

A



SORTARTÁS KIFOGÁSA

(BENEFICIUM EXCUSSIONIS SEU ORDINIS.)

IRTA

Dr. RÉTHEY FERENCZ

REF. JOGAKADÉMIAI TANÁR, KECSKEMÉT

*Különkegyomai a
"Grossherzog Erbk. Köz-
böl." 1*

KÜLÖNLÉNYOMAT

~~1956. 10. 31~~

26265/11

~~X~~

BUDAPEST

A NYUGAT NYOMDÁJA

1912

6572/11

SZEGEDI TUDOMÁNYEGYETEM	
Jog- és Közigazgatástudományi Kar Könyvtára	
Lelt. napló: <i>Ma</i>	Lsz.: <i>1136</i>
----- csoport: -----	----- szám. -----



A sortartás kifogása. (Beneficium excussionis seu ordinis.)

Irtá: *Dr. Réthey Ferencz*, ref. jogakadémiai tanár, Kecskemét.

A modern magánjogi rendszerekben ugyszólván kivétel nélkül elfogadott beneficium excussionis intézményének megismerésére kétségtelenül nagy jelentőségű tényező ezen intézmény eredetének kimutatása, s annak vizsgálata, hogy a legrégibb jogrendszerekben mennyiben találjuk applicálva a magyar magánjognak is sarkalatos tételét képező eme jogkedvezményt.

Nemkülönben nagy fontossággal bíró kérdés az összehasonlító jogtudomány szempontjából annak kimutatása, hogy az ezen kérdésre vonatkozó különböző törvényhozási intézkedések főbb elvi irányait illetőleg milyen homogenitást mutatnak.

Evégből vizsgálat tárgyává tesszük ezen intézmény főbb elveit a: görög, germán, római, magyar magán s osztrák jog, a porosz Landrecht, a szász polgári törvénykönyv, a német birodalmi polgári törvénykönyv, a code civil (code Napoleon), az olasz polgári törvénykönyv (codice civile) s a svájci kötelmi jogi törvény tételeit illetőleg.¹

¹ Használt rövidítések:

T. = a magyar általános polgári törvénykönyv tervezete.

I. = indokolás a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez.

F. = a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő Főelőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag.

I.

A görög jogban.¹

A Justinianus reformjában testet öltött bizanczi jogelvektől eltérően a görög jog² nem ismerte el kötelező jogtételként ama szabályt, melynél fogva a főadós a kezes előtt perlendő; vagyis más szavakkal, itt a római és a legtöbb modern magánjogban is elfogadott benef. excussionis seu ordinis intézménye ismeretes nem volt. Ezen állításnak igazsága beigazolást nyer egyrésztől azon körülmény szem előtt tartásával, miszerint e jogkedvezmény a kezesi felelősség subsidiarius voltának intézményszerű elismerésével áll szoros összefüggésben, másrésztől pedig annak kiemelésével, hogy a subsidiaritas principiuma a görög jogban teljes mértékben hiányzott.

A görög kezes ugyanis szavatos, tús volt, a ki nem mint accessorius adóstárs kötelezte magát a főadós mellett, hanem a főadósnek oly irányú magatartásáért állott jót, hogy ez mindent meg fog tenni, amit a teljesítés eredményes volta szempontjából meg kell tennie.

Bt. = a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének főkérdéseire vonatkozó bizottsági tárgyalások.

O. = osztrák általános polgári törvénykönyv.

P. L. R. = porosz Landrecht.

Sz. = szász polgári törvénykönyv.

N. = német birodalmi polgári törvénykönyv.

C. = code civil (code Napoleon).

Oi. = olasz polgári törvénykönyv (codice civile).

Sv. = svájci kötelmi jogi törvény.

¹ V. ö. Dr. I. Partsch: Griechisches Bürgschaftsrecht, I. 1909. 16. §. 179 és köv. l.; P. Koschaker e művet illető kritikája: Zeitschr. d. Sav. St. XXX. 414. és köv. l.

² V. ö. Partsch: i. m. 180. l.; különösebben a 11. jegyzetben felsorolt irodalmat.

A szavatolás fogalmából következett természetesen, hogy az ἐγγυητής teljesítési kötelezettsége a főadós teljesítésének elmaradásától függött. De viszont kiemelendő, hogy a függés egész más jellegű volt, mint az accessorius felelősség mellett kötelezett valódi kezességnél.

Ezen állítás igazolására vonatkozólag vizsgáljuk, hogy az ἐγγυητής mit ígért?

Az ő ígérete egyenesen arra ment, hogy a főadós teljesíteni fog.¹

Kötelezési formulájánál fogva az ἐγγυητής felelősségének feltétele tehát az adós részéről való οὐ ποιεῖν — nem teljesítés, vagyis a garantált eredmény kimaradása volt.

A dolog természetéből folyik ennél fogva az is, hogy mielőtt a kezes igénybe lett volna vehető, bizonyossággal ki kellett tűnnie a főadós teljesítésre irányuló köteleesség mulasztásának. Ennek bizonyítása a kezes ellen irányuló keresetnek tárgyi tényálladáki elemét képezte, s ezt a hitelezőnek mindig igazolnia is kellett.

A kezes beperesítése tekintetében ezen principiumokkal összhangban a görög jog megkövetelte az adós eredménytelen megintésének az igazolását éppen úgy, mint ez a germán és indiai jogban történt.²

Vizsont azonban a főadós megintésének egészen sajátos voltát emelhetjük ki a görög jogra vonatkozólag,³ amennyiben a megintés itt a kezes személyén át, illetve a kezessel szemben történt, s abban állott, hogy a hitelező felszólította a kezest, hasson oda, hogy az adós teljesítsen.

Az első intésre, amely ekként a kezesnek szólott, még nem kellett a kezesnek teljesítenie, hanem joga volt arra, hogy az adóst előállítsa és teljesítésre bírja, vagy esetleg az adós vagyonából a teljesítést ő saját maga foganatosítsa.

¹ V. ö. *Partsch*: i. m. 182. l.

² V. ö. *Partsch*: i. m. 184. l.

³ Hasonlóan *Partsch* szerint az indiai jogban is.

Azt azonban nem kívánhatta a kezes, miszerint a hitelező az adóssal közvetlen érintkezésébe lépjen, épp oly kevésbé, miszerint a hitelező az adóst perelje, vagy csak hogy meg is intse, neki egyenesen és közvetlenül a kezes volt felelős, még pedig primarius módon.

A megintés megtörténtének bizonyítása tanukkal történt, akik előtt a sikertelen megintésnek véghez kellett mennie. Ennek módozatára nézve legkézenfekvőbb azon feltevés, hogy azokat a hitelező azonnal magával vitte a bíróság elé, a végből, hogy ezek itt a történekről tanubizonytságot tegyenek. Ezek e szerint ünnepélyességi tanuk voltak, a kikre nézve áll a solemnitási személyekre vonatkozó általános elvi jelentőségű megjegyzése Farkasnak,¹ mely bár konkrét alakban csak a római jogra van vonatkoztatva, de amely valószínűleg minden kezdetleges jogrendszer ünnepélyességi tanuira talál, hogy: „nem egyszerű szemlélők, hanem *közreműködők* is; az ügyletben foglaltak nyilvánosságát és biztosítását erősítvén, esetleg persze mint közönseges értelemben vett bírósági tanuk is“.

Az eddig előadottak eredményeként jelentkezik, hogy a görög szavatos ἐγγυητής nem volt a mai fogalmaknak megfelelő accessorius adóstárs, s a főadóssal nem is kötelezte magát „idem“-re. Az ő obligációja egész más tartalommal birt, tulajdonképen jótállónak, garantiaszerződést vállalónak — a római jog nyelvén promissor indemnitatis-nak lehetne nevezni.

Ezen intézményről viszont már a tudomány mai állása mellett bizonyos, hogy nem tartozik a technikus értelemben vett kezesség fogalma alá.

A promissio indemnitatis lényege abban fekszik, hogy egy személy egy másiknak azon kár megtérítését igéri, mely őt egy károsító actus folytán éri.²

¹ A római jog történelme, I. 238. I. 4. j.

² V. ö. Cuq. Les institutions juridiques des Romains,² II. 548. I. 5. j.

A promissor indemnitas tehát kötelezettségével nem a főadós mellé, hanem annak helyébe lép, s a két obligatio: a promissor indemnitas és a főadósé nem is identikus tárgyú, a mi pedig a technikus értelemben vett kezességnél elengedhetlen fogalmi kritérium.

II.

A germán jogban.

E jogrendszerben épúgy mint a görög jogban is szavatosságról beszélhetünk. A kezes tulajdonképen tús, szavatos volt, a ki ellen a hitelező azonnal felléphetett, midőn a garantált eredmény, a főadós fizetése be nem állott.

A germánjogi kezes felelőssége is nem csak, hogy subsidiarius nem, hanem egyenesen primarius, elsődleges volt. Ő nevezetesen kizárólagos felelősséget vállalt az iránt, miszerint az adóst teljesítésre készíti. Felelőssége ennél fogva azonnal feltételeire volt állítva, mihelyt a főadós fizetési kötelezettsége esedékessé vált és nem teljesített.

A kezes állítással az adós a hitelezővel szemben minden felelősség alól teljesen megszabadult.¹ Felelősséggel a hitelezőnek most már a kezes tartozott oly irányban, hogy az adóstól kielégítés lesz szerezhető, akár ennek teljesítése útján, akár az adós elzálogosított dolgainak eladásával, vagy esetleg végső sorban az adós személyének átadásával.

Természetes azonban, hogy az adós felelőssége a kezessel szemben a kezes fizetése esetére egész különállóan meglévő s a közöttük fennforgó benső viszony szempontjából elbirálandó dolog.

¹ V. ö. Dr. R. Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 1902, 290. és köv. l.; Fr. von Schulte: Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte,⁹ 1892, 483. és köv. l.

A kezesi felelősség megítélése szempontjából jellegzetes a germán jog formalizmusa, a kezeség vállalást illetőleg. A kezes ugyanis magát személye szerint ígérte oda, még pedig akként, hogy ezen ígélet a főadós teljesítésének hiányában esetleg személyes szolgáshoz vezetett.

Különösen kiemelést érdemlő a középkori szász kezes kötelezési módja, aki hűségi fogadalmat tett, melynélfogva becsületét, szociális existenciáját, s annak jogi védelmét teszi kockára, ha az adós nem teljesítése esetére önként nem adja magát személye szerint a hitelező hatalmába.¹

Kiemelendő jelenség, hogy a hasonlóság daczára lényeges különbség van a két jogrendszer szavatosa között, a mi a germánjogi kezes kötelezettségének a főadóssággal való közéletti, — közvetlenebb vonatkozásában keresendő, mint azt legújabbban Partsch² igen találóan kiemeli.

A germánjogban a szavatós felelőssége mellett ugyanis a főadósság *mindig* kísérő jelenség, s egy főadós kötelezettség vállalása *mindig* előfordul.

