltányossági megfontolásból köteles a kezesre engedményezni a kereseteit, hogy elősegítse a kezes megtérítési igényének érvényesítését, ha a keresetekre neki már nincs többé szüksége. Ez a méltányossági megfontolás egy részteljesítés esetében azonban nem érvényesül. Ugyanis amennyiben a hitelező engedményezi a kereseteit, elveszíti a főadóssal szembeni előnyös jogi helyzetét, ami csak abban az esetben nem jelent problémát, ha már teljes kielégítést nyert. Ebben az esetben ugyanis már nincs szüksége sem a főadóssal szembeni keresetére, sem a biztosítékokra. A követelés egy részének teljesítése esetében azonban továbbra is érdeke fűződik a követelés és a biztosítékok megtartásához.^[60]

b) A hitelezőnek szintén problémát jelenthet a zálogjog engedményezése, ha annak ellenére is érdekében áll a biztosíték további megtartása, hogy a kezes kielégítette a kezességgel is biztosított követelését. Így például, ha a zálogjog több követelést biztosít, és ezek közül csak egyre vállalt a *fideiussor* kezességet. Ebben az esetben érdekkonfliktus keletkezik a fizető kezes és a hitelező között a dologi biztosíték vonatkozásában. Mivel a római jog szabályai szerint a hitelező jogi helyzete nem rosszabbodhat a kereset, vagy a biztosítékok engedményezése révén, ezt az érdekkonfliktust a hitelező javára oldják fel.^[61] Ilyen esetekben a kezes csak akkor követelheti a zálogjog engedményezését, ha a teljes tartozást, illetőleg valamennyi tartozást megtéríti a hitelezőnek. Így abban az esetben is, ha a hitelezőnek két, ugyanazon adóssal szemben fennálló különböző követelése biztosítékául, ugyanazon a dolgon két különböző zálogjoga áll fent, és a kezes csak a követelések egyikéért vállalt kezességet, csak mindkét követelés kifizetését követően követelheti a zálogjog engedményezését.^[62]

c) Knorr szerint – harmadik lehetőségként – különösen az jelent problémát, ha a hitelezőnek a kezességgel biztosított követelés további biztosítékául egy zálogtárgyat is átadtak, és a hitelezőnek ugyanazzal az adóssal szemben van egy másik követelése is, amelyet sem kezességgel, sem pedig zálogjoggal nem biztosítottak, hiszen erre az esetre nem vonatkozik a C.8,40(41), 2 szabályozása.^[63] Gordianus császár *rescriptuma*^[64] szerint azonban a hitelező ebben a helyzetben is védelemben részesült. A hitelező ugyanis az ún. *pignus Gordianum* értelmében abban az

[58] Hasenbalg, 1870, 450.

[59] Uo. 454.

[60] Dieckmann, 2003, 48.

[61] Uo.

[62] C.8,40(41),2,1; Hasenbalg, 1870, 454–458.; Brockhues, 1896, 17–18.; Dieckmann, 2003, 48.; Girtanner, 1851, 534.

[63] Knorr, 1846, 170–172.

[64] C.8,26,1,2.

esetben is megtarthatta a zálogot, ha teljesítették a kezességgel és zálogjoggal is biztosított kötelemből származó követelését, a célból, hogy a másik tartozás megtérítését is biztosítsa a zálogtárgy.^[65] Így ebben az esetben is csak akkor követelhetette a kezes az engedményezést, ha az általa nem biztosított követelést is teljesítette.

A fentiekre tekintettel tehát az az alapelv állapítható meg, hogy a hitelező csak abban az esetben kötelezhető az engedményezésre, ha a főadóssal szemben fennálló másik követelés kifizetése révén mindenféle hátránnyal szemben biztosítva lesz.^[66]

Végül szintén nem kell engedményezni a zálogjogot a hitelezőnek, ha azon valamilyen speciális retenció jog illeti meg.^[67]

Ezen eseteken kívül viszont megállapítható, hogy a zálogtárgy lekötésének időpontja nem befolyásolja a kezes engedményezési igényét. Nem csak a kezességvállalás előtt, vagy azzal egyidejűleg alapított zálogjog illeti meg a fizető kezest, hanem az azt követően alapított is. Sőt egyesek szerint még a kezes általi teljesítést követően a hitelező birtokába kerülő zálogtárgyra is vonatkozik a *cessio*, mert azt a főkövetelés járulékaként át kell ruházni az engedményesre,^[68] így a kezesre is.

