

ÚJABB
MAGÁNJOGI FEJTEGETÉSEK

ÍRTA

Dr. SCHWARZ GUSZTÁV

NY. R. EGYETEMI TANÁR, KIR. UDVARI TANÁCSOS

BUDAPEST

POLITZER ZSIGMOND ÉS FIA KIADÁSA

1901

FRANKLIN TÁRSULAT NYOMDÁJA

ZSÖGÖD BENŐ

COLLEGÁMNAK

IGAZ TISZTELETEM JELÉÜL

TARTALOM.

Előszó.	
Bevezetés: Magánjogunk és a döntvényjog.....	1
I. A birtokosi akarat kérdéséhez	23
II. Actio redhibitoria tartalma. Compensatio lucri et damni.	
A jóhiszemű birtokos gyümölcszedése	29
III. Kiskorúak cselekvőképessége.....	35
IV. Szóbeli birtokháborítás	51
V. A takarékpénztári könyvecske jogi természete.....	55
VI. Tartozatlan fizetés.....	63
VII. Van-e a telekkönyvi alzálogosnak jelzálogkeresete?	70
VIII. Tévedés az áru minőségében.....	80
IX. Adósságvállalás	86
X. A bírói letét tulajdona	146
XI. Ági öröklés és özvegyi jog	153
XII. Vétlen felelősség	217
XIII. Akaratlan szerződés	273

ELŐSZÓ.

E könyv a «Magánjogi fejtegetések» (1890.) című könyvemnek mintegy folytatása. A mi benne van, részben megjelent már ugyanígy szaklapokban, részben át van alakítva, részben új. A bevezető értekezést már tíz év előtt irtam, úgy hogy nem egy sora már anachronismus. Az utolsó-előtti értekezés, melyet jobbadán a lefolyt nyári szünidőben irtam, töredék maradt, melynek bevégzését más irodalmi kötelezettségeim hosszabb ideig nem fogják engedni. Közzéadtam mégis, egyrészt mert az utolsó értekezésnek mintegy kiegészítő párdarabja, másrészt nehogy elavuljon és mert reméltem, hogy talán jelen alakjában is akad, ki iránta érdeklődik.

Budapesten, 1901 október havában.

A szerző.

MAGÁNJOGUNK ÉS A DÖNTVÉNYJOG*

BEVEZETÉSÜL.

Hárman tartják kezökben a jogot: a törvényhozó, a jogtudós és a bíró. A törvényhozó, a ki teremti, a jogtudós, a ki értelmezi és a bíró, a ki alkalmazza. Egészséges viszonyok között mindhárman egymás kezére dolgoznak. A törvényhozás nem szünetelhet, mert a haladó élet haladó rendezést kíván; a tudomány nem maradhat tétlen, mert a törvény kifejtésre szorul; és a gyakorlat nem pihenhet, mert a törvény alkalmazást követel. De hely és idő szerint a jog e hármas szerve közül, hol egyik, hol másik megbénul és a többire bízza, hogy helyette végezze a maga funkcióját. Ilyenkor, valamint az egyik érzékétől fosztott emberben a többiek feszülnek és finomodnak, hogy a hiányt helyrehozzák; valamint a vak tapintva pótolja a szeme világát, a siket szemével olvassa a hangot, a félkezű kettősen ügyeskedik a megmaradt tagjával: azonképen a jog hármas szerve közül is, ha egyik pang, a másik helyette teszi a munkát. így történt a római köztársaságban, hogy midőn a tizenkét táblás törvény után a civiljogi törvényhozás évszázadokon át elhallgatott, előbb a pontifexek interpretatiója, majd a praetorok jurisdictiója, azaz tudomány és gyakorlat vette kezébe a jogképzést; így történt, hogy midőn a római jogtudomány koryphausai elnémultak, a törvényhozó császár maga ragadta kezébe a tudomány szerepét és a Diocletianus reánk maradt több mint 1000 rescriptuma máig hirdeti e császári tudományegyedáruság történetét. A midőn a német-római birodalomban a honi jog nem birt lépést tartani a fejlődő, modern élet

követelményeivel, az olasz egyetemekről kiszivárgó tudomány volt az, mely a Justinianus törvényeit új életre kelté és mely majd négy századon át a tehetetlen törvényhozói hatalom helyett rendezte a jogot. És viszont, midőn századunk előestéjén és reggelén három nemzet felvilágosodott despotái törvénykönyvet adtak népeik kezébe, mintegy megboszulandók a törvényhozás százados álmát a tudomány és gyakorlat tultengésén, mindeneelőtt ez utóbbiak ereit kötötték alá és a törvényt magyarázat és törvény alkalmazás hatalmát egyesítették a törvényhozóéval. Ezért kellett Nagy Frigyesnek több mint 19000 törvényszakasza, hogy minden tudományos magyarázatot magában a törvény szövegében anticipáljon; ezért kellett az osztrák törvénykönyv minden szakasza mellé a számtalan *Cabinetsordre authenticus* magyarázata; ezért fenyegetődzött Napóleon, hogy kivágatja minden jogtudósnak a nyelvét, ki törvénykönyvét értelmezni merészeli; ezért léptette életbe az *avis du conseil d'état* intézményét, mely a joggyakorlat fejlesztő erejét a törvényhozó császár hitelesített döntvényeibe ölte. És míg az európai continensen hol a tudomány végezte a törvényhozás, hol a törvényhozás a tudomány feladatát, addig az angol bírósági gyakorlat évszázadok óta bámulatra méltó munkássággal végzi mindkettőét. így hall a szem, így lát a kéz, így sűrög egy tag kettő helyett a sOcialis szervezetben is.