Mint nevezett író kiemeli, a germán jogkönyvekben mindig van egy személy a kezes mellett, a ki a teljesítési kötelezettséget magára vállalja, habár esetleg ez a kötelezettség jogilag ki nem kényszeríthető is.³

Ezzel ellentétben a görög jogra nézve nem lehet azt állítani, hogy az ἑγγυος-nak egy főadós mellett kell állani, a kire a jogrendszer a teljesítési kötelezettséget, — habár csak ki nem kényszeríthető módon is, — reá róná, valamint hogy az ἑγγύη-nél, a felelősség mellett az adósság egy szükségszerű kísérő jelenség volna.

Kétségtelenül van ugyan számos eset, midőn a görög kezes felelőssége mellett a főadós teljesítési kötelezettsége,

¹ V. ö. Partsch: i. m. 33. l.; és Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht, I. 290. és köv. l. (idézve Partsch után).

² V. ö. i. m. 55. és köv. l.

³ Ezt nevezett író a római jogi dogma maradványának tekinti.

miként a germánjogban is előfordul, de tagadja nevezett író, hogy az az ἐγγύη fogalmával összefüggő fogalmi kellék volna.

Az ἐγγύη ugyanis nemcsak adósságért való felelősség, hanem általában bármely eredményért való szavatolás is. Előfordulhat az adósságért való jótállás is, mint ezen általános szavatossági szerződés egy konkrét esetre való alkalmazása; ekkor azután ugyanolyan alakot ölt a szavatolás itt is, mint a germánjogban, de ez, — mint láttuk — nem szükségszerű követelmény.

A végeredmény a mondottak elfogadása alapján a germánjogra nézve az volna, hogy bár itt a szavatós felelőssége a főadóssággal in abstracto szorosabb fogalmi összefüggésben állott, mindazonáltal még e jogrendszer is távol állott a kezesi felelősség terén úgy az accessorietas, mint a subsidiaritas principiumától, s így a benef. excussionis intézményi kifejlődésének nyomai még itt sem találhatók fel.

III.

A római jogban.

Egészen más volt a római jogi kezes helyzete.¹

Már a sponsor és fidepromissor felelősségére vonatkozólag kétségtelen, hogy az — ha korábban nem is — de a köztársasági korban már minden bizonytalansággal accessory volt, különbséget tévén a köztársasági kezesi törvények reus és sponsor (kezes) között.

A mint azután a kezes felelősségének accessorius jellege

¹ V. ö. Dr. Szentmiklósi Márton: A római jog institutioi,⁵ 262. és köv. 1; Dr. Vécsey Tamás: A római jog institutioi, 156. §.; P. Girard: Manuel élémentaire de droit romain,⁴ 756. és köv. 1.; Cuq. i. m. II. 543. és köv. 1. (Részletesebb ismertetés czéljából utalok a „Kezesi alakok a római jogban“ című dolgozatomra is. A teljesség és áttekinthetőség kedvéért elkerülhetetlennek látszik e helyen is egy rövid összefoglalás.)

a közforgalmi és jogi felfogásban mind élesebben kidomborodik, sőt törvényhozási sanctiókat is nyer, kívánatosnak mutatkozik a subsidiaritas principiumának kialakítása, mint a mely ezen intézmény célja és rendeltetésének a méltányosság szempontjából egyedül megfelelő.

A subsidiaritas megvalósításának akadályja a római jogban a *litis contestatio* consumáló hatása volt, úgyhogy mindaddig, míg ez a I. 28. §. 2. C. 8., 40. rendelkezése értelmében meg nem szüntettetett, a megfelelő tételes szabályozás lehetősége fenn nem forgott.

Mindazonáltal e merev formalistikus akadály megkerülésével már igen korán érezhető a subsidiaritas kialakítására vonatkozó törekvés.

E törekvés valósággal társadalmi *actio* jegyében kezdődik, a mennyiben a hitelező morális kötelezettségének tekintetett a társadalmi közfelfogás értelmében, a főadós előbbperlése s a főadós ellen való közvetlen fellépés, arra az esetre, ha ez kész és képes volt a fizetésre.

Ha mindennek daczára a hitelező mégis egyenesen a kezes ellen lépett volna fel, úgy tekintetett, mint a ki a köteles társadalmi *regarde*-ot sérti meg s mulasztásának sanctiója az adós részéről megindítható *iniuriarum actio*ban összpontosult.

A főadós előbbperlését célzó ezen inkább s talán első sorban is, morális természetűnek mondható kényszereszköz azonban, eltekintve attól, hogy a hitelezőt csak a főadóssal szemben kötötte s a kezes ellen való közvetlen fellépésnek jogi akadályát nem képezte, tényleges előnyeit illetőleg is igen problematikus volt. A hitelező ellen indítható *iniuriarum actio*nak mint láttuk az előfeltétele ugyanis az volt, hogy az adós képes és kész volt fizetni s a hitelező mégis a kezeset perelte be. Ezen előfeltételek azonban a főadós részéről a legritkább esetben forogtak fenn, mivel a legrégibb jogban a kezesállítás úgyis csak olyan egyénektől követeltetett meg, a kiknek fizetési képessége kétes volt.

Jogisanctióvaljáró expediensként emelhetjük ki a subsidiaritas principiumának megvalósítása tekintetében, a fideiussor részéről a hitelezőnek adott s ennek hozzájárulását feltételező megbizást, a főadós előbbperlését illetőleg. (Mandatum ad agendum.)

Azonban ez sem mondható megfelelőnek, mivel a cél csak egy teljesen önálló, másodlagos ügylet segítségével volt elérhető, de az is csak tökéletlenül, a mennyiben a főadós ellen való közvetlen fellépésnek semminemű jogi akadálya nem volt, bár jogi következménye igen, a hitelező és az adpromissor között fennálló külön jogviszony folyományakép.

Hasonló célra szolgált a hitelező lemondása azon választási jogáról, mely őt a főadós és a fideiussor ellen való szabad fellépést illetőleg megillette.

Ez azonban csak egy másik lemondással, t. i. a fideiussornak a már megtörtént lit. cont. alapján felhozható kifogásról való lemondásával kapcsolatban lehetett eredményes és ez is csak azon időtől fogva, midőn a lit. cont. consumáló hatása nem iuris publici állott be.

Az igazi haladás s a kérdés helyes megoldása a Justinianus császár által 535-ben kiadott IV. Novellában volt. Ezen Novella biztosította a kezeseknek azon jogot, melynélfogva megkívánhatták, hogy a hitelező elébb a főadós ellen lépjen föl és csak ennek sikertelensége esetén forduljon ellenük.

Ezzel Justinianus a felelősség subsidiarius jellegét minden kezesi obligatióból önként folyó jogszabállyá tette, nem kívánatván meg többé ez irányu külön megállapodás.

Vita tárgyát képezte már a római jogi doktrinában, hogy vajjon e jogkedvezmény abszolút, vagy dispositiv jellegű jogszabályt foglalt-e magában; vagyis más szavakkal, hogy a kezes ellen indítandó keresetnek tényálladéki elemét képezte-e a főadós sikertelen perlésének igazolása, vagy pedig ennek elmulasztása csak egy, a kezes részéről érvényesíthető kifogást biztosított.

Magában a Novellábanz irányban semminemű bizony -

ték nincs egyik irányban sem. Szokásjogi gyakorlat alapján uralkodó nézetként fejlődött ki azon felfogás, mely a kérdéses kedvezménynek dispositív jellege mellett érvényesült.

A benef. excussionis a kezeseknek rend és szabály szerint egy dilatorius természetű kifogást biztosított. Válhatott azonban e kifogás peremptoriussá is, ha a hitelező saját hibájából mulasztotta el a főadós ellen való fellépést s ennek folytán lett az ellene való fellépés eredménytelenné.

A hitelező mulasztásának jogi sanctiója ily esetben azután a követelés érvényesítésének teljes és végleges kizárásában mutatkozott.

A hitelezőt azonban a római jogi felfogás szerint nem lehetett arra kötelezni, hogy a főadós ellenében gondosan járjon el, mivel a hitelezőnek semminemű kötelezettsége nem volt a fideiussorral szemben, lévén vele szemben csak jogositva.

Más oldalról azonban helytelen volna annak állítása is, miszerint a hitelezőnek a behajtást illető mulasztásának semmi jogi jelentősége nem volt s hogy arra a fideiussor még csak kifogás alakjában sem hivatkozhatott.

A helyes eredmény a két nézet között a középúton van olyként, hogy a hitelezőt gondosságra kötelezni nem lehet, mindazonáltal gondatlanságának, mulasztásának következményeit viselnie kell a méltányosság és igazság követelményeinél fogva.

IV.

A magyar magánjogban.

Miként a legtöbb modern magánjogi rendszerben, úgy nálunk is befogadásra talált a iustiniánusi jogrendszer kedvezménye, az ú. n. benef. excussionis, s nálunk a „sortartás kifogása” elnevezést viseli.¹

¹ Így nevezi a T. is, Első szöveg 1237. §.

Régi tétele hazai jogunknak ama szabály, hogy mielőtt a hitelező a kezest keresettel megtámadná, kísérelje meg a főadóstól való kielégíttetést.

Ezen tételt már Franknál¹ is megtaláljuk s nevezett író a kezes által érvényesíthető ily természetű kifogást „sorigazság kifogása“ névvel jelöli.

Fennáll ezen tétel a mai érvényes magánjogunkban is; ma is általános szabályként állítható fel a főadósnek előbbperlésének kivánalma, eltekintve természetesen egyes, közvetlen a kezes ellen való fellépésre jogosító kivételektől.

A mai érvényben lévő magánjogban azonban már nem érvényesül a római jog tiszta elvi álláspontja, mely mint láttuk, a benef. excussionis nyújtotta jogkedvezménynek perhalasztó kifogás útján való érvényesítésében kulminál.

A kérdéses jogkedvezmény érvényesítése, alaptermészete felől a magyar magánjogban is szétágaznak a nézetek.

Az elmélet általában² a kérdéses jogkedvezményben foglalt jogtételnek dispositív jellege s a kifogási érvényesítés mellett foglalt állást, abból indulván ki, hogy itt egy tisztán csak a jogosított érdekében biztosított, lemondás tárgyát képezhető jogkedvezményről van szó.

Joggyakorlatunk ellenben egészen eltérő irányban érvényesül,³ a mennyiben a főadós sikertelen perlésének bizonyítását a hitelező keresetének tényálladáki elemei közé sorozza, minden egyes esetben megkivánván ennek a hitelező által leendő igazolását.

¹ A közigazság törvénye Magyarhonban, I. 665. 1

² V. ö. Dr. *Kolosváry Bálint*: A magyar magánjog tankönyve,² II. 280. és köv. l.; Dr. *Kiss Mór* a Fodor Ármin-féle Magyar Magánjogban, II 638. és köv. l.