II. A FIZETŐ KEZES MEGTÉRÍTÉSI IGÉNYÉNEK ALAKULÁSA, HA A ZÁLOGTÁRGY EGY HARMADIK SZEMÉLY BIRTOKÁBAN VAN

További tisztázandó kérdés lehet, hogy mi a helyzet akkor, ha a követelés záloggal és kezességgel is biztosítva van, s a zálog utóbb a főadóstól eltérő más személyhez (jogos birtokoshoz) kerül, és a hitelező a kezestől követeli a teljesítést. Követelheti-e ebben az esetben is a fizető kezes a hitelezőtől – a főkötelelem engedményezése mellett – a zálogjog engedményezését is, vagy sem?

A források általánosan, (a zálogbirtokos, vagy zálogot lekött személyére tekintet nélkül) biztosítják a fizető kezesnek azt a jogot, hogy követelhesse a hitelezőtől a főkövetelés mellett a zálogjogok (legyen szó kézizálogról vagy jelzálogról) engedményezését is.^[69]

A következő *constitutio* a harmadik személy birtokában lévő zálog engedményezéséről rendelkezik a fizető kezes javára:^[70] „*Mandati actio personalis est. Quae si nomine fideiussoris vel adversus debitorem seu heredes eius competit, praeses provinciae quae deberi compererit reddi iubebit. Pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis*

[65] Weiss, 1909, 53–55.; Schanbacher, 1997, 247–248.

[66] Hasenbalg, 1870, 456–458.

[67] Brockhues, 1896, 19.

[68] D.18,4,6.

[69] C.8,40(41),2; C.8,40(41),11; C.8,40(41),21.

[70] Knorr, 1846, 170.

redemptione solutio celebrata est vobisque mandatae sunt actiones. Quod si factum est, ea quoque vobis persequentibus adversus possessores extraordinariam iurisdictionem idem vir clarissimus impertiet.” (C.8,40(41),14pr.-2)

Gordianus császár rendelete szerint az *actio mandati* egy *in personam actio*. Ha a *fideiussor*t követeléséből eredően megilleti az *actio mandati* a főadóssal, vagy annak örökösével szemben, akkor a provinciai előljáró megítéli mindazt, amivel szerinte tartoznak.

A zálogok, amelyek a *stipulatio* adósa által le vannak kötve, csak akkor szállnak át a *fideiussorra*, ha a követelés megváltása után teljesít, és a kereseteket átruházzák rá.^[71] Ha ez megtörtént, akkor a provinciai előljáró a zálog birtokosával szemben *iurisdictione extraordinaria* révén segíteni fog.

Mindebből arra lehet következtetni, hogy a klasszikus jogban a kezes mindenképpen követelhetette a hitelezőtől a zálogjogok engedményezését függetlenül attól, hogy kinél volt a zálogtárgy.^[72]