A jogi élet e három szerve közül vajon melyik az erős, melyik az ép mai magyar magánjogunkban? Törvényhozásunk forrása gyéren, szegényesen és zavarosan bugyog. Éppen száz esztendeje most, hogy a magyar országgyűlés az 1791: 67. tcz.-ket alkotta, melylyel kilencz regnikoláris bizottságot küldött ki, hogy a magyar jogot rendszeres egészbe foglalja: *pro elaboratione sytematis publico-politicorum et judicialium negotiorum*. E kilencz bizottság között volt egy igazságügyi is, mely a létező magyar magánjogot is össze volt állítandó, és e munkálat a következő 1792. évi budai országgyűlésnek volt készen bemutatandó. E «*projectum legum civilium*» — elég szegényesen — el is készült, de törvény nyé nem vált. Ezóta a magánjogi kodifikatio vezérszava többé el nem aludt. Az 1827: 8. tcz. felvette a 91-es törvényhozás eszméjét és újból

rendelte ki a *regnicolaris* küldöttségeket, eredmény nélkül, mint elődje. És valamint az 1789-es forradalom európai nagy hullámcsapása először hozta nálunk mozgásba a kodifikatio eszméjét, úgy az 1848-as forradalom is törvénybe iktatta, hogy «a minisztérium az ősiség teljes és tökéletes eltörlésének alapján a polgári törvénykönyvet ki fogja dolgozni és ezen törvénykönyv javaslatát a legközelebbi országgyűlés elébe terjesztendő. Hogy a szabadság ez első álma óta mi minden akart történni és mi minden nem történt meg, eleven tudatában van mindnyájunknak. Az 1861-es országbírói értekezlet még e szavakkal vezeti be javaslatát: «Addig is, a míg az alkotmányos törvényhozás a kodifikatio rendszeres művét befejezhetné». A mit akkor mindenki rövid egy-két évre várt, imáig sem teljesült. Így lett, hogy ma, az 1791: 67. tcz. teremtésének százados évfordulóján az akkor tett Ígéret még mindig ígéret maradt: a kodifikationalis törekvés eredménytelenségének százados gyászünnepét üljük.

A mit törvényhozásunknak végeznie nem sikerült, azt jórészen pótolhatta, és ez által a törvényhozást is előkészíthette és támogathatta volna, a *tudomány*. Tudományos életünk alig egy emberöltő óta örvendetesen fejlett. Új tudomány-szakok nyíltak, miknek azelőtt nálunk hírére sem ismerték, a régiek új mederbe kerültek, megtaláltuk és fentartjuk a kapcsolatot a legműveltebb nemzetek tudós irányáival, és jogtudományunknak is nem egy ága örvendetes erősbülést mutat.

•De lépést tartott-e vajon a magyar magánjogi tudomány is? A magyar magánjog dogmatikája— nem a jogtörténetről szöveg, a melynek terén érdemes tudósaink keltek — a magyar magánjog dogmatikája Frank «közigazgatási törvénye» óta nem haladt. Tankönyvek készültek azóta, melyek a létező joganyag tudományos és rendszeres fogalmi feldolgozása helyett a régi scholasticus meghatározással és felosztások ismétlésével és az újabb törvények hézagos, összefüggésnélküli, nyers lenyomatával érik be. A hatalmas evolúciónak, melyen az általános jogtan dogmatikája több mint egy emberöltő óta keresztül ment, ezen irodalmunkban nyoma sincsen. Pedig ez átalakulás, mely Németországból kiindulva, egynehány évtized alatt az összes műveit nemzetek jogtudományát meghódította,

és mely ma már oly apró népnek, mint a hollandinak, és oly exotikusnak, mint az oroszoknak is minden újabb jogi termékére reásütötte bélyegét: ez átalakulás ma többé senki által sen ignorálható, ki a magánjogi tudomány bármely terén szót emel vagy tollat forgat.

Magánjogi tudományunkat ez újabb evolutio nem verte fel álmából. Mert álom az, terméketlen álom, miben tudományunk ez ága egy fél század óta lézeng. Szalay László fenkelt szellemű jogtudósunk «Publicistikai dolgozataiban» egy helyütt az ő korabeli magyar jogtudományt a száz évvel azelőtti állapottal hasonlítván össze, konstatálja, hogy a magyar magánjogi tudomány, ha a történeti segédszerek szaporításától eltekintünk, a Szegedy és Huszthy idejétől Frank Ignácig inkább hanyatlott mint haladt. «Az újabb időben, úgymond, midőn a magyar jogot olyannak tekintik commentátorai, melynek egyéb jogokban egyáltalában semmi előzményei, és külön egyébbel semmi kapcsolatai, valóságos visszalépést tettünk annyiban, mennyiben törvényeink magyarázatában Kittonich-tól Szegedyig a római és egyházi jogra folytonosak a hivatkozások ... Hogy a történelmi oldaltól elvonatkozva most a római és egyházjog mellé az igenleges jog philosophiája volna léptetendő, tagadhatatlan, és hogy ez nem történik, tudjuk, mert első dogmatikusaink az okozatnál nem szoktak emlékezni az okról. Különös, de való, hogy Szegedy tyrociniuma; és rubrikái, melyek száz s néhány évvel ezelőtt jelentek meg, tudományosság tekintetében éppen nem állanak alantabb fokon napjaink commentátorainál. A rendszer » egyszerűsége körül tették előlépések; a történelmi tudomány haladásával haladott ez vagy ama törvénycikkely hermeneutikája is; a diplomatica fényt. árasztott erre s amarra; de ez aztán a végre új pályát nyitó Frank fellépéséig minden.» Vajon, ha Szalay, tudományos újjászületésünk e lelkes előharczósa, most, több mint ötven év után, a fenti szemlélet folytatná, mit szólana mai magánjogi dogmatikánkról? Felhagyott-e hazai magánjogi tanunk azon iránynyal, mely szerint jogunknak «egyéb jogokban nincsenek előzményei és kapcsolatai»? Jobban vagyunk-e tisztában ma jogunk minden, tételénél a vonatkozás iránt, mely azt a római, a canoni, a német joghoz fűzi? És vajon