³ L. *Kolosváry*: i. m. II 280. l.; *Kiss Mór*: i. m. II. 638. l.; A joggyakorlatot illetőleg *Márkus*: Felsőbírósi határozatok, I 883, 884, 886. sz., IX 14,968.; X. 16,129., 16,130. sz. a.

Ezen rendelkezés azonban elvileg nemű elyeselhető, mert azt eredményezi, hogy a hitelezőnek a kezes ellen indítandó keresete a főadós sikertelen perlésének feltételétől tétetik függővé, úgy, hogy ezáltal a hitelező keresete feltételhez kötötté válik. Ezen tétel tulajdonképpen oda vezet, miszerint minden rendes kezesség kártalanító kezességgé¹ alakul át, vagy legalább is, hogy annak intézményi sajátosságához nagyban közeledik. Ez pedig a modern jogrendszerekben kezességnek egy, a rendes kezességtől elütő speciesét képezi.

Az I.² bár némi ingadozás után mindazonáltal mégis a kezességi ügyletek közé sorozza a kártalanító kezességet, nyilván azon okból, hogy a T. nem tesz különbséget garancia szerződés és kezesség között.

A T. 1241. §-a intézkedik a kártalanító kezességről, még pedig egyáltalában nem valami szerencsés concepcióban.

Már a F. kiemeli a konstrukcionális hibákat, melyek sokszor kirívó ellentétekre vezetnek.³

Mindenek előtt kiemelésre talál itt azon körülmény, hogy az 1240. §-ra való hivatkozás nem találó. Különösen kifogás alá esik az idézett szakasz 1. pontjára való hivatkozás, mivel ez bizonyos antagonismus, mert: „hogyan élhetne a kártalanító kezes a sortartás kifogásával, ha arról lemondott?” Különben — mondja tovább a F. — a 3. és 4. pont nem alkalmazása ellenkezik az 1241. § utolsó mellékmondatával: „hogy oly vagyontárgyból azonban stb.“

A F. éppen a mondottak alapján bizonyos stiláris módosításokat találna helyén valónak, nevezetesen az: „az 1238. és 1240. §-ok nem alkalmazandók“ szavak kihagyását javasolja. Ekként azután a második mondat az elsővel összekapcsolatnék.

¹ Ezen elnevezést meg kell különböztetni a O. 1348. §-ában felvett kármentési, illetve kártalanítási kezességtől.

² Lásd 544. l.

³ L. VI. 378. l.

Különben megfontolandónak tartja a F.: „nem volna-e célszerűbb a kártalanító kezességre vonatkozó elveket a gyakorlatra bizni“?

Ez a végconclusio kissé aggályos. Mikor egy codex készül, nem a legalkalmasabb és legszerencsésebb dolog a gyakorlatra bizni ilyen fontos kérdés eldöntését.

Talán megfelelőbb a kérdést a tiszta elmélet, a tudomány fegyverével kettévágni s elöle ki nem térni.

Mi egyenesen mellőzendőnek vélnők az egész szakaszt. Még pedig azon az alapon, hogy a kártalanító kezes kötelezettsége fogalmilag feltételes s azt még külön törvényileg fel-tételhez kötni nem egyéb, mint *conditio iuris* konstruálása.

A T. értelmében ugyanis úgy áll a dolog, hogy az 1241. §. kimondottan kizárja a kártalanító kezességnél a kezes ellen leendő közvetlen fellépés kivételes jogosultságát és kötelező szabályként megköveteli a főadós előbbperlését.

Sokkal megfelelőbb azon törvényhozási álláspont, mely a kárt. kezességről kifejezetten nem szól, s ezzel meghagyja a főadós előbbperlésének kivánalmát szerződési követelményként.¹

Egyetlen érdeme e szakasznak talán az volna, hogy a kártalanító kezességre nézve a subsidiaritas fokozottabb voltát juttatja kifejezésre akkor, midőn kimondja, hogy a hitelező mielőtt a kezes ellen fordulhatna, a főadós összes, (tehát ingó és ingatlan) vagyonából köteles kielégítést szerezni. Kivéve ha egyes vagyontárgyból való kielégítés aránytalan nagy költséggel járna, mert ez csak akkor vonható végrehajtás alá, ha a kezes a költségeket záros határidő alatt előlegezi.

Mindazonáltal még ezen rendelkezés nem teszi föltétlenül szükségessé e szakasz megtartását.

A kezesi felelősség subsidiaritasát a végrehajtás szempontjából, a T. 1238. §-a már a legszerencsésebb terjedelemben megóvjá

¹ Ilyenek pl. N., C., Ol., P. L. R. és Sv.

s 2. bekezdése értelmében¹ e téren már úgy is a lehető legnagyobb concessiót teszi.

Éppen ezért felesleges a kárt. kezességre nézve is minden további ily irányu külön intézkedés; annál inkább, mivel az 1238. §-nak hivatkozott megfelelő tétele in subsidium a T. conceptiója szerint úgy is alkalmazást talál a kárt. kezességre vonatkozólag is.

A sortartás kifogására vonatkozó egyéb rendelkezése a T-nek kétségtelenül elismerést érdemlő, különösen az 1237. §.

E szakasz rendelkezése értelmében ugyanis a kezes a főadós ellen vezetett végrehajtás sikertelenségének kimutatásáig megtagadhatja a hitelező kielégítését.

Hasonló elvi állásponton van a F. is.²

Ezzel ellentétben a bizottsági tárgyalásokon³ határozottan az ellenkező álláspont érvényesült, mely szerint a T-nek azt az álláspontját, hogy a kezes a sortartás kifogásával a perlést elháríthassa, a bizottság többsége nem fogadta el.

A I.⁴ szavaiból kitetszőleg ugyanis a T. a jelzett irányzat elfogadásával állást akar foglalni a mai joggyakorlatunkkal szemben, mely bár némi ingadozással, de határozottan oly irányban érvényesül, miszerint megengedtetik a kezes és a főadós együttes perbe vonása olyként, hogy a kezes is el lesz feltételesen marasztalva azon esetre, ha a követelés a főadóstól behajtható nem lenne.⁵

Az I. ugyanis kifejti, hogy az ily irányu gyakorlat úgy elméleti, mint gyakorlati szempontból kifogás alá esik; illetve aggályos.

¹ L. F. VI. 377. I.; az új szövegezés iránti javaslatot.

² VI. 365—367. I.

³ III. 58. és köv. I.

⁴ III. 535. I.

⁵ Dtár 57., 17.; M. VII. 12,468.; IX. 14,968.

Elméletileg kifogás alá esik ezen eljárás, mivel: „a perhalasztó kifogás a keresetnek időelőttiség okából való elutasítását eredményezheti csak, de nem vonhatja maga után az alperesnek a kifogás megszűnte esetére való marasztalását is“.¹

Az I. szavai szerint gyakorlatilag is célszerűtlennek mondható a mai joggyakorlat álláspontjának fenntartása.

Annak megállapítása ugyanis, hogy a hitelező a főadós ellen sikertelenül lépett fel, valamint annak elbírálása is, miszerint a hitelező kifejtette e a kellő gondosságot, csak a tárgyalás folyamán contradictorius eljárás útján lehetséges. Ez pedig megköveteli a kezes meghallgatását is s így ennek megvitatását és eldöntését nem lehet a kezes ellen helyt foglaló végrehajtás sorára hagyni.²

A bizottság a T. és F. egyező álláspontjával szemben ellenkező eredményre jutott. A többség a perlést elhárító ezen jogkedvezménynek kifogási érvényesítése ellen, és következként a mai érvényes joggyakorlat álláspontjának fentartása mellett nyilatkozik, s meg kívánja engedni a kezesnek a főadóssal való együttes perlését és a kezesnek in eventum leendő elmarasztalását.

E nézet hívei érvül kívánják felhozni álláspontjuk mellett először is azon körülményt, hogy: „meg van-e a mai jognak ama előnye³ kezesre nézve is, hogy tudatára ébreszti a veszélynek, melyben forog és talán még idejekorán biztosítékot tud szerezni.“

Ha a mai jogállapot fentartásával, mint e nézet hívei vallják, azon cél volna szolgálendő, melynélfogva a kezes figyelmeztetve legyen azon veszedelemre, mely őt ezen ügylet alapján érheti, akkor sem volna ezen intézkedés megfelelőnek

¹ V. ö. I. 536. l.; F. VI. 367. l. szintén ezen az állásponton hasonló érvek alapján.

² V. ö. I. i. h. Lényegében hasonló állásponton áll a F. VI. 367. l. s a T. álláspontját hasonló érvek alapján fentartandónak mondja.

³ B. III. 59. l. α.

mondható, mivel a célnak akkor is jobban megfelelne oly irányu rendelkezés, mely a kezesség vállalását formaságokhoz, esetleg írásbeli nyilatkozathoz kötné.¹

Azt állítják továbbá e nézetet vallók, hogy az együttes perlés nagy előnyt biztosít a hitelezőre nézve, mivel hamarosan marasztaló ítéletet nyerhet, így könnyebben biztosíthatja követelésének fedezését.

Viszont más oldalról elfelejtik, hogy azon előnyt, mely a hitelezőre nézve az esetleges együttes perlés lehetőségében van, ellensúlyozza azon teher, melyet ez azon kezesre nézve ró, ki nem akar készfizető kezesként egyetemlegesen felelni.²

Érvül kívánják továbbá e nézet hívei a maguk álláspontja mellett a mai joggyakorlat fentartása érdekében azon körülményt felhozni, hogy ha a kezes előbbperlését kötelezőleg előírjuk, ezzel esetleg a kezeset kétszeresen megterheljük, mivel az alapper költségeit is köteles lesz viselni.

El kell ismernünk, hogy fenforoghat ezen veszély; mindazonáltal az is kétségtelen, miszerint módjában áll a kezesnek ezt is elhárítani magáról, felajánlván a teljesítést.

Sőt még tovább menve azt állítjuk, miszerint előfordulhat olyan eset is, midőn a kezes az első per költségeinek viselése alól a birói ítélet felmentheti, legalább is az ily irányu felmentés a méltányosság szempontjából kifogás alá nem eshetik.

A T. 1240. §. 4-ik pontja ugyanis feljogosítja a hitelezőt, hogy az esetre, ha a teljes kielégítésre nem lehet reménye, vagyis mint a kérdéses szakasz szövege szól: „előre látható, hogy a főadós elleni végrehajtás nem fog a hitelező teljes kielégítésére vezetni“, egyenesen a kezes ellen lépjen föl.

¹ N. 766. § és Sv. 491. §. Hasonló állásponton áll a F. is, a mennyiben éppen a könnyelmű kezesség vállalásoknak gátját képezendő s ezen ügylet nagy horderejére figyelmeztetendő az írásbeliséget írja elő. VI. 365. l. „A kezesség vállalás és a hitelezési megbízás érvényéhez okirat szükséges.“

² Hasonló értelemben a F. VI. 366. l.