III. A ZÁLOGJOG ENGEDMÉNYEZÉSÉNEK KÉRDÉSE, HA A ZÁLOGTÁRGYAT EGY HARMADIK SZEMÉLY BOCSÁTOTTA RENDELKEZÉSRE

A kezes és a zálogot nyújtó harmadik személy megtérítési igényének vizsgálatát jelentősen megnehezíti az a tény, hogy a klasszikus kori források ugyan beszélnek a kezesség és a zálogjog viszonyáról, de arról már nem tesznek külön említést, hogy van-e eltérés ezen viszony vonatkozásában a tényállások között, attól függően, hogy a zálogot a főadós, vagy helyette egy harmadik személy nyújtotta-e.^[73] Ugyanakkor – ahogy azt korábban láthattuk – a klasszikus kori (és poszt-klasszikus kori) jogtudósi vélemények és császári rendeletek általánosan fogalmaznak, amikor a zálog és a kezes viszonyát vizsgálva arról írnak, hogy a fizető kezes követelheti a hitelezőtől a főkövetelés mellett a zálog engedményezését (adott esetben korábban a zálogtárgy „átruházását” is), amennyiben ez nem ellentétes a hitelező érdekeivel. Ebből az általános megfogalmazásból viszont arra lehet következtetni, hogy ez a jog minden esetben megilleti a kezest függetlenül attól, hogy a főadós, vagy egy harmadik személy kötötte-e le a zálogtárgyat, továbbá attól is, hogy a teljesítés, illetve az engedményezés időpontjában

[71] Provera szerint a kezes fizetésével egyidejűleg (*redemptio nominis* révén) szerzi meg a hitelező főadóssal szembeni keresetét és egyben a *ius pignorum*ot is. (Vö. Provera, 1983, 624–625.) Pellicchi is úgy véli, hogy a főadós elleni *in personam actio* mellett egy *vindicatio pignorum* is a kezes rendelkezésére áll a relatív birtokosokkal szemben. Emellett felhívja a figyelmet, hogy a *redemptio nominis* sémája csak ebben a szöveghelyben jelenik meg biztosan. (Vö. Pellicchi, 2008, 313–314.)

[72] Dernburg, 1864, 367.; Brockhues, 1896, 22.; Barkhausen, 1906, 30.

[73] Ez minden bizonnyal abból a tényből is ered, hogy viszonylag ritkán, kivételesen fordult csak elő, hogy egy harmadik személy dolgát kötötték le zálogként a főadós érdekében. (Vö. Liebs, 2003, 250.)

kinél található a zálogtárgy.^[74] Ennek egyedüli korlátját az képezte, hogy az engedményezés nem sérthette a hitelező érdekeit.^[75]

Megállapítható tehát, hogy a kezesség és a zálogjog vonatkozásában a klasszikus korban alapvetően a biztosítékok típusa határozta meg a megtérítési igények viszonyát, nem pedig a biztosítékok nyújtó személyek érdekeltisége magában a főkötelem-ben. (Mindegy, hogy a főadós nyújtotta-e a zálogot, vagy egy harmadik személy.)

A klasszikus jog szerint tehát a fizető kezes a hitelezőtől a harmadik személy által nyújtott zálogjog engedményezését is követelhetette.^[76] Így a klasszikus jogban a kezes a zálogot nyújtó harmadik személlyel szemben kedvezőbb helyzetben volt, a kezes ugyanis a legtöbb esetben követelhetette a hitelezőtől, hogy az engedményezze rá a főkövetelést annak minden járulékával, így a kézzizálogjoggal vagy jelzálogjoggal együtt.^[77] Abból indultak ki ugyanis, hogy a kezes éppen a már nyújtott zálogra tekintettel vállalta el a kezességet, de ettől függetlenül is úgy tűnt méltányosnak, ha magára engedményeztethette a zálogjogot is. Ebből azonban logikailag arra lehet következtetni, hogy fordított esetben a zálogadós nem követelhetette a kezessel szembeni követelések engedményezését.^[78]

IV. A IUSTINIANUSI SZABÁLYOZÁS A KEZESSÉG ÉS A ZÁLOGJOG TALÁLKOZÁSA VONATKOZÁSÁBAN

Ismert, hogy a klasszikus korban a hitelező szabadon eldönthette, hogy előbb a kezestől vagy a főadóstól próbálja-e meg behajtani a követelését, vagy esetleg a biztosítékként lekötött zálogtárgyból akar-e kielégítést nyerni. Ezt a szabad választási jogát azonban Iustinianus korlátozta.^[79]