a tételes jog «philosophiája», mint Szalay nevezi, mai szóhasználatunk szerint, dogmatikája, mélyebbült-e tetemesen, vagy nem érjük-e be még ma is német tankönyvekből válogatás nélkül jól-rosszul lefordított definiciókkal, hazai törvényszövegeink semmitmondó paraphrasisával? Nem tervem és nem czéлом, hogy e helyütt újabb magyar magánjogi irodalmunkat — a mennyire van — bírálat tárgyává tegyem. De meggyőződés, hogy jogi irodalomtörténetünk jövő írója kérelhetetlenül ki fogja mondani az igazságot, melyet ma, a jelenben való elfogultság, élő viszonyok és emberek iránti tekintet és a múlt érdemeitől való egyre növekedő elidegenedésünk okából még be nem ismerhetünk: konstatálni fogja a visszaesést, melyet a magyar magánjog dogmatikája századunk második felében felmutat.

Frank Ignác még azon régi tudósainkhoz tartozott, kik a korabeli európai tudós társaság tagjaiul érezték magukat, ő még a nemzetközi latinnyelvű tudomány emlőin nevekedett, a mint maga is főmunkáját először latin nyelven írta. Ez külsőségnek látszhatik, valóban azonban e külsőségben jó darab garantiá volt a belső érték iránt. Jogtudományunk addig, míg latin nyelven szólt, a szó akkori értelmében európai volt. Kezdve a tizenhetedik századbéli nagyszombati romanistáinkon, le egészen a nemzeti tudománynak a jelen század elején történt megalapításáig» bármi különbözők voltak is az erők, melyek nálunk a jogírás és jogtanítás szolgálatába álltak: de az akkori európai tudományt tanították és latin előadásaikban és könyveikben az akkori Európához szóltak. Midőn Rende János József, a nagyszombati római jogtanár, a múlt század első felében az ő «Institutionum imperialium liber I» vagy a «Dissertatio juridicáját» Nagyszombaton sajtó alá bocsátja, ugyanazon forrásból merít, mint akármely wittenbergi vagy tübingeni collegája, nekik szól, az Ő nyelvükön szól és ezért szükségképén az ő nivåujukra kell állania, hogy megszólalhasson. És hogy a magyar jogról író tudóst említsék, Szegedy János Tyrociniumában a külföldön elismert romanistákra és kanonistákra épűgy hivatkozik; mint bármely korabeli német, németalföldi vagy francia romanista: Wesembeck, Barbosa, Mynsinger, Schmalzgrüeber az olvasmá-

nyai, és anyag, módszer és tárgyalási forma: egyazonos azzal, melyet az akkori tudományos Európában ismertek és elismertek. A mióta jogtudományunk nemzetivé vált, az európai nexus ezen külső garantiája elesett, és minthogy irodalmunk nyelvénél fogva el volt zárva a külföldi tudomány ellenőrzése elől, jórésben az író lelkiismeretére és lelkesedésére volt bízva, hogy a kisebb körrel, melyhez beszélt, le ne szállítsa álláspontját is. A ki ezen megjegyzésemet igazságtalannak érzi, annak felteszem a kérdést: hiszi-e őszintén, hogy újabb tudományos jogi irodalmunk, ha nyelve a külföldi ellenőrzés étlen nem védi, oly módon compilálhatott és plagiálhatott volna, a minthogy megtörtént, és gondolja-e, hogy minden magyar jogirodalmi termékünk a jelen, alakjában látott volna napvilágot akkor is, ha minden tudományos, termékre még ma is ki volna mondva.» — a minthogy, az irodalmi szokás pl. még Frank Ignác idejében tartotta, — hogy az egyidejűleg német vágy latin nyelven is megjelenjék?