Ha most már a hitelező a dolgok ilyen állását előre tudta, vagy tudnia kellett volna, fel van jogositva a kezes ellen való közvetlen fellépésre s ezt tennie is kell, különben gondatlanul jár el, s ez alapon fel lesz menthető a kezes az első per költségeinek viselése alól.

Kétségtelenül concedálnunk kell azonban, hogy végeredményében is lesznek olyan esetek, midőn a kezes előre nem látható esélyeknek teszi ki magát, s esetleg a kettős perköltségben marasztaltatik; viszont azonban természetes dolog az is, hogy ennek lehetőségével minden per esélyes voltát tartva szem előtt, előre számolnia kell.

Nem képezhet érvet a joggyakorlat fentartása mellett azon körülmény sem, hogy a T. rendelkezésének keresztülvitele esetén a perek elhuzásától lehetne tartani.

Legalább oly mértékben nem, hogy alkalmas volna ez intézmény szociális jogi jellegéről kialakult s elméletileg egyedül indokolható álláspont megdöntésére.

Különösen akkor nem, ha gyakorlati szempontok ezt egyáltalán nem követelik. Hiszen módjában áll a hitelezőnek ez ellen oly módon védekezni, hogy készfizető kezes állítását követeli.

Van olyan nézet is, mely az irányban érvényesül, miszerint a T. jelen szövege az együttes perlést nem zárja ki.

Ha talán a szöveg nem is, a T. szelleme és az I. bevonásával alkalmazott interpretatio kétségtelenül igen.

Felhozzák végül e nézet hívei azt is, hogy a sortartás kifogásának, úgy a mint azt a T. contemplálja, gyakorlati értéke a kifogásokra való tekintettel alig van.

Ellenkezőleg azt lehetne mondani, hogy éppen e kivételek adják meg az egész intézménynek az értékét s képezik correctióját, kizárva a hitelezők tulságos háttérbe helyezésének, s az indokolatlan halasztgatásnak lehetőségét.

Még ha azon szempont is közrejátsszik, melynélfogva a T.

1238. §-ának első bekezdése és az 1240. §-ának 2. és 4. pontja alapján az egész kedvezményt illuzoriusosnak vélik és félősnek tartják ez alapon a kezes kijátszását; még akkor sem következik az ellenzett álláspont elfoglalása, legfeljebb a nagyobb részben úgy is mintául vett N. intézkedéseinek átültetése, a kivételek taxativ felsorolásával.¹

Midőn a bizottság a T. álláspontját nem fogadta el, nem jár el következetes módon akkor, midőn nem akarja az egész benef. excussionisnak mellőzését kivételestől, mindenestől együtt, s viszont a T. 1224. §-ában kontemplált, korlátolt egyetemlegesség fogalmát meg el kívánja ejteni.²

Ha nem akarjuk azon álláspontot honorálni, hogy a kezes a sortartás kifogásával a perlést elhárithassa, a legkövetkezősebb dolog volna a rendes kezességnél a főadós és kezes között fennálló viszonyra vonatkozólag egyszerűen a korlátolt egyetemlegesség szabályait állítani fel. A bizottsági tagok véleményéhez képest kétségtelenül méltánylásra számot tartható subsidiaritas tétele így meg volna mentve, minthogy e szakasz éppen a subsidiaritas elvével óhajt számolni.³

A T.-nek ugyanis ezen szakasz beillesztésével az volt az intentiója, hogy értelmezési szabályt állítson fel azon esetre, ha többen egyetemlegesség kikötése nélkül közös kötelezettséget vállalnak, kimondván ez esetre a subsidiarius felelősség elvét.

Sőt talán még egy lépéssel tovább menve azt lehetne állítani, hogy a kárt. kezesség mint külön fogalom ez esetre felesleges volna.

A rendes és kárt. kezességre nézve egészen elegendő volna egy egységes szabályozás, a mely mindenfajta kezesre találna.

Ha ugyanis a rendes kezes nem hárithatja el a főadóssal

¹ V. ö. N. 773. §.

² B. III. 63. 1.

³ I. III. 514. 1., 2. bekezdés.

való együttes perlést és legfőlegb csak azt az eredményt érheti el, hogy a főadóssal együtt pereltessék, minek akkor a kárt. kezességnél a hitelezőt azzal terhelni, hogy keresete alapját kiterjesztőleg igazolja, a főadóstól való behajthatlanságnak feltételként leendő bizonyításával.

Legegyszerűbb volna azon eljárási mód, hogy perelje be mindenesetre a hitelező a főadóst és a kezest egyszerre, legfőlegb azután a kárt. kezes kifogást hozhatna fel, még az in eventum való marasztalás ellenében is, az esedékesség hiánya illetve időelőttiség czimén.

A felelősség szempontjából azután a rendes és készfizető kezességnél az egyetemlegességnek két faja volna, úgy, hogy mindkét fajta kezességnél (ide sorolva a kártalanító kezességet is) a felelősség a T. által felállított egyetemlegességi kategóriák alapján minden jogkedvezmény nélkül el volna bírálható:

1. A T. 1219. §-a értelmében *constituált szigorubb faju egyetemlegesség forogna fenn*: a) *rendes kezességnél a kezes társak között befelé.*¹

Az egyenes adóstársként való egyetemleges felelősség, valamint az intercessionális s így közelebbről a kezestársi viszonyból eredő kötelezettség elvileg egyenlően az idézett szakasz rendelkezése alá tartozik.

Különbség volna természetesen abban, hogy itt a hitelezőt a kezzessel szemben a követelést behajtása, a mellékjogok megóvása és érvényesítése tekintetében diligentionális kötelezettség terheli, míg az egyetemleges adóstársakkal szemben ilyen kötelezettségről szólni nem lehet.² A T. mint a I. mutatja, minden másban teljesen azonosítani óhajtja az egyetemleges adóstársak és a kezestársak felelősségét. Ezt teszi akkor, midőn kimondja,

¹ Nemkülönben több kárt. kezes alkalmazása esetén ezek között is befelé.

² I. III. 497. I.

hogy az egyetemleges adóstárs is felelős adóstársának vétkeségéért és késedelméért, épúgy mint a kezes felelős kezestársának ily irányu mulasztásáért.

Ennek egyöntetű kimondását s a kétfajta felelősség egyenlősítését a T. szükségesnek látta azon indokból, hogy az ellenkező álláspont elfogadása az egyetemleges adóstársakra nézve azt eredményezné, hogy a ki egyetemleges egyenes adósként kötelezte magát, enyhébben volna kötelezve, mint a kezes, mert ez a főadós késedelmének és vétkeiségeinek következményeit is viselni köteles, holott az egyetemleges adóstárs adóstársával szemben nem lenne erre kötelezve. A hitelező azután ha nem akarna az egyenesadói egyetemlegességnél rosszabbul járni mint a kezességnél, kénytelen volna azt is kikötni, hogy adósa az egyetemlegesség elvállalásán kívül még egymásért kezesséjének is. Ezen konstrukció azonban a közforgalomra nézve igen komplikált és nehezen keresztülvihető volna.

Különben a T. álláspontja e szakasz beillesztésével igen szerencsésnek mondható, mivel így el van kerülve azon anomália, melyet a német polgári törvénykönyvre vonatkozólag Zsögöd (Grosschmid) Benő¹ kiemel, melynélfogva: „egyetemleges adóstárs helyzete némi tekintetben enyhébb a kezességnél.“

b) *A készfizető kezességnél.*

Itten a felelősség elbírálásának hasonló elvek szerint kell igazodnia; különben megint meg volna az az ellenmondás, melyet a O.-re vonatkozóan kiemel Zsögöd (Grosschmid), akként jellemezve: „ki magát mint kezes és készfizető kötelezte, *mint egyetemleges adóstárs az egész adósságért felelős . . .*“ „ez tulajdonképen leszállítása volna a kötelezettségnek.“

2) *Korlátolt egyetemlegesség forogna fenn a T. 1224. §-ában kontemplált elvek szerint:*

¹ Fejezetek kötelmi jogunk köréből, II. 1—3. 758. l.

² Id. m. i. h.

a) a rendes kezességnél, a főadós és kezes között;

b) a kárt. kezességnél a főadós és kezes között.

A T. az 1237. §-ában a bizonyítás kérdését illetőleg akként intézkedik, hogy a főadós előbbperlésének az elmulasztására való hivatkozás a kezes által felhozható kifogási érvényesítéshez köttetik.

Ezen felfogásból az következik, hogy ha a kezes kifogást nem tesz, a hitelező nem tartozik igazolni azt, hogy a főadóstól kielégítés nem szerezhető. Ha a kezes minden kifogás nélkül fizet, a fizetést mint tartozatlant vissza nem követelheti, még ha igazolni is képes, hogy a sortartás kifogását sikeresen hozhatta volna fel és hogy a főadós fizetőképessége iránt tévedésben volt.¹

Az esetre azonban, ha a kezes a kifogást felhossa, a hitelező köteles bizonyítani, hogy a behajtást a főadóstól már előzőleg sikertelenül kísérelte meg.

A hitelező e bizonyítási kötelezettsége perjogi szempontból különös elméleti constructio, vagy legalább is olyan, a mely a kifogás bizonyítására vonatkozó amaz általános szabálytól: „reus in exceptione actor est“ eltér.

Ez abban leli magyarázatát, hogy alperes (kezes) egy negatív körülményt, t. i. a főadós perlésének elmulasztását bizonyítani nem tudná, holott az ellenkezőnek, a positiv ténykedésnek a bizonyítása sokkal kézenfekvőbb. Ez az oka, a miért felperes (hitelező) lesz e kifogást illetőleg a bizonyítási teherrel megróva.

Sajátságos, a sortartás kifogása szempontjából is különös vizsgálatot érdemlő faja a kezességnek a készfizető kezesség. A kezesség e fajánál a sortartás kifogása úgy a pandektajog, mint az összes újabb modern magánjogi tételes intézkedések értelmében elesik.

¹ I. III. 535. 1. 2-ik bekezdés.

A kezességvállalás e sajátos módjának lényege a helyes felfogás szerint csak az lehet, hogy a kezes csak bizonyos vonatkozásban, nevezetesen a végrehajtást illetőleg akar úgy felelni, mint a főadós, minden más tekintetben azonban accessorius adóstársként kívánja magát kötelezni. Meg van tehát az ő felelőssége és a főadós kötelme között a vonatkozás úgy formaliter a kezességvállalás alakításait illetőleg, mint materialiter a kötelezettség előállítását és megszűnését tekintve.

Kiemelésre érdemes jelenség, hogy csak a subsidiaritas elveinek feladásáról lehet szó, de nem egyszerre mind az accessorietas szabályainak a feladásáról is; csak a felelősség subsidiarius jellege lévén a kezesi felelősség absorbeálása nélkül elvonható.

A felelősségre vonás tekintetében itt a kezes és főadós egyenlő jogi helyzetben van. Ez alapon lehet azután a készfizető kezesét és a főadóst egyetemleges adóstársaknak mondani, s a sortartás kifogásának kizárt voltáról beszélni.