Iustinianus a Nov.4,1-ben úgy rendelkezett, hogy a hitelezőnek előbb a főadóssal szemben kell fellépnie, és csak az előbbi eredménytelen perlése esetén indíthat pert a kezes ellen.^[80] (Feltéve, hogy a főadós elérhető, ill. hogy a kezes biztosítja a főadós megjelenését.) Abban az esetben, ha a főkötelem biztosítékául a főadós egy zálogot is rendelt, akkor előbb ennek értékesítése révén kell megpróbálnia a hitelezőnek kielégíteni a követelését, s csak ezt követően léphet fel a kezessel szemben. Kérdés azonban, hogy mi a helyzet abban az esetben, ha a főadós által lekötött zálogtárgy utóbb más személy birtokába került?^[81]

Iustinianus ezt az esetet a főadós személyétől eltérő zálogbirtokos javára

[74] Hasenbalg, 1870, 443.; Brockhues, 1896, 22.

[75] Dernburg, 1864, 367.; Barkhausen, 1906, 30.; C.8,40(41),2; C.8,40(41),11; C.8,40(41),21; D.20,5,2; Brockhues, 1896, 19-22.

[76] Dernburg, 1864, 367.; Barkhausen, 1906, 30.

[77] Muermann, 1932, 21-22.

[78] Dernburg, 1864, 367.; Barkhausen, 1906, 30.

[79] Hasenbalg, 1870, 525.

[80] Molnár - Jakab, 2008, 367.

[81] Hasenbalg, 1870, 526.

döntötte el. Ha a hitelező a főadós által zálogul lekötött, de egy harmadik személy birtokába került zálogból szeretné kielégíteni a követelését, ez utóbbi harmadik személy követelheti, hogy előbb próbálja meg a főadóstól, vagy a kezestől behajtani a követelését. Ugyan a Nov.4,2^[82] csak a kezest említi, de ezt összekapcsolva a Nov.4,1-gyel már egyértelmű, hogy a sorrend a következő: főadós, kezes, harmadik zálogbirtokos.^[83]

Iustinianus rendelkezése alapján tehát az idegen zálogbirtokossal szemben csak abban az esetben lehet fellépni, ha a hitelező a főadóst és a kezest eredménytelenül perelte. Ennek megfelelően az idegen zálogbirtokos *beneficium excussionis*sal követelheti, hogy a hitelező először a kezest perelje be.^[84]

A Novella rendelkezéseiből az is következik, hogy ha a *beneficium excussionis* ellenére a hitelező valamilyen oknál fogva mégis a kezestől követeli a tartozás megfizetését a főadós helyett, akkor a kezes követelheti a hitelezőtől, hogy az engedményezze rá a főadóssal szembeni kereseteit annak járulékos kereseteivel együtt (*beneficium cedendarum actionum*). Így a fizető kezes megszerzi az engedményezés révén a főkövetelést biztosító zálogköveteléseket is. Ha azonban a főadós által rendelt zálog utóbb egy harmadik személyhez került, akkor a Nov.4,2 alapján ebben az esetben az engedményezett zálogkövetelés nem lesz a kezes hasznára, ugyanis a harmadik zálogbirtokos egy *exceptio dolival* védekezhet, és arra hivatkozhat, hogy magával a hitelezővel szemben is élhetett volna az *exceptio ordinis*szel, és arra kényszeríthette volna, hogy előbb a kezestől próbálja meg behajtani a követelését, így ezt a hitelező nevében (és keresetével) perlő kezesnek is el kell fogadnia.^[85]

[82] „*Sed neque ad res debitorum quae ab aliis detinentur veniat prius, antequam transeat viam super personalibus et contra mandatores et fideiussores et sponsores: sicque ad res veniens principalis, sive ab alio teneantur, et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fideiussorum et mandatorum et sponsorum. Idem est dicere vel si quos habuerint omnes ipsi sibimet obligatos et qui hypothecariis actionibus teneri possint. Contra principales tamen et existentes apud eos res (sive personalibus sive hypothecariis mox sive ambabus uti voluerit) omnem ei damus licentiam, quae dudum a nobis dicta est, et viam et ordinem in aliis personis casibusque sancitam. Et non solum hoc in creditoribus dicimus, sed et si quis emerit aliquid ab aliquo, deinde acceperit eum quem vocant confirmatorem, et moveatur in aliquo venditionis conventio contra venditorem facta, non adversus confirmatorem mox emptor accedat, neque tenentem aliquid rerum venditoris, sed ad venditorem prius, et sic ad confirmatorem, et tertio loco contra detentatorem. Eadem etiam hic existente divisione super praesentibus et absentibus, quam dudum in fideiussoribus et mandatoribus et sponsoribus ac creditoribus (causa debitorum) sancivimus; similiter obtiente etiam in aliis contractibus, in quibus fideiussores aliqui aut mandatores aut sponsores accipiuntur, et in ipsis principalibus ex utroque et in heredibus eorum et successoribus. Antiqua siquidem lex haec valeat rursus et cum huiusmodi iustitia atque divisione nostrus subiectos foveat.”(Nov.4,2)*