Frank még a nemzetközi jogtudomány idejéből *való* volt. Az ő magánjogi. kézikönyve még. «Principia. Juris Civilis Hungarici» cím alatt jelent meg — .korához beszélt, még, a minthogy kora európai jogtudományából merhette, anyagát. Igaz, a kor, melyben Frank jogi kiképzését, nyerte, egy letűnő korszak végnapja volt. Midőn Frank 18 rí-ben a pesti egyetemen. a jogot hallgatta, ott künn Németországban »egy nálánál; alig tíz évvel idősebb fiatal embert hvtak a berlini egyetem tanszékére, ki mindent. felforgatni volt hivatva, mit a múlt század tudománya reá hagyott, célta, anyagot és formát, Savigny Hugó ez átalakító befolyása korunk tudományára, kortársának «közigazság törvényében § még alig érzik: húsz évvel későbbben e könyv dogmatikai részét, nem egy helyen, máskép írta. volna. De a mennyire a Savigny munkája e könyv, megjelenésekor már meg volt téve, annyiban Frank már ezt is felhasználja hogy mást ne mondjak, a Savigny. birtoktana e. könyvben, már szerencsésen egyesítve van decretumaink és a tripartitum fejtegetésével. Frank az utolsó magánjogi dogmatikusunk, a ki első kézből, és: teljesen meríti úgy a feldolgozandó joganyagot, mint a feldolgozásra .kellő tudományos eszköze: amazt az általa nagy könnyű-

seggel és biztossággal kezelt hazai jogforrásokból, emezt korának tudománytárházából, az uralkodó pandecta-doctrinából. Anyag és eszköz tekintetében magyar magánjogi dogmatikánk ezóta egyaránt visszament. Igaz: a feladat tetemesen nehezebb lett időközben. A 48 előtti magánjogunk egyszerű volt, mint az életviszonyok, melyeket szolgált. Ezóta az élet minden viszonyai rohamosan változtak, de a törvényhozás, minden gyári működés mellett sem tartott a fejlődéssel lépést. így történt, hogy régi törvényeink és az azok alapján fejlett tudomány hovatovább használhatatlanokká váltak, míg az újabb törvényhozás egyrészt oly sűrű és újszerű volt, hogy dogmatikai feldolgozása, főleg a hagyományos utakon kivihetetlennek tűnt; másfelől e törvényhozás, a sürgőforgó új európai élet milliónyi alakulataival szemben, szükségkép oly hézagos volt, hogy a tan, mely minden kérdésre kell hogy választ adhasson, a levegőbe kapkodott, hogy megoldást teremtsen a semmiből. Míg magánjogi, tankönyveink 1848 előtt a decretumokon, Werbőczy Hármaskönyvén és a Plánum tabularén fordulnak meg, addig újabb irodalmunknak legjellemzőbb vonása a forrásfundamentum hiánya, mely nélkül pedig minden jogi tan a levegőben függ. A régi jogforrások, melyek a 48 előtti jogtan kezdetét és végét képezték, itt csak elvétve mint cziráda láthatók. E helyett a törvénytől elhagyott dogmatikus bejárja Európát, hogy egy külföldi codex vagy javaslat egy-egy szakaszából, mely éppen keze ügyébe esik, bizonyítsa oly jogszabály létezését, melyre nálunk még törvény nincsen. Hogy az ilyen eljárás nem jogász; hogy a jogász alpha és ómegája a jogszabály vizsgálata, és hogy oly eljárás, mely magát a forráskritikán tulteszi és kénye szerint csapja rendszerré a szabályokat, bárhol és bármikép találta legyen is, a jogtudomány nevét csak bitorolja: nem szorul kifejtésre. E most, érintett könyvgyártás valóságos typusa, magánjogi tankönyveink leghasználtabbika: a Zlinskyé. Jellemzők e könyv forrásanyagára nézve a jegyzetek. Annak bizonyosságára, hogy egy bizonyos tétel a magyar magánjogban így vagy amúgy van, hol az osztrák vagy porosz codex, hol a bajor vagy drezdai javaslat, hol Dernburg porosz, hol Kirchstätter osztrák commentárja szerepel. Ily módon jog-

tant mi nem lehet. Aki a mai magyar magánjog rendszerét meg akarja írni, annak mindenekelőtt egy nagy élők munkát kell végeznie, melylyel a Frank-féle jogtudománynak foglalkoznia nem kellett, mert java részben már készen előtalálta; oly élők munkát, mely hasonlít a téglahordó fáradságos munkájához az építőmesteréhez képest; az anyagot mindenekelőtt gyűjteni kell, mielőtt azt fel lehetne dolgozni.

Gyűjteni az anyagot! Hihető-e, hogy a modern magyar magánjog forrásanyaga harmincz év óta, amióta az országbírói értekezlet a magyar jogot ismét érvényébe visszahelyezte, még mindig összegyűjtve nincsen? Háromféle törvényanyag volt az, melylyel a magyar magánjog magát alkotmányos életünk visszaállítása óta szemközt találta. A régi magyar törvények visszaállítottak — de vajon mennyi volt az, ami belőlük a változott viszonyokkal szemben igazán még életben volt? Az osztrák törvények eltöröltettek, de vajon mi volt az, ami belőlük mégis csak érvényben maradt? 1867 óta évről-évre újabb törvények hoztak, — de vajon ezen új aera törvényei nem voltak-e egy új törvényszellem termékei is, és ez esetben: nem volt-e e törvényekben más és több is, mint amit közvetlen tartalmuk jelentett? Az ember azt hinné, hogy mielőtt valaki meglevő jogunkat rendszerbe szedi, mindenekelőtt szemlét kell tartani az anyagról, melyet fel kell dolgoznia: a meglevő» irott joganyag constatalása és leltározása — úgy hinné az ember — az illetén munka első kezdete. E munka mindedig sincsen megcsinálva. Minden jogi tankönyvünkben hosszas fejtegetések folynak azon kérdésről, vajon a Werbőczy könyve mint törvény, mint jogkönyv, mint szokásjog, vagy mint sui generis jogforrás jön-e számba? Pedig ez a kérdés: mi okból érvényes nálunk a Tripartitum? sokkal kevésbé fontos, mint az: micsoda vajon csakugyan érvényes még ma is, Werbőczyből? Aki Werbőczy könyvét feldolgozná oly alakban, hogy mondatról mondatra kimutatná: mi az, a mi benne objectiv jogtétel, és mi az, ami benne kezdettől fogva csakis subjectiv, nem kötelező dogma és constructio, és az előbbi közül mely tételek azok, miket későbbi törvény megváltoztatott vagy megszüntetett, és melyek azok, mik ma is érvényben vannak — az meggyőződésem szerint