A tételt akként állíthatnók fel, miszerint eleintén a kezességvállalás e sajátos formájának választásában a felelősség szigorítására vonatkozó akarat talált, minden egyes adott esetben külön elbírálás tárgyát képező, kifejezésre; később azonban már ez a kezességvállalásnak egész különálló és sajátos jogi formájává lett, mely maga zárta ki minden külön vélelmezett lemondási nyilatkozat szüksége nélkül a sortartás kifogásának jogkedvezményét, a hozzáfűződő jogkövetkezményeknél fogva.

A T. azon az állásponton áll, hogy a készfizető kezeségnél a sortartás kifogása a kezeset azért nem illeti meg, mivel úgy tekintetik, mintha arról minden egyes esetben külön lemondott volna.

A T. az 1240 §. 1. pontjában a lemondás legfontosabb fajaként sorolja fel a készfizető kezeség vállalását.

E szakasz szövegezésének szabatos voltát a F. is¹ kifogás

¹ VI. 378. 1.

alá veszi, s azt mondja: „A lemondás (főleg az utólagos) nem egy a készfizető kezesség vállalásával. A készfizető kezesség vállalásában bennfoglaltatik a sortartás kifogásáról való lemondás, de a lemondás alatt nem értjük a készfizető kezesség vállalását.“

Éppen ezért a F. arra az eredményre jut, hogy helyesebb volna az 1.) pontot úgy szövegezni; „ha erről lemondott, különösen, ha készfizető kezességet vállalt.“¹

Szerény véleményünk szerint kérdés, vajjon nem volna-e helyes és elméleti szempontból elvileg is indokolható, de lege ferenda a készfizető kezességet a kezesség külön önálló speciesteként konstruálni, éppen az általunk vallott azon nézetre való tekintetből, hogy ez a kezességvállalás sajátos jogi formája, mely a hozzáfűződő jogkövetkezményeknél fogva zárja ki a benef. excussionist.

Különösen akkor, midőn egyes törvényeink², melyeket a T. a maga rendelkezéseivel egyáltalán nem érint, egyenesen készfizető kezességet írnak elő.

A végeredmény tehát az, hogy ezen törvények bizonyos esetekben kizárólagosan kötelező kezességi alakká teszik a készfizető kezességet, tekintet nélkül a felek akár valódi, akár vélelmezett lemondási szándékára.

Felmerül azután önként ama megoldásra váró kérdés, hogy ezen speciális törvényi rendelkezések, hogyan harmonizálnak az általános magánjogi codex ama rendelkezésével, mely a készfizető kezességet a sortartás kifogásáról való vélelmezett lemondással hozza fogalmi kapcsolatba, s nem volna-e az önálló fogalmi constructio stilszerűbb?

¹ Tehát szórul-szóra a N. szerint volna szövegezve az 1. pont. A lemondás és a készfizető kezesség esetét, mint fogalmilag két külön önálló kivételt statuálják a C. 2021. §. és az Ol. 1907. §.

² Keresk. T. 268–270. §§.; Váltó. T. 67. §.; Csöd T. 226. §. ut. bekezd.

A sortartás kifogásának közvetlen intézményi célja mint láttuk, hogy a kezesnek halasztást biztosítson. A hitelező köteles lesz a kezes ellen megindított eljárást felfüggeszteni s a főadós ellen fellépni.

Járhat azonban ezen kifogás sikeres felhozatala a kezesre nézve egyszer s mindenkorra mentesítő hatással is. Ez az eset áll elő, ha a hitelezőnek vétkessége vagy a követelés behajtása körül tanusított hanyagsága folytán a főadós időközben fizetés-képtelenné lett.

Ez mint láttuk a római jognak egy tétele, melyet azonban feltalálunk a mai érvényben lévő magyar magánjogban is.

Meg van azonban a különbség a két jogrendszerben a szisztematikai elhelyezést illetőleg. Mig a római jog a hitelezőnek eme jelzett diligentiális kötelezettségét a benef. excussionissal kapcsolatosan tárgyalja, addig ez a gyakorlatilag érvényes magyar magánjogban a visszkereset kérdésével hozatik kapcsolatba.

A római jog abból a tételből indul ki, hogy a hitelező köteles a kezes beperlése előtt a főadós előbbperlését megkísérelni. A megkísérlés módja s a követelés érvényesítése körül kifejtett gondosság azonban nem lehet a kezesre nézve közönyös, mivel az e téren tanusított mulasztás esetleg az ő illetéktelen megterheléséhez vezetne, amennyiben nem lehetne reménye arra, hogy a sortartás kifogásának közvetett eredménye, felelősségének a fizetés folytán való csökkenése, illetve teljes feloldása reá nézve beállhasson.

További consequentia ebből kifolyólag az lesz, minthogy ezen, a kezesre nézve hátrányos következmények a hitelező személyével állanak okozati összefüggésben, viselésére is kötelezni kell őt.

A mai érvényes magyar magánjog ellenben más oldalról vizsgálja a dolgot. A tétel felállításánál ugyanis abból indul ki, hogy a kezes a hitelező törvényszerű engedményese, s mint ilyennek visszkereseti joga van a főadós ellen. Éppen ezen

okoknál fogva a hitelező és kezes között fennálló ezen belső viszony szem előtt tartása alapján kétségtelen, hogy a hitelező mulasztása a kezes érdekeit in sértő lehet, az esetre, ha a hitelező által tanusított culpa in exigendo következménye a főadós esetleges időközi fizetéseképtelensége lett.

A kérdés kétségtelenül mindkét nézőpontról tekintetbe jöhet, s a hitelező mulasztásának mindkét szempontból meg lehet a maga jelentősége.¹

A mai érvényes magánjogban a hitelező kellő gondosságának hiányához fűzött jogi sanctiót illetőleg nincs egységes jogi szabályozás.

E téren szokásjogi alakulatról lehet szólni. Ez azonban nincs egységes irányban kifejlődve, amennyiben a hitelező ez irányu mulasztásának kétféle sanctió is tulajdonítottatik:

a) az egyik irányu gyakorlat értelmében a kezes a hitelező mulasztása folytán kötelezettsége alól felszabadul s ez alapon a fizetést egyenesen megtagadhatja,²

¹ A római jog álláspontja alaptételeire való tekintettel szintén teljesen érthető és indokolt. Itt ugyanis a visszkereset céljaira szolgáló benef. cedendarum actionum lényegében egy subsidiarius jogsegély volt, a mely elvileg csak akkor talált alkalmazásra, ha a benef. divisionis helyt nem foglalhatott. A culpa in exigendo ennél fogva legfőlebb az alap és rendes jogsegély, a benef. div. keretében jöhetne kérdésbe. Ez azonban az esetre, ha csak egy kezes van, megint kizárt dolog a római jog elvei értelmében, mivel ezen jogkedvezmény fogalmi kritériumainál fogva csak akkor foglalt helyet, ha több kezes volt.

Ilyenkor a római jog értelmében ezen kérdésnek szisztematikai elhelyezése a kényszerűség erejével a benef. excussionisra utal. Egyrésztől, mivel itt benef. divisionisról, a hol a kérdés mint láttuk a római jogban elvileg helyesen el volna helyezhető, szólni nem lehet, másrésztől meg, mivel a benef. ced. act. egy kezes alkalmazása esetén a kezes és a főadós között nem foglalhat, legalább is minden vitán kívül, helyet. L. id. dolgozatom 228. l.

² V. ö. *Kolosváry*: i. m. II. 285. l.; *Kiss Mór*: id. cz. Fodor A.-féle magánjog, III. 652., 653. l. A gyakorlatot illetőleg M. I. 871.; XI. 17,485.; IX. 14,964.; X. 16,127.; XIII. 19,608.; XIII. 19,610.

b) előfordul olyan gyakorlat is, melynélfogva a kezesség szerződés jogereje továbbra is fennállónak vétetik, azonban a kezes kártérítési igényt nyer a hitelező ellenében.¹

A két megoldás gyakorlatilag egyre megy, a kérdés csak azon fordul meg, hogy a felek akarata, mely irányban mutatható ki.

A T. is a visszkereset kérdésével kapcsolatosan foglalkozik a hitelező diligentiális kötelezettségével.

Azonkívül, hogy a T. az 1244. §-ában speciális gondossági kötelezettséget ír elő, a követelést biztosító mellékjogok létele esetén, az 1245. §-ában általános, nemleges magatartás által is megsérthető gondossági kötelezettséget ró a hitelezőre², kimondván hogy:

„a kezes felszabadul, ha a követelés a hitelező hibájából a főadóssal szemben behajthatatlanná válik.“

E szakasz feltételezi, miszerint a behajtás a hitelező hibájából váljék lehetetlenné olyként, hogy a hitelező a főadós ellen való fellépést szándékosan, vagy oly körülmények között mulasztotta el, midőn előre látnia kellett, hogy annak következménye a követelés behajthatatlansága lesz.³

A várakozás, vagy haladéknuyjtás azonban a T. értelmében még magában véve nem menti fel a kezeset, csak az esetre:

¹ V. ö. *Kolosváry*: id. m. II. 285. l. 2. jegyzetben felsorolt gyakorlatot.

² A modern törvényhozások intézkedései e tekintetben a következők;

a) Az 1244. §-ban szabályozotthoz hasonló speciális gondossági kötelezettséget írnak elő: O. 1360.; N. 776.; C. 2037.; -Ol. 1928.; Sv. 508.; Sz. 1466.; P. L. R. I. 14. cz. 328–333. §§. Szóval az összes törvényhozások egyértelműen nyilatkoznak e kérdést illetőleg.

b) A T. 1245. §-a értelmében constituált általános diligentiális kötelezettséget a N. kivételével ugyszólván mind elfogadják a codexek. O. 1364.; C. 2039.; (V. ö. *Planiol Traité élémentaire de droit civil*.⁵ II. 758. l.) Ol. 1930.; Sv. 503., 509., 510.; Sz. 1466.; (ez utóbbi általános irányu constructiójánál fogva mindkét fajta gondosságra vonatkozik) P. L. R. I. 14. cz. 328. §§.

³ I. III. 555. l.

„ha a főadós vagyoni romlása előre volt látható, vagy ha a kezes a haladék megadása ellen előzetesen tiltakozott.“

A hitelező mulasztásának sanctiójául a T. a kezes felszabadulását fogadja el.

Ennek eszköze perjogilag nem lehet más, mint a kezes által felhozható és bebizonyítandó kifogás.

A készfizető kezesség ezen kérdés tekintetében is különálló elbírálás alá esik; s annál jellegzetesebb ez a jelenség, mivel e körülmény esetleg szintén érvet képezhetne az általunk felvetett, a készfizető kezesség külön speciesként való szabályozására irányuló nézet mellett.

A hitelező gondosságát előíró szabály hiányát kell a római jogi készfizető kezességnél kiemelnünk.

A római és pandekta jogban a debitor principalisként felelős kezeset nem illette meg a hitelező gondatlanságára való hivatkozás joga, azon oknál fogva, hogy ő, mint láttuk, egyetemleges adóstársnak tekintetett.