[83] Hasenbalg, 1870, 526–527.

[84] Tasse, 1931, 42–43. Tasse szerint, ha az idegen zálogbirtokos mégis kielégítette a hitelezőt, akkor megillette a *beneficium cedendarum actionum*, amelynek segítségével nemcsak a főadóssal szemben érvényesíthette a megtérítési igényét, hanem a kezessel szemben is. (Vö. Tasse, 1931, 42–43.) Knorr szerint a *beneficium excussionis* csak abban az esetben illette meg az idegen zálogbirtokost, ha a kezességet azelőtt vállalták, mielőtt megszerezte volna a zálogtárgy birtokát, s ezt megelőzően nem engedte el a hitelező a kezes tartozását. (Vö. Knorr, 1846, 205.)

[85] Hasenbalg, 1870, 526–527.

Ha tehát a kezes fizetését követően a hitelező engedményezné is az idegen zálogadóssal szembeni *actio hypothecariát* a kezesre, az idegen zálogadós a kezessel szemben is élhetne ugyanazokkal a kifogásokkal, amelyek a hitelezővel szemben megilletik, így végül eredménytelen maradna vele szemben a per. Van olyan vélemény is, amely szerint, mivel az idegen zálogadós felelőssége szubszidiárius, a kezes teljesítésével közvetlenül szabadul a kötelemből.^[86]

Iustinianus - Hasenbalg szerint - valószínűleg azért részesítette előnyben a főadóstól eltérő zálogbirtokost, mert az semmilyen közvetlen kapcsolatban, vagyis semmilyen személyes kapcsolatban nem állt a főkötelelemmel, pusztán egy számára véletlen körülmény következtében került azzal kapcsolatba azáltal, hogy az általa birtokolt dolgot a főadós zálogul kötötte le.^[87]

Knorr viszont úgy véli, hogy nem kizárt, hogy Iustinianus az eredeti (tehát a főadóssal azonos) zálogadós helyzetét szerette volna megkönnyíteni a rendelet segítségével. Neki ugyanis főszabály szerint el lehetett idegeníteni a jelzálogot, s ezt könnyebben meg tudta valósítani, ha a zálogtárgy jövőbeli birtokosa védve volt annak a veszélyétől, hogy a főadóst és a kezeset megelőzően a zálogtárgy kiadására perelhessék.^[88]

Knorr szerint továbbá, mivel a rendelet a harmadik zálogbirtokost védte az által, hogy a hitelezőnek előbb a főadóst és a kezeset kellett perelnie, a hitelező nem engedhette el a kezes tartozását anélkül, hogy ne tartozott volna emiatt a zálogbirtokosnak felelősséggel, kivéve, ha a kezességvállalásra azt követően került sor, hogy a zálogtárgy a harmadik személyhez került.^[89]

Arra a kérdésre, hogy abban az esetben, ha a hitelező felad egy harmadik személy által rendelt zálogjogot, ezzel megsérti-e a kezessel szembeni, *beneficium ordinis*ből eredő kötelezettségét, Hasenbalg nemleges választ ad. Hiszen akkor sem terheli a hitelezőt semmilyen gondossági kötelezettség a kezessel szemben a zálogtárgy megtartása vonatkozásában, ha a főadós által lekötött zálogtárgy utóbb egy harmadik személy birtokába kerül. Így ez még kevésbé terheli abban az esetben, ha már eleve egy harmadik személy köti le a dolgot biztosítékul. Továbbá a Novellákban sehol sem található olyan rendelkezés, amely azt írná elő, hogy a hitelezőnek előbb a harmadik személy által rendelt zálogból kellene megpróbálnia kielégíteni a követelését, s csak ezt követően fordulhatna a kezes ellen.^[90]