hasznosabb dolgot végezne, mintha a források előzetes felmunkálása nélkül három régi magánjogi kézikönyv alapján egy új negyediket írna. A hatályban levő osztrák eredetű törvények kútfői alapjáról könyvben s tanszéken sok épületeset mondanak. De vállalkozott-e már valaki azon munkára, hogy az osztrák polgári törvénykönyvben jelölje ki egyenkint azokat a szakaszokat, miket az országbírói értekezlet érvényben hagyott? Az ideiglenes törv. szabályok 20. §-a fentartja a nevezett törvénykönyv «azon rendeleteit, melyek a telekkönyvi rendelettel kapcsolatban állván, a telekkönyv tárgyát képező valamely dologk szerzése vagy elidegenítése módjait meghatározzák» és a 156. §. szerint hatályukat megtartják a törvénykönyv azon határozatai «melyek a telekk. rendeletekkel egybefüggésben állanak s a melyek valamely telekk. jog megszerzésére vagy elenyésztére alapul szolgálnak.» Könyvet lehetne írni e két szakasz értelméről és következményeiről. Az osztrák polgári törvénykönyv összefüggő, egységes és meggyőződésem szerint bámulatlan következetességgel keresztülvitt jogrendszer. Százszorosok a szálak, melyek minden egyes szakaszát a törvénykönyv többi részeivel összekötik. Nem kell hozzá nagy tudomány, aki csak a törvénykönyvnek valamely útmutató kiadását, pl. a Geller Leo ismeretes könyvét kézhez veszi, ahol minden szakasz végén a hozzá vonatkozásban levő rokon szakaszokra talál utalást, csakhamar meglepő és mégis természetes tapasztalatra jut. Felütöm pl. a szolgálat tartalmát körülíró 472. §-t. Ez két' ségtelenül a telekk. rendelettel kapcsolatban áll. £ szakasz végén utalás történik a vele kapcsolatban álló 307. és 315. §-ra. Felütöm a 307-et: itt utalás történik a 15. 859, 860. 1342-re. A 313-nál ismét hivatkozás van az 1459-re, az 1459-nál ismét a 387-re, a 387-nél a 343-ra, ez utóbbinál az 1319, 1373, 1374-re stb. a végtelenbe. A logikai tétel, mely szerint, ha két kapcsolatos dolog közül az egyik egy harmadikkal kapcsolatban áll, e harmadikkal szükségképen a második is kapcsolatos, oda visz, hogy a telekkönyvi rendelet kisérétében nyakunkba toljuk az egész polgári törvénykönyvet. Ez nyilván el nem fogadható. De hol van itt megállapodás? A telekkönyv birodalma az ingatlan vagyonyjog. De ha az osztrák

ingatlan vagyongjog valamely monográfiáját elővesszük, pl. a Strohal Eigentumserwerb-jét vagy az Exner Hypothekenrecht-jét: vessünk csak egy pillantást a jegyzetekben idézett törvényhelyekre: e szakaszok mind az ingatlan tulajdon vagy zálogjog egy-egy kérdésére vonatkoznak — ki vonja meg és mely kritérium szerint vonja meg a határt az ideiglenes törv. szabályok 20. és 156. §§-ai által érvényben hagyott és nem hagyott törvényszakaszok között?

És mégis: e munkának meg kell történnie, mert előbb a létező magyar magánjog megírásáról még csak szó sem lehet. Aki e feladatot el fogja végezni, elvégezni azon gondossággal és lelkiismeretességgel, melyet a forráskritika felelősségteljes munkája megkíván, az kétségtelenül reá fog jönni, hogy azon kapcsolatnál fogva, melyben az osztrák törvénykönyv felfogása szerint a szerzési mód a kötelmi címhez áll, mi kénytelen-kelletlen az osztrák ingatlan dologi joggal együtt! egy igen tetemes rész osztrák kötelmi jogot is átvettünk; reá fog jönni, hogy miután a telekkönyvi bejegyzés tárgyát képező jogok tartalmát az osztrák codex határozza meg, az: ingó dologi jogok tartalma és jogi structurája pedig az ingatlanokéval nem ellenkezhetik, az osztrák dologi jog igen széles kiterjedésben határozó lett ingó vagyongjogunkra is; reá fog jönni, hogy miután a családjog jórészen alkalmazott vagyongjog, az örökjog vagyongjogi utódlás és az u. n. általános rész csak a különös részbeli szabályok abstractiója, az osztrák jog nálunk, az országbírói szabályok 20. §-a révén és szerzőine[^] bizonyosan személyes szándéka ellenére, a fogalmi kapcsolat kényszerűségénél fogva sokkal nagyobb részében van érvényben, mint azt elméletünk, mely e kérdésben rendszerint ama 20. §. pusztá leírásával éri be, be szokta vállalni. De ez általános kijelentéssel még semmivel sem jutottunk közelebb feladatunkhoz. Aki a mai magyar magánjogot megírja, attól megköveteljük, hogy ő végezze azon lényeges feladatot, mely elől az országbírói értekezlet ama határozatlan 20. §-ával kitért, hogy szabadítsa ki és gondolja ki végig azt a gondolatot, melyet ama férfiak e rövidke szakaszba zártak; hogy szakaszról-szakaszra mélyedjen a részletbe, de úgy, hogy a lényegest és az egészet soha szem élők