Ezen célra különben sem állott volna semmiféle jogeszköz rendelkezésre, tekintve, hogy ezen célra a római jogban a peremptoriussá vált *exc. excuss.* szolgálta, a mely jogsegélyről meg viszont köztudomású, hogy nem állott a készfizető kezesnek rendelkezésére.¹

A római jognak eme, a készfizető kezeset a *benef. excusationistól* kizáró tétele, a kezesség e sajátos fajának intézményi céljával, nemkülönbén a méltányosság követelményével is igen jól harmonizál.

A készfizető kezeset ezáltal semmi méltánytalanság nem éri, mivel nincs tulajdonkép egyébről szó, mint hogy a hitelező a maga jogát vele szemben szigoruan érvényesíti. Erre meg a

¹ A T. (III. 557. 1.) által említett *provocatio ex lege „si contendat“* a kezesek között fennforgó benső viszonyra való tekintetből, tehát a *benef. divisionis*nál jön szóba s nem a kezes és a főadós közötti viszonynál.

készfizető kezesnek el kell készülvén lennie, mivel előre számolni kell neki a közvetlen perbevonás esélyével is.

Ugyanezen indokok szerepelnek olyanokul, melyek egyzersmind a hitelező gondosságának követelményként való felállítása ellen szólnak, mert ha egyszer jogosítva van a hitelező a készfizető kezes ellen való közvetlen és egyenes fellépésre, akkor nem lehet őt jogi sanctióval arra kötelezni, miszerint a főadós ellen fellépjen s hozzá még hogy a szükséges gondosságnak megfelelő akaratenergiát fejtse ki.

A T. közvetítő álláspontot foglal el¹ az 1245. §. 3. bekezdésében, midőn kimondja, hogy a hitelező a behajtás körül tanusított mulasztásának jogi következményeit mindaddig viselni köteles, míg a készfizető kezeset fizetésre fel nem hívja.

Ha azonban a követelés ezen időpont után válik a főadóssal szemben behajthatatlanná, ez a készf. kezes kára, s a hitelező ezért többé felelősségre nem vonható.

Az I. ezen intézkedés czélját akként fejti ki, hogy a készf. kezes a hitelezőtől kapott értesítésig feltételezheti, hogy a követelés vagy már ki van elégitve, vagy hogy az érvényesítéséről a hitelező maga gondoskodik. Jogosan is vethet a hitelezőnek gondatlanságot szemére, ha anélkül, hogy őt a teljesítésre felhívta volna, a főadós ellen fennálló követelését behajthatatlanná hagyta válni.

Másként áll a dolog, ha a hitelező a készf. kezeset a teljesítésre felhívja. A felszólítás után feltétlenül fizetnie kell, s legfeljebb visszkereseti jogával fordulhat a főadós ellen. Ekkor már ugyanis nem gondolhatja többé, hogy a hitelező gondoskodik a főadós elleni követelés megóvásáról.²

Ha mégis halogatja a készfizető kezes a kötelezettsége teljesítését s a főadós ez alatt fizetéseképtelenné lesz, „a kárt a

¹ I. III. 556. 1.

² I. III. 556—557. 1.

saját kötelelességellenes eljárásának s nem a hitelező hibájának kell tulajdonitania.“

A T.-nek ez az egész álláspontja meglehetősen sajátosságos valami,¹ a mely ilyen alakjában feleslegesnek és principium ellenesnek is volna mondható.

Feleslegesnek azért, mert semmi olyan nincs benne kiemelve, a mi a rendes, a T. által, is elfogadott általános szabályoktól eltérő volna.

Mit jelent ez a közvetítő álláspont elfogadása?

Ez a készf. kezesre nézve tulajdonkép nem jelent mást, mint hogy részére is biztosittatik a hitelezőtől megkövetelt diligentiális kötelezettség épúgy, mint minden más rendes kezes részére.

Ez az ütközőpont éppen a következetesség s az elvhűség szempontjából.

Azon körülmény, hogy a hitelező diligentiális kötelezettsége ez esetben épúgy helyet foglal, mint a rendes kezességnél, azon az alapon állítható, mivel a hitelezőnek diligentiális kötelezettsége mindazideig fennáll, míg felelősségének tulajdonképeni biztosítéki jellegéről lehet beszélni. Azután már ugyanis, ha fizetésre felszólíttatik, az egyetemleges felelősségnek rendes és szabályszerű következményei állanak be, olyként, hogy tulajdonképen most már az egyetemleges felelősség concentrálásáról lehet szólni és a kezes teljesítési kötelezettsége elháríthatatlan, a mennyiben a főadosság objectiv létezését, fennállását érintő kifogások fel nem hozhatók.

Ezen időpont után már felelősségének egyetemleges jellege teljes kifejlődéshez jut, s csak természetes, hogy ettől kezdve a készf. kezes a hitelező diligentiájának hiányára való hivatkozási jog meg sem illetheti, mivel az egyetemlegesség általános

¹ F: is (VI. 379. l. ad 1245. §.) azt mondja, hogy: „a 3-ik bekezdés rátiója homályos. Magyarázatot, indokolást igényel.“

szabályai szerint az egyetemleges adóstárs nem hivatkozhatik a hitelezőnek az adóstársak valamelyikével szemben elmulasztott diligentiájának jogkövetkezményeire.

V.

Az osztrák polgári törvénykönyvben.

Általános szabályt képez a O. rendelkezése értelmében, hogy a kezes kötelezettsége lényegileg subsidiarius jellegű felelősséget jelent, mindazonáltal itt a sortartás kifogásának intézménye beillesztve nincs.

Az 1355. §-ban azon elvi kijelentést találjuk, miszerint: „a kezes rendszerint csak akkor jöhet kereset alá, ha a főadós . . . kötelezettségét nem teljesítette.“

Mindazonáltal a rendes kezes ellen való fellépésnek nincs semmi más feltétele, mint hogy a hitelezőnek bírói vagy bíróságon kívüli megintésére a főadós kötelezettségét ne teljesítse.

Ennélfogva a hitelező keresete megállapítása céljából csak a megintés megtörténtét tartozik igazolni, de nem egyszersmind a fizetés hiányát is. Ugyannyira, hogy ha a megintés megtörtént, jogositva van a hitelező arra, hogy a főadóssal együtt a kezest is egy keresetben megtámadja.¹

Sőt vannak esetek, mikor az 1356. §. értelmében még ezen megintés szüksége is elesik, t. i. ha a főadós csődbe kerül, vagy azon időben, midőn a fizetésnek történnie kellene, nem tudni, hogy a főadós hol tartózkodik, feltéve, hogy a hitelezőt ebben semmiféle mulasztás nem terheli.²

Mindenesetre sajátos álláspont az O. elvi felfogása, mely

¹ V. ö. *Hasenöhrl*: Das österreichische Obligationenrecht, II. 274. l.; *Krainz*: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts⁴, II. 39. és k. l.

² V. ö. *Kirchstetter*: Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 669. l.

a jogrendszerekben eddig még — legalább tudomásunkkal — követésre nem talált.

Gyakorlati értéke ezen fölfogás törvényhozási keresztülvitelének alig van. Legfőlebb csak annyi, hogy a teljesítési készségnek hiánya kétségtelen módon meg van állapítva, különösen a birói megintésnél. Már nagy mértékben kérdéses azonban, hogy a bíróságon kívül történt megintésnél mennyiben tekinthető ez hitelesen megállapítotttnak?

Az azonban kétségtelen dolog, miszerint ez még semmi esetre sem jelenti a fizetéseképtelenség kérdésének az eldöntését, illetve a fizetéseképtelenség igazolását, melynek hiánya pedig a kezes ellen való fellépés elengedhetetlen feltételeként szerepel az összes modern jogrendszerekben.

Daczára annak, hogy az O. azon elvi állásponton van, melynélfogva a sortartás kifogásának intézményét mellőzendőnek véli, vannak a törvénynek olyan rendelkezései, melyek azt a látszatot kelthetnék, mintha a sortartás kifogása némely különös esetekben mégis alkalmazásra találna.¹

Ez azonban csak látszat, még pedig olyan, mely a valódiság bélyegét egyáltalán nem viseli magán; különben bizonyos ellenmondást kellene feltételeznünk a törvény conceptiójában.

Ilyen látszatot ébreszthet a törvénynek az 1348. §-ában foglalt intézkedése a kármentési illetve kártalanítási kezességre vonatkozólag. A kártalanítási kezes azon kezes, a kit a főadós az ő kezesének állít, esetleges visszkereseti igényének biztosítására.

Természetes, hogy a kártalanítási kezes felelősségre vonása csak másodlagos folyamat, a mely akkor foglal helyet, ha már a rendes kezes fizetésre kényszerítettét, ő meg viszont a főadóstól kielégítést nem nyert.

A kártalanítási, vagy kármentési kezes felelősségének másodlagos volta abban találja magyarázatát, hogy a rendes

¹ Ilyen értelemben nyilatkozik *Krainz*: id. m. 39. l.

kezes előbb felelősségre vonása az ő felelősségének szerződési feltételét képezi, úgy, hogy itt bármely jogkedvezmény nyújtotta előnynek kifogási érvényesítéséről szólni egyáltalán nem lehet.

Már azon egyszerű oknál fogva sem, hogy mivel a kezesség e fajára nézve a rendes kezesség szabályai az irányadók,¹ az O. rendelkezései értelmében pedig tudvalevőleg a benef. exc. jogkedvezménye a rendes kezességnél sincs elfogadva.

Az O.-nek hasonló látszatára esetleg okot adható rendelkezése² az 1350. §-ban foglalt intézkedés, a mely azon esetre szól, midőn a kezes a hitelezővel szemben a főadósnak a legszemélyesebb természetű szolgáltatásáért, cselekményéért, illetve az ennek elmulasztásából eredő károkért kezeskedik.

Természetes, hogy mindazideig, míg ez a főadós részéről teljesíthető, a kezes kártérítési kötelezettsége szóba sem jöhet, úgy annyira, hogy a kezes felelősségre vonása itt megint csak másodlagos, s ez keltheti esetleg a már jelzett látszatot.

Kétségtelen, hogy a kezesi kötelezettség tárgya ez esetben sajátos szabályozást nyert, a mennyiben a kötelezettség specifikus jellegűvé válik akkor, mikor kimondatik, hogy nem csak a főadósnak a meghatározott összegre irányuló tartozása, hanem személyes szolgáltatási kötelezettsége is megerősíthető kezesség által.

Azt hisszük, nem követünk el hibát, ha azt állítjuk, hogy itt az ugynevezett kezes másodlagos felelősségre vonása egyáltalán nem érinti a kezességre vonatkozó szabályokat, mivel ez esetben nem is lehet technikus értelemben vett kezességről szólni. Itt tulajdonképen kártalanítási ígéretről, promissio indemnitis-ről lehetne beszélni, a mi pedig mint láttuk, a kezes ségtől lényegesen különálló ügyleti alak.