Kaser szerint, ha a hitelező a zálogtárgy főadóstól eltérő birtokosa ellen indít keresetet, akkor egy kifogással azt lehet követelni a hitelezőtől, hogy előbb a

[86] Brockhues, 1896, 22–23.

[87] Hasenbalg, 1870, 526.

[88] Knorr, 1846, 199. Knorr valószínűleg arra gondolhatott, hogy a főadós így könnyebben el tudta adni a zálogtárgyat, s mivel a rendelet alapján kisebb volt a veszélye annak, hogy a rajta lévő teher miatt a zálogtárgyat a vevőtől elperelje a hitelező, a főadós magasabb vételárat alkudhatott ki érte, s így nagyobb lehetőség nyílt számára arra, hogy a befolyt vételárból a hitelezőt kielégítse.

[89] Knorr, 1846, 202.

[90] Hasenbalg, 1870, 576.

főadóstól, ill. a kezesektől próbálja meg behajtani a követelését. Ez az ún. „*beneficium excussionis personalis*.” Ha a zálog a kezesség biztosítékául lett lekötve, akkor a harmadik zálogbirtokosok nem csak azt követelhetik a hitelezőtől, hogy az előbb a kezestől próbálja meg behajtani a követelését, hanem azt is, hogy az előbb a főadóstól, illetőleg (a közvetlenül) a főkötelmet biztosító zálogból kísérelje meg kielégíteni követelését. Viszont ha más zálogjog is biztosítja a követelést, a hitelező már nem köteles hagyni, hogy arra utasítsák, hogy előbb ebből próbáljon meg kielégítést nyerni. Vagyis egy „*beneficium excussionis realis*” már nem létezett.^[91]

Dernburg és Barkhausen véleménye szerint a biztosítékot nyújtó személyek kötelezettségének sorrendjéből az következik, hogy a fizető kezes nem követelheti többé az idegen zálogadósnál lévő zálogtárgyon fennálló zálogjog engedményezését. Ugyanakkor az idegen zálogadós a megváltozott helyzet következtében (ha esetleg a hitelező anélkül nyert volna kielégítést a zálogtárgyból, hogy a kezest korábban perelte volna) követelhetette a hitelezőtől a kezessel szembeni követelése engedményezését.^[92]

A Nov.4,2 ugyan azt az esetet említi, amikor az eredetileg a főadós által lekötött zálogtárgy utóbb kerül valaki más tulajdonába, de ha a fizető kezes ebben az esetben nem élhet megtérítési igényrel az idegen zálogadóssal szemben, akkor Brockhues szerint feltételezhető, hogy még kevésbé léphet fel az eredetileg is harmadik személy által nyújtott zálogjog esetében a zálogadóssal szemben.^[93]

V. ÖSSZEZÉS

Az elemzett szöveghelyekből arra lehetett következtetni, hogy ha a főkötelem zálogjoggal is biztosítva volt, a hitelező szabadon dönthetett, hogy a kezestől követeli a tartozás teljesítését, vagy előbb a zálogból kívánt-e kielégítést nyerni, a klasszikus jogban tehát nem volt sortartási kedvezmény a kezes javára.

Ugyanakkor, ha a hitelező a kezest perelte, köteles volt a kezesre engedményezni (mintegy „eladni” neki) a főadóssal szembeni keresete mellett az őt megillető zálog(jog)ot is, ha annak megtartásához a hitelezőnek már nem fűződött érdeke (érdeke akkor állt volna fenn, ha például egy másik követelése biztosítékául is le volt kötve ugyanazon zálogtárgy). Azonban ezen engedményezés során a „*titulus emptiois*”-t csupán „*necessitate iuris*” hozták fel, hogy a zálog engedményezése lehetővé váljon, így a kezes nem vált a zálogtárgy „teljes értékű tulajdonosává”. Így ha a főadós, vagy annak örököse felkínálta számára

[91] Kaser, 1975, 321.