ne téveszsze és e szerint válaszsza ki tételenkint: mi lett magyarrá az osztrák codexből és mi maradt tőlünk idegen.

Nem sokkal könnyebb és egyenlően szükséges előmunkálata a magyar magánjog megírásának az, mely érvényben levő hazai törvényeinkre vonatkozik. Codex nélkül vagyunk egyelőre, de nem vagyunk törvény nélkül. Ez elég számos, főleg újabb törvényünk pedig egytől-egyig többet jelent, mint amit a czíme indicál. Hogy perrendünkben és végrehajtási törvényünkben számos az anyagi intézkedés, hogy gyámsági törvényünk egész csomó olyan dologról is intézkedik, mi e törvény keretébe sem tartozik, kiki tudja, ki valamikor kezébe vette^ De kevésbé ismeretes törvényeink is hemzsegek a magánjogi vonatkozásoktól. Egy példát száz helyett. Ki keresne anyagi magánjogi tételt a «közvetlen illetékek kezeléséről» szóló pénzügyi törvényben? Es mégis az 1881: 34. tcz. 39-§-ában egy új törvényes zálogjogot alapít meg és a telekkönyvi rangsorozatra vonatkozó szabályokat az állam bizonyos követeléseinek tekintetében egy újabb tétellel gazdagítja. Aki tényleges mai magánjogunk összes törvényanyagát össze akarja állítani, annak nem szabad a mi ex asse civiljogi törvényhozásunkra szorítkoznia. Az összes törvénytárt kell vallatóna fognia és tekintet nélkül a törvény czimére, alkalmára és tárgyára, onnan venni a magánjogi vonatkozásokat, ahol találja. De a tulajdonképeni magánjogi törvényeink is rendszerint többet rejtenek magukban, mint amennyit a törvényhozó beléjük fektetett. Az ismeretes mondat, hogy a törvény sokszor bölcsőbb, mint a törvényhozó, különösen ottan áll, ahol a törvényhozás, mint az újabb magánjogi minálunk, jobbadán külföldi példák nyomán indul. Minden törvénytársaknak meg vannak a maga fogalmi előzményei és aki ivalamely törvényt recipiál, az e törvényben implicite magáévá teszi a fogalmi előzményt is, amelynek az folyománya. Ily világitásban merem mondani, hogy pl. a német kereskedelmi és csődtörvénynel több pandektajogot recipiáltunk, mint a mennyi új jogot Németország e törvényekkel nyert.

Téves dolog kétségtelenül, ha a kereskedelmi törvény minden tételét általánosítva, azt minden megkülönböztetés nélkül a közönséges magyar magánjog kötelmi jogának

állítjuk, mint ezt például Zlinszky a maga könyvében tette. Ez eljárás, mely a keresk. törvény 1. és 264. §-ának teljes ignorálásán alapszik, valóságban meghamisítja polgári jogunkat és felforgatja a logika ismeretes tételét, mely szerint az általánosból a különösre igen, de a különösből az általánosra következtetni nem lehet. De másfelől bizonyos az is, hogy nem *jus singulare* mindaz, amit a keresk. törvény magába foglal. A kérdés, melybe e különös törvényeink minden tételénél esetről-esetre bele kell mennünk, éppen az: Trivételt akart-e a törvényhozó e tételével statuálni a közpolgári szabály alól, vagy a szabályt akarta-e a *jus singulare codificatio*ja alkalmából, az ingadozó közönséges jogi gyakorlattal szemben, kifejezésre juttatni? Néhol a keresk. törvény maga mondja, hogy intézkedése a közönséges magánjogot is illeti. így péld. a bemutatóra szóló papírok jóhiszemű megvétele vagy zálogbavétele esetén a 300. §. egy abszolút hatályú *publiciana actio*-t állít fel, kifejezetten különbség nélkül, vajon kereskedők voltak-e a felek vagy sem és vajon kereskedelmi volt-e az ügylet vagy sem? De ahol a törvény a szabály általános magánjogi voltát nem is mondja ki, néhol kétségtelen, hogy a keresk. törv. külön rendelkezéséből nem szabad a *contrario* arra következtetni, hogy az általános magánjogra más szabály állana. így pl. a 270. §. azon kijelentése, hogy kereskedelmi ügyekben az egytetemes adós az *exceptio ordinis* vagy *divisionis*-sal ném élhet, bizonyára nem azt akarja mondani, hogy a közönséges magánjogban ezen kétrendbeli kifogásnak helye van. Kétségesebb már a dolog az olyan intézkedések tekintetében, mint pl. a 348. §. szerinti *actio redhibitoria* és *quanti minoris*. Zlinszky itt is, mint majd az egész kötelmi jogon keresztül, általánosít és e §-t általános magánjoginak jelenti ki. Nézetem szerint tévesen, mert szerintem kimutatható, hogy általános magánjogunk a *redhibitoriát* igen, de a *quanti minoris*-t nem ismeri és bár a kereset közpolgári ügyekben is árcsökkenésre irányítható, ez utóbbi nem a *quanti minoris*, hanem a közönséges *actio* elleni elvei szerint számítandó ki, mi lényegesen eltérő eredményre vezet. íme: azon kérdés, vajon egy kereskedelmi jogi rendelkezés csakis kereskedelmi jogi vagy általános magánjogi