¹ V. ö. *Kolosváry*: id. m. II. 282. 1.; *Kiss Mór*: id. czikke id. helyen, II. 647. 1.; *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts⁹, II. 1105. 1.; *Krainz* szerint itt a sortartás kifogásáról lehet beszélni!?

² *Krainz* ezen esetet is a sortartás kifogásával hozza kapcsolatba.

Már azon oknál fogva sem lehet ez esetben tulajdonképeni értelemben vett kezességről szólni, mivel teljesen hiányzik a kezesség járulékos természetéből folyó ama követelmény, melynélfogva kell, hogy a kezes és a főadós kötelme a tárgy szempontjából egybevágjon. A főadós által teljesítendő személyes szolgáltatás és a kártalanítási kötelezettség ugyanis nem mondható identikus természetű szolgáltatásnak.

A resultatum, hogy az O. a sortartási kifogás elvetésére vonatkozó álláspontját kivétel nélkül keresztül viszi.

Nem mulasztja el az O. a kezes és a főadós között esetleg helyt foglaló szigorú jogi következményekkel járó kapcsolat törvényi szabályozását sem. Teszi azt akkor, midőn oly esetekről szól, mikor a főadós és a kezes solidaris adóstársaként idézhetők perbe.

Ily esetek fordulnak elő:

1. Az 1357. §. értelmében constituált készfizető kezességénél, ha valaki magát: „mint kezes és készfizető kötelezte“.

2. Az 1352. §. értelmében: „ki oly személyért kezeskedik, ki személyes minőségénél fogva magát nem kötelezheti, az, habár e körülmény előtte tudva nem volt is, egyetemleges adóstársaként van kötelezve.“

VI.

A porosz Landrecht rendszerében.

A főadós előbbperlésének kedvezményét a porosz magánjog is biztosítja a kezes részére.¹ Mindazonáltal e jogkedvezményt úgy tekinti, mint egy dispositív természetű jogosítványt, melynek alkalmazása a kezes ellenkező akarat-kinyilatkoztatása folytán kizárható.

¹ V. ö. *Dernburg*: Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs,⁶ 1897. II. 751. és k. l.

Ilyen akaratnyilvánítás a jogkedvezményről való lemondás, nemkülönben az „önadósi“ — készfizető formában történt kezességvállalás.¹

A jogkedvezmény processualis érvényesítésének módját illetőleg nem áll a porosz magánjog a kifogási érvényesítés álláspontján, a mennyiben a főadós sikertelen perlésének bizonyítását a hitelező keresetének tényálladéki elemei közé sorozza, úgy, hogy a hitelező minden kifogás hiányában is köteles a főadóstól való behajthatatlanságot igazolni.²

Evégből a hitelező igazolni köteles vagy azt, hogy a főadós ellen végrehajtás foganatosított, a nélkül, hogy az teljes kielégítéshez vezetett volna, vagy hogy nincs az adósnak végrehajtás alá vonható vagyona.³

Ezen bizonyításhoz elegendő annak igazolása, hogy más hitelezőnek sikertelenül ütött ki a főadós ingóságaira vezetett végrehajtás, valamint hogy ezt a felperes is sikertelenül kísérelte meg.⁴

A kezes védelme még hatályosabban lép fel oly esetekben, midőn a főadósnak olyan liquid és biztos követelése van, melyek három hónapon belül esedékesek is. Ez esetben a hitelező köteles mielőtt a kezeset beperelné, ezek fizetési határidejét bevárni.⁵ Nem jönnek tekintetbe a kétes és csak három hónap után esedékes követelések.⁶

Sőt továbbmenve, a kezes fokozottabb védelme mutatkozik ama tételben, hogy a személyes követelés hitelezője még a főadós ingatlanába is beutaltatik, mielőtt a kezes ellen for-

¹ V. ö. *Dernburg*: i. m. i. h.; Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten, I. r. 14. cz. 297., 307. §§.

² V. ö. i. Törvény I. r. 14. cz. 283. §.

³ V. ö. *Dernburg*: i. m. 752. l.

⁴ V. ö. *Dernburg*: i. m. i. h. P. L. R. I. 14. cz. 284., 285. §§.

⁵ V. ö. P. L. R. I. 14., 288. §.

⁶ V. ö. P. L. R. I. 14., 288. §.

dulhatna. Az I. C. 289. §-a határozottan kimondja, ha a főadósnek ingatlanai vannak, köteles lesz a hitelező arra vonatkozólag a sequestratitot vagy az inmissiot kérni, mielőtt a kezes ellen fordulhatna. Ha azonban ezen végrehajtási mód eredményével nem jár, és három hónapon belül kielégítést nem nyerhet, tovább nem köteles várni, akkor már a kezes ellen fordulhat.¹

A kárt. kezességre vonatkozólag a porosz Landrecht azon helyes állásponton áll, melynél fogva itt a főadás előbbperlésének kívánalma nem egy jogkedvezmény nyújtotta előny, hanem szerződési illetve fogalmi követelmény.²

VII.

A szász polgári törvénykönyvben.

E törvénykönyvben³ a sortartás kifogását szintén tételes alakban találjuk szabályozva.

Az 1461. §. intézkedik a jogkedvezményről, s annak kifogási érvényesítése mellett foglal állást. A kérdéses törvényszakasz szövegezése meglehetősen pongyola:

„ha a főadósság esedékes, a hitelező a kezeset igénybe veheti, a kezes azonban kívánhatja, hogy a hitelező előbb a főadóst perelje.“

A „kívánhatja“ kifejezésben kell a kifogási érvényesítés álláspontjának tételes alapját keresni, kétségtelenül ki lehetett volna azonban világosabban is fejezni a jelzett álláspont elfogadását.

A készfizető kezességre vonatkozólag a sortartás kifogásának eleste az 1462. §-ban határozottan kiemelésre talál. Mindazonáltal itt az ezen jogkedvezményről való lemondás és a készfizető kezesség két különálló, fogalmilag különbözőesetként szerepel.

¹ V. ö. P. L. R. I. 14. cz. 289., 290., 291 §§.

² V. ö. *Dernburg*: i. m. 752. l.

³ Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

A kártalanító kezességre nézve a sortartás kifogásának föltétlen, minden kivételtől mentes alkalmazása az 1463. §-ban kifejezetten kiemeltetik, s ezzel a kártalanító kezes előbbperlésének kívánalma szintén törvényi követelményként jelentkezik, a mely álláspontnak elvileg kifogásolható voltát már fennebb kifejtettük.

VIII.

A német birodalmi polgári törvénykönyv jogrendszerében.

A N. a 771. §-ában a sortartás kifogásának tiszta, elméletileg egyedül helyeselhető felfogását tükrözi vissza,¹ s kimondja, hogy a kezes mindaddig megtagadhatja a hitelező kielégítését, míg ez a főadós ellen a végrehajtást meg nem kísérelte, s ennek sikertelen voltát szükség esetében be nem igazolta.

A hitelezőnek bizonyítási kötelezettsége csak akkor áll be, ha a kezes a főadós ellen történt fellépést kétségbe vonja, s ez alapon kifogást emel. Nem tartozik azonban a főadós ellen vezetett végrehajtás sikertelenségének bizonyítása a hitelező keresetének alapjához, s nem képezi a kereset helyes substantiálásának feltételét. A hitelezőnek a főadós ellen vezetett végrehajtás sikertelen voltát kell bizonyítania. Miként² Planck kiemeli, nem a főadós elítéltetése követeltetik meg, a melynek egy más végrehajtható titulus meglétében meg sem kell történnie, hanem, hogy sikertelenül kíséreltessék meg a fizetésre való kényszerítés.

Ha egyszer ez igazolva van, a hitelező egyszersmindenkorra mentesítve lesz attól, hogy a főadós ellen való fellépésre legyen kényszeríthető. A főadós ellen való fellépés csak egyszer kísérleendő meg, s a kezes nem hivatkozhatik arra, miszerint a

¹ A törvény a „kifogás“ elnevezést használja: „Einrede der Vorausklage“

² Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, III. 515. és k. l.

főadós esetleg később fizetéképes állapotba jutott, s talán a végrehajtás most sikeresebben lenne ellenében megkísérélhető.

Ha a sortartás kifogását kizáró kivételes körülmények forognak fenn, ezt a hitelező köteles bizonyítani.

A N. a sortartás kifogását kizáró okot felsorolása tekintetében a 773. §-ában a taxativ felsorolás álláspontján áll, melynek eredményeképp a jogalkalmazás biztonságának előmozdítása jelentkezik. Ezzel egyszersmind kizárja a N. egyes adott esetben kétségtelenül a méltányosságnak szolgáló, viszont azonban más esetekben meg az egész intézményt illuzóriussá s esetleg a kezes kijátszását is lehetővé tevő szabad bírói mérlegelés esélyes eredményeit.

Lényegesen eltér tehát a N. a magyar T. álláspontjától, úgy a készfizető, mint a kártalanító kezességre vonatkozólag. A kezesség utóbbi faját illetőleg kiemelendő jelenség, hogy bár a N. a kártalanító kezesség fogalmával külön és kifejezetten nem foglalkozik, mindazonáltal kétséget nem szenved, hogy ezen ügylet is a törvénynek a kezességre vonatkozó fejezetének rendelkezése alá tartozik, nem tévén e törvény sem különbséget külön intézkedés alakjában kezesség és garantiális szerződés között.¹

A N. a magyar T-től, valamint úgyszólván az összes többi modern codexektől eltérően nem kötelezi a hitelezőt a kezessel szemben a követelés behajtása körül kifejtendő általános gondosságra. A 776. §-ában csak azon esetre intézkedik, ha a hitelező olyan mellékjogot ad fel, a mely a kezességgel megerősített követelés biztosítására szolgált.

A N. midőn az általános diligentiális kötelezettség felvételének mellőzése mellett foglal állást, abból indul ki, hogy a kezességi szerződés a hitelezőt csak jogosítja, de nem egy-

¹ A N.-nek a kárt. kezességre vonatkozó álláspontjáról, melynél fogva a főadós előbbperlésének szüksége szerződési, illetve fogalmi kritériumként szerepel, már előbb szólottunk (L. 417. l.)

szersmind kötelezi is. A hitelező ennél fogva a kezessel szemben a főadós ellen fennálló igényének gondos érvényesítésére sem lehet kötelezve.

Egészen más kérdés, hogy ha a hitelezőt kötelezni nem is lehet, de nem lehet-e a mulasztásának hátrányos jogi következményeit reá hárítani.

A döntés irányára általánosságban azon szempont az irányadó, hogy a jogi közfelfogás kit helyez védelmi szempontból előtérbe, a hitelezőt-e, vagy a kezest, s kit kíván erősebb védelemben részesíteni!