[92] Dernburg, 1864, 367.; Barkhausen, 1906, 30-31.; Brockhues, 1896, 23.

[93] Brockhues, 1896, 23.

- a zálogtárgy átadásáért cserébe - az általa kifizetett összeg megtérítését, köteles volt a zálogtárgyról lemondani.

Bár egyetlen forrás sem mondta ki külön, hogy ez a kötelezettség abban az esetben is fennállt, ha a zálogtárgyat egy harmadik személy nyújtotta, vagy az időközben egy harmadik személy birtokába került, a források általános megfogalmazásából mégis arra lehet következtetni, hogy a klasszikus korban a hitelezőnek ebben az esetben is a kezesre kellett engedményeznie a zálogot.

A biztosítékok egymáshoz való viszonyát azonban a Nov.4,2 alapvetően megváltoztatta, amikor előírta a hitelező sortartási kötelezettségét, amely szerint a hitelezőnek először a főadóstól kellett megkísérelnie a követelés behajtását, aztán a kezestől, s csak ezt követően léphetett fel a harmadik zálogbirtokosokkal szemben.

IRODALOM

- Barkhausen, Karl (1906): *Der gegenseitige Regress mehrerer Sicherheitssteller für dieselbe Forderung*, Diss., Borna-Leipzig, Buchdruckerei Norbert Noske.
- Benedek Ferenc - Pókecz Kovács Attila (2014²): *Római magánjog*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs.
- Briguglio, Filippo (1999): *Fideiussoribus succurri solet*. Giuffrè, Milano.
- Brockhues, Fritz (1896): *Rechte und Pflichten des zahlenden Bürgen bezüglich der vom Schuldner oder Dritten gestellten Pfänder. Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum*. Diss., Köln.
- Dernburg, Heinrich (1864): *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*. 2. Bd. Verlag von S. Hirzel, Leipzig.
- Dieckmann, Johann Andreas (2003): *Der Derivativreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner im englischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichend-historische Untersuchung*. Duncker und Humblot, Berlin.
- Földi András - Hamza Gábor (2014¹⁹): *A római jog története és intéstitúciói*. Nemzedékek Tudása Tankönyvkiadó, Budapest.
- Frezza, Paolo (1962): *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. Volume primo. Le garanzie personali*. CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova.
- Girtanner, Wilhelm (1851): *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte. Historisch-dogmatisch dargestellt, II. Dogmatische Abteilung*. Verlag von Carl Hochhausen, Jena.
- Hasenbalg, H. (1870): *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Eine civilistische Studie*. Verlagsbuchhandlung von Julius Buddens, Düsseldorf.
- Hausmaninger, Herbert - Selb, Walter (1989): *Römisches Privatrecht*. 5. Aufl. Böhlau Verlag, Wien-Köln.
- Hawellek, Jeronimo (2010): *Die persönliche Surrogation. Eine vergleichende Untersuchung von Rechtsübergängen zu Regresszwecken in Deutschland, Spanien und England*. Mohr Siebeck, Tübingen.
- Honsell, Heinrich - Mayer-Maly, Theo - Selb, Walter (19874): *Römisches Recht*. Springer Verlag, Berlin-Heidelberg.
- Kaser, Max (19752): *Das römische Privatrecht*. II. Bd. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.