értelemben magyarázandó — felette finom, minutiosus vizsgálatot igényel és hasonlóan vagyunk a csődjog, a váltó-, az ipar-, a telekkönyvi, a különleges törvények mind-egyikében.

Am a törvényanyagnak ily szempontból való elrendezésénél meg nem állhatunk. A concret törvényszakasz felett áll a jogelv, amelynek amaz folyamánya. És ha a kapcsolat ezen jogelv és ama concret intézkedés között kétségtelen módon ki van mutatva, akkor ki van mutatva az is, hogy ama concret törvényszakaszszal együtt jogunkba be van fogadva ezen általános jogelv is. Így kifejezhető és ki is fejtendő az explicit jogszabályaink kíséretében egész sora az implicit jogszabályoknak, melyek, bár sehol szövegezve nincsenek, csak oly valóságban vannak benne jogrendszerünkben, mint amazok; ha valahol, úgy itt talál a hallgatóságos kijelentés terminusa: ez implicite kifejezett jogszabályok valóságos hallgatóságos törvények. Hogy megpéldázzam gondolatomat: a *condictio sine causa*, a *condictio causa data*, az *actio de in rem verso* nálunk törvényben rendezve nincsen. De vannak folyamány-törvényeink, melyek amaz intézményeket fogalmi kényszerűséggel előfeltételezik. így a *condictio sine causa* ej. van ismerve a váltójogi gazdagodási keresetről szóló váltótv. 90. §-ában; el van ismerve a csődtörvény számos tételében, melyet másképen mint a *condictio sine causa* alapján construálni nem lehet. így a csődjogi *separatista* a csődt. 43. §. alapján oly esetben, midőn a visszakövetelhető dolog elidegenített, a tömegbe befolyt ellenértéket követelheti, — ez *condictio sine causa*; így tömegtartozást képeznek «a tömeg jogtalan gazdagodásából eredő követelések» — *condictio sine causa*; így a megtámadás a 33. §. szerint a jóhiszemű szerző ellen csak a jelen gazdagodás erejéig intézhető — *condictio sine causa*; így a megtámadott viszontteljesítése csakis a tömeg gazdagodása esetén (melyet a magyar törvény a német ellenére vélelmez) követelhető vissza — mindmennyi *condictio sine causa*. Sőt a csődtörvény egész megtámadási fejezete — mint másutt kifejtettem, — csakis a *condictio sine causa* alapján érthető és adja meg ezen egész fejezet fogalmi alapját. A *condictio sine causa* elvén sarkalnak végül — mint Exner

meggyőzőleg kimutatja — a telekkönyvi rendtartás szerinti törlési perek is; az eredeti érvénytelenség miatti kereset valószínűs conductio sine causa, esetleg conductio indebiti, causa data non secuta, — az elévülés vagy más elenyészési mód miatti kereset pedig conductio causa finita. Hasonlóképpen az actio de in rem verso törvényben kimondva nincsen, de midőn a csódtörvény külön kielégítési jogot ad azoknak, kik bizonyos dologra valamit hasznosan fordítottak» implicite elismerte a kielégítési joggal együtt a követelést propter versionem in rem is. A pandektajognak számos régi ismerőse éled fel ily módon, mihelyt újabb törvényeinket az alapul fekvő elvekre vizsgáljuk. Valóban, a római jognak újabb, sajtóságos receptiója az, mely hazánkban ez újabb, többnyire Németország nyomán haladó magánjogi törvényhozásunk által végbemegy — a másodkézből való receptiónak egy neme. E tünemény oka igen egyszerű. Németországban a római jog kiivott széltiben és így természetes, hogy az kifejezésre talált újabb törvényeiben is — ők a római jogon át jutottak el e törvényekhez; mi pedig ez újabb német törvények tartalmát recipiáltuk és így világos, hogy e törvényeinkben most benne van jó darab a német törvények e forrásából is — a német törvényeken át jutottunk vissza a római joghoz.