A német codificációban úgy látszik a kezes háttérbe szorítása, s a hitelező fokozottabb védelme döntötte el a kérdést. Ez annyival inkább lehetőnek látszott, mivel a N. szerkesztőinek álláspontja oly irányban érvényesült, melynélfogva:

a) a sortartás kifogása nem követeli meg elkerülhetetlenül a hitelező diligentiális kötelezettségének törvényhozási beillesztését, mivel ezen jogkedvezmény csak a főadós előbbperlését és fizetőképességének a megállapítását involválja, de nem egyszermind azt is, hogy a hitelező a behajtás körül a kezes érdekében gondosságot is fejtsen ki;

b) a subrogationális principium sem teszi ennek beillesztését feltétlenül szükségessé, mivel a hitelező követelésének ipso iure a fizető kezesre való átszállása szintén nem kötelezi még önmagában a hitelezőt a követelés megőrzésére fordítandó gondosságra.

Mindazonáltal a N. is tudatára ébredt ezen merev felfogásból esetleg származható visszasságoknak s a kezes érdekében bizonyos correctiót alkalmaz akkor, midőn teret nyit azon lehetőség számára, hogy a kezes a hitelezőt kielégitse s egyszermind feljogosítja a kezest, hogy a főadóstól kártérítést követeljen. (774. §.)

Ezen a kezesek közvetett védelmét lehetővé tevő expediens kétségtelenül általános hiteljogi, sőt egy bizonyos mértékben

szociális követelmény is, mivel különben a hitelezővel szemben a kezes egyáltalán nem volna védve. Mi sem volna könnyebb, mint a hitelező mulasztásának következményeit a kezesre háritani; sőt esetleg még olyan módosításokat is hozhatna a hitelező saját ténye által a jogviszonyokban létre, melyeknek következménye a főadósnak, a kezes illetéktelen megterhelésével való megszabadulása volna.

Nem szabad a kérdés mérlegelésénél szem elől téveszteni, hogy a hitelező mindeme ténykedésének rugója esetleg a főadóssal való csalárd összejátszás is lehetne.

IX.

A svájci kötelmi jogi törvény rendelkezései értelmében.

Ezen törvény is ismeri a sortartás kifogásának intézményét¹ bár a vonatkozó szakaszának (493. §.) constructiója eléggé pongyola.

A sortartás kifogásáról positiv rendelkezés alakjában tulajdonképen sehohsem szól a törvény. Ennek fogalmát ki nem fejti, hanem csak azon eseteket sorolja fel, midőn a hitelező kivételosen egyenesen a rendes kezes ellen fordulhat.

Ez eset forog fenn, ha a főadós csődbe jutott, vagy a hitelező hibáján kívül a főadós sikertelenül szorgalmaztatott a fizetésre, vagy végül ha nem található többé Svájc területén.

Ezen rendelkezésből a contrario a főadós előbbperlésének szabályszerűsége következik; nemkülönben ezen szakasznak a 495. §-al való egybevetéséből is, a hol a készfizető kezességéről kiemelve találjuk, hogy a kezesnek a főadós előtt való perlése, minthogy ez esetben a kezes és főadós solidaris adótsársak, a rendes kezesség szabályaitól eltérően megengedettnek tekintetik.

Hiányzik a törvényben magában minden kinyilatkoztatás oly

¹ Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881. Lényegileg ugyanigy rendelkezik az 1911. márczius 30-án kelt és 1912. január 1-én életbe lépett új svájci kötelmi jogi törvény (495—496 §.).

irányban, hogy e jogkedvezmény érvényesítése kifogás alakjában történik-e, vagy hogy a főadós ellen lefolytatott végrehajtás sikertelenségének igazolása a hitelező keresetének alapjához tartozik?

X.

A francia magánjogban.

E jogrendszer is ismeri a sortartás kifogását és ezt a C. 2021. §-ában intézményileg rendezi.

A sortartás kifogásának alkalmazhatóságát illetőleg azonban a francia magánjog egy bizonyos megszorítást tesz, a mennyiben a 2042. és 2043. §§-aiban kimondja, hogy a benef. discussionis a birói kezeseknek és ezek elkezeséseinek nem áll rendelkezésére.

Ezzel a szerződési és törvényi kezesesség mellett a kezeseknek egy harmadik fajtát, az u. n. birói kezesiséget, önálló, sui generis fogalommá találjuk alakítva.¹

Ehhez képest a kezeségvállalás jogalapját illetőleg a kezeseknek három fajtát lehet megkülönböztetni a francia magánjogra nézve :

1. a szerződési kezesiséget, a mely szerződés alapján létesül ;
2. törvényes kezesiséget, midőn a törvény rendelkezése kötelezi a főadóst kezes állításra ;
3. birói kezesiséget, mikor birói ítéleten alapszik a kezesállítás kötelezettsége.

A francia magánjog rendszerében azután ellentétbe van helyezve² egyrészt a szerződési és másrészt a törvényi, valamint a birói kezesesség.

A felsorolt különböző fajú kezeségi alakok között a különbség abban fekszik, hogy míg a törvényi és birói kezeségnél alkalmas kezesek hiányát más megfelelő biztosítékkal

¹ V. ö. *Planiol*: i. m. II. 745. és k. I.

² L. *Planiol*: i. m. 743. I.

(kézi zálog, jelzálog) lehet pótolni s a kötelezett ilyenek nyújtásával liberálódik (C. 2041. §.); addig a szerződési kezességnél a kezestállításra vonatkozó megállapodás feltétlenül kötelező s a hitelezőnek joga van minden más garantiát visszautasítani.

Ezenkívül még természetesen a bírói kezesség a másik két fajta kezességtől a sortartás kifogására vonatkozólag említett különös jogtétel által is specializálódik.¹

A sortartás kifogásával kapcsolatosan szól a C. 2021. §-ában a készfizető kezességéről, a mikor is a solidaris felelősség mellett történt kötelezés következményeként a benef. discussionis kizárt voltát emeli ki.²

A francia magánjog rendszere a kérdéses jogkedvezménynek tiszta elméleti felfogása s a kifogási érvényesítés álláspontján áll.

A benef. discussionis, mint dilatorius természetű kifogás, a kezes részéről hozandó fel, még pedig az ellene indított eljárás kezdetén, az érdemben való tárgyalás előtt (C. 2022. §.).

E kifogás megadását azonban a C. bizonyos különös kivánalmakhoz köti. A 2023. §. értelmében a kezes a sortartás kifogását csak az esetben biztosíthatja a maga részére, ha a főadós azon vagyontárgyait megjelöli, melyekből a kielégítést akarja megkíséreltetni és még így is csak akkor, ha a per költségeit előlegezi.

¹ Hasonló kategóriák fordulnak elő az Ol.-ben is (1921—1924. §§.). A N. ezen kategóriák közül a szerződési és a törvényi kezességet elfogadta, de a bírói kezességet mint önálló speciest mellőzte. A törvényi kezességre vonatkozólag a sortartás kifogásának kizárt volta mellett foglal állást (571. és 1251. §§.). A magyar T. a szerződési kezesség mellett ismeri a törvényi kezesség kategóriáját, a 828. §-ában ugyanis a kezesség ezen fajtát mint készfizető kezességet szabályozza. A bírói kezesség fogalma mint külön fogalom tudomásunkkal ismeretlen a magyar magánjogban. Kérdés nem volna-e ez de lege ferenda beillesztendő fogalom?

² V. ö. *Crome*: Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts, 223. l.

De tovább menve, a főadós vagyontárgyainak kijelölése terén sem biztosít a C. a kezesnek teljes szabadságot. E tekintetben is bizonyos korlátokat szab, a mennyiben kimondja, hogy végrehajtás céljából nem jelölhetők meg olyan vagyontárgyak, a melyek a fizetési hely felebbezési bíróságának területén kívül fekszenek, sem olyanok, melyek per alatt állanak, sem végül olyanok, melyek az adósságért jelzálogilag le vannak kötve és már nincsenek az adós birtokában.¹

A sortartás kifogásának hatása a francia magánjogban is a kezesnek nyújtott haladék, illetve az ellenében megkezdett eljárás felfüggesztése, úgy, hogy a hitelező kényszerülve lesz a főadós ellen való fellépésre visszatérni.

A sortartás kifogásának másik hatásaként jelentkezik azon jogkedvezmény, melynélfogva a hitelezőre hárittatik a főadós esetleges fizetéseképtelensége, ha ez a hitelező késedelmeskedésével áll okozati összefüggésben.²

Viszont azonban nem lehet kétséges, hogy a hitelező felelőssége megszűnik, ha a főadós fizetéseképtelensége oly hirtelenséggel állott be, melynél fogva a hitelezőnek már nem maradt ideje a perlésre.

Ezzel a régi francia jognak egy vitás tételeből származó nehézségek nyertek törvényhozási megoldást,³ még pedig azon elméleti principiumból kiindulva, hogy a hitelező a kezes mandatóriusának tekintetett, a ki késedelméért felelősséggel tartozik.

XI.

Az olasz polgári törvénykönyv joga értelmében.

A codice civile is elfogadja a sortartás kifogásának jogkedvezményét, s vonatkozó részében hűen kopirozza a francia C-t.

¹ V. ö. *Planiol*: i. m. i. h.

² C. 2024. §.

³ V. ö. *Planiol*: i. m. i. h.

A rendes fideiussornak itt is rendelkezésére áll e jogkedvezmény, kivévn, ha erről lemondott, vagy ha magát a főadóssal solidaritér kötelezte,¹ a mely esetben a felelőssége a solidaritas szabályai szerint igazodik. Az Ol. a kezességnek szintén három faját ismeri, u. m.: a szerződési, törvényi és birói kezességet; a birói kezesség jellegzetességét a sortartás kifogásának kizárt voltában találja. (1923. §.)

Ezen jogkedvezmény kifogás utján való érvényesítésének elméleti felfogása itt is a maga tisztaságában érvényesül s kimondatik, hogy mint dilatorius természetű kifogás az érdemben való tárgyalás előtt felhozandó. (1908. §.)

Ezen jogkedvezmény érvényesítése itt is, miként a francia jogban is, hármas előfeltételhez van kötve;

1. a kezesnek kérnie kell annak megadását; (1908. §.)
2. meg kell jelölnie a kezesnek a főadós azon javait, melyekre a végrehajtást óhajtja vezetni; (1909. §.)
3. a költségeket előlegeznie kell. (1909. §.)

Nem jöhetnek azonban e törvény értelmében sem tekintetbe a főadósnak azon javai, melyek a fizetés helyének felebezési bíróságának területén kívül fekszenek; sem a peres dolgok, sem az adósnak azon jelzálogilag lekötött dolgai, melyek már nincsenek az ő birtokában. (1909. §. 2. bek.)

A szabályszerűen a költségek előlegezése mellett megjelölt javak összege erejéig hasonlóan mint a C. jogában, itt is diligentiális felelősség terheli a hitelezőt a kezessel szemben, a főadós azon fizetéseképtelenségéért, melynek rugója a hitelező késedelmeskedésében, perviteli lassuságában fekszik. (1910. §.)

¹ L. 1907. §.