- Kaser, Max (1979): *Studien zum römischen Pfandrecht II, Actio pignoratitia und actio fiduciae, (Zweiter Teil, §§ VII-VIII)*. Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis. 49. 319–345.
- Knorr (1846): *Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrechte*. AcP. 28. 167–209.
- Kremer, Heinrich (1902): *Die Mitbürgschaft. Mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld*. Karl J. Trübner, Strassburg.
- Levy, Ernst (1918): *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*. I. Bd. Verlag von Franz Vahlen, Berlin.
- Levy, Ernst (1907): *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*. Verlag von Franz Vahlen, Berlin.
- Liebs, Detlef (2003): *Carsten Zülch, Der liber singularis responsorum des Ulpianus Marcellus (= Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, NF 37)*. Duncker & Humblot, Berlin. 2001, 251 S. (rec.). SZ. 120. 243–262.
- Medicus, Dieter (1976): *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionregresses*. In: *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*. München. 391–406.
- Molnár Imre – Jakab Éva (20085): *Római jog*. Diligens, Szeged.
- Muermann, Erwin (1932): *Die Konkurrenz von Bürgschaft, Hypothek und Pfand*. Diss., Verlagsdruckerei Hans Plasnik, Großenhain i. Sa.
- Mühlenbruch, Christian Friedrich (18363): *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts*. Ernst Mauritius, Greifswald.
- Müller, Gustav C. (1926): *Der Kreditauftrag als mandatum qualificatum insbesondere nach römischem und schweizerischem Recht*. Druck der Haus A. Gutzwiller Aktiengesellschaft, Zürich.
- Parenti, Lucio (2007): *Sul pagamento del fideiussore «debitoris nomine»*. Index. 35. 241–279.
- Pellechi, Luigi (2008): *Trasferimento del pegno ai fideiussore e processo in Papiniano D. 20,5,2*. SZ. 125. 276–327.
- Pozsonyi Norbert (2012): *Zálogjog a szerződési okiratok tükrében. (Kauteláris praxis a preklasszikus és a klasszikus korszakban)*. PhD értekezés. Szeged.
- Provera, Giuseppe (1983): *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*. In: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo 4*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano. 609–659.
- Reichard, Ingo (1993): *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*. Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien.
- Schanbacher, Dietmar (1997): *Beobachtungen zum sog. 'pignus Gordianum'*. SZ. 114. 233–271.
- Schmoeckel, Mathias – Rückert, Joachim – Zimmermann, Reinhard (Hrsg.) (2007): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. (Band II: Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432, 2. Teilband §§ 305-432.) Mohr Siebeck, Tübingen.
- Sokolowski, Paul (1891): *Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht. Unter Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Max Niemeyer, Halle a S.
- Tasse, Heinz (1931): *Die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Sicherungsverpflichteten nach Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen*. Diss., Anhaltische Buchdruckerei Guttenberg Gustav Zichäus G.m.b.H, Dessau.
- Újvári Emese (2010): *A hitelező kereseteinek engedményezése a teljesítő fideiussorra*. Miskolci Jogi Szemle. V. évf. 1. sz. 113–131.
- Újvári Emese (2014): *Beneficium cedendarum actionum és litis contestatio*, In: P. Szabó Béla – Újvári Emese (szerk.): *Universitas „unius rei”, Tanulmányok a római jog és továbbélése köréből*. Debreceni Egyetem Marton Géza Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola, Debrecen. 309–350.

- Újvári Emese (2011): Engedményezés és kereset-felemésztődés több adós esetén. In: Jakab Éva (szerk.): *Római jog és a magánjog fejlődése Európában*, Tanulmányok Molnár Imre 75. születésnapjára. Szeged. 223–240.
- Vetter, Richard (1898): *Die Bürgschaft für eine Forderung, für welche dem Gläubiger vom Hauptschuldner die Bestellung einer Hypothek versprochen ist. Unter Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Diss., Druck von Julius Abel, Greifswald.
- Wacke, Jan Ulrich (2010): *Actiones suas praestare debet. Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen und dessen Eigentumserwerb - Römischesrechtliche Grundlagen des Zessionsregresses nach § 255 (1. Fall) BGB*. Schriften zur Rechtsgeschichte Heft 146. Duncker & Humblot, Berlin.
- Weiss, Egon (1909): *Pfandrechtliche Untersuchungen, 1. Abteilung, Beiträge zum römischen und hellenistischen Pfandrecht enthaltend*. Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar.
- Wesener, Gunter (1965): *Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht*. Labeo. 11. 341–361.
- Zimmermann, Reinhard (1996): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, Oxford.