Összefoglalom, amit az írott jog anyagának gyűjtéséről mondtam. Aki a magyar törvényanyag, vagy helyesebben (minthogy itt egyéb írott jogforrásainkról, mint az osztrák törvénykönyv, Werbőczy, az ideigl. törvénykezési szabályzatról is beszélek!, aki a magyar civiljog írott joganyagának gyűjtésére vállalkozik, arra kettős feladat vár: kiválasztani a teljes anyagból az érvényes tételeket; és kifejteni e tételekből a teljes tartalmat. Csak aki a kettős munkát végzi, mondhatja, hogy kezében van az egész anyag. De aki csak az elsőt is keresztülvinné, szükséges és hálás munkát teljesítene. Teljes törvényanyagunkból az érvényes tételeket kiszemelni: ez éppen két döntő szóval több, mint amivel jelen magánjogi tudományunk dicsekedhetik. Mert ez utóbbi nem dolgozik a teljes anyaggal — mert a félreeső forrásokat elhanyagolja; és nem szorítkozik az érvényes joganyagra, mert hol történeti avult reminiscenciákkal, hol külföldi törvényhozások

homályos analógiáival surrogálja az élő magyar joganyagot. Aki a Zlinszky könyvét ismeri, ahol egy-egy élő magyar tétel igazolásául, hol egy régi, avult, egészen más viszonyokból fakadt decretumra, hol a hesseni vagy drezdai javaslatra történik hivatkozás — érteni fogja, mily anyag összehordására *nincsen* szükség. És aki például a Mandry könyvét («Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze») ismeri, melyben az újabb német birodalmi törvényekből az összes magánjogi tételek bámulatraméltó szorgalommal és körültekintéssel összeállítvák, — az érteni fogja, mily fáradtságos, de mily nélkülözhetetlen munkát teljesítene az, ki megírná az élő magyar irott jog anyaggyűjteményét.

Hol törvényhozás nem teremt, hol tudomány nem fejlődött, ott mindkettő tisztét pótolja a *gyakorlat*. Es valóban, ha előítélet nélkül szemléljük a magyar bíró helyzetét; ha megfontoljuk, mennyire a saját erejére utalva, elhagyva a a törvény és a doctrina útmutatásától, egymagában kénytelen megküzdeni a mindennap ezer kérdésével; hogy oly rohamos társadalmi átalakulás közepette, melyhez hasonlót az újabb Európa egy állama sem mutat, egy emberöltőn keresztül az ő kezei alatt változott át a rendi, hűbéri, ösiségi forgalomellenes, nemzeti, elzárkózott régi jog a 19. század demokrata, mobilis, forgalomkedvelő, európaközi jogává: lehetetlen, hogy minden hiányai és balsikerei mellett is működését ne méltányoljuk. A törvényhozó elhanyagolhatja feladatát, a tudós meddő tépelődésbe tévedhet; de a bíró meg nem tagadhatja a jogmondást. Neki hinnie kell a jog létezésében, ha a törvényhozó rendezetlenül hagyja is az életét, ha a tudós non liquet-tel válaszol is kérdésére. A törvény, mely amannak csak tervezet, emennek csak tanulmány, az ő kezében lesz eleven erővé, rendező hatalommá, joggá. De éppen azért joggá lesz az ő kezében a nem-törvény, a tévesen felfogott törvény, sőt a törvényellenesség is — mert életében nyilatkozik a jog és joggá lesz minden, mi a gyakorlatban kiküzdí az életet.

A bírói jog e felfogásából világos annak szerepe a jogrendszerben. A bírói jog valóságos jogforrás, még pedig nemcsak felismerési forrása a már létező, rajta kívül fejlődött

jognak, hanem valóságos jogteremtő forrás. Ezen tétel, mely a történeti iskola uralkodó doctrinájával ellenkezik, de amely a francia és angol gyakorlatban mindig elismerve, újabban a német elméletben is oly kiváló bölcselő elmék, mint Bülow és Zittelmann által védetik, e helyütt kellőleg meg nem alapható. De annyi egynéhány szóval is világossá válik, hogyha a jog formai kritériumát annak tényleges jelen uralmába és az emberek azon meggyőződésébe helyezzük, hogy az uralom jövőben is tartani fog (így Zittelmann: *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, Archiv f. civ. Prax. 16 köt.) — akkor az állandó és következetes bírói gyakorlat is jogot teremt. Hogy mi indokból teremti ez új jogot: téves felfogásból vagy tudatos tendenciából — e jogképzés érvényére nem lehet kihatással; a vétkezen tévedő, vagy az önkényes bíró felelőssé lehet ugyan fegyelmi hatósága előtt, de ha csupa egyformán tévedő, vagy egyazon irányban következetesen önkénykedő bíró volna a világon, az általuk következetesen gyakorlatba vett jog mégis csak jog volna. Lélektani sajátsága az embernek, hogy egy eredménynek bizonyos okból való jövő bekövetkezését csak akkor tartja bizonyosnak, hogyha ugyanazon eredménynek ugyanazon okból való állandó bekövetkezését a múltban tapasztalta. Ezért csakis a következetes jogmondás teremt jogot; de a gyakorlat e joga azután valóságos jog lesz, tekintet nélkül az alap törvényességére, amelyen nyugszik. Szükségtelen mondanom, hogy ezzel nem a bírói önkényt akarom hirdetni. A bírói tévedés kerülendő, a bírói önkény büntetendő. De a bírói szokásjog ezen hibás eredete mindkét esetben nem zárja ki, hogy ha a szokásjog ez alapon egyszer keletkezett, mégis csak megvan, és erejét és hatalmát a törvényhozó, valamint nem ő adta, úgy el sem veheti, mert ereje az emberi természet pszichológiájában gyökerezik. Mindennek elméleti kifejtése a szokásjog érdekes tanába tartozik. De gyakorlati súlya a magyar magánjog szempontjából abban van, hogy *élő magánjogunk fél extstentiája az esetjogban rejlik. Az esetjogban él magánjogunk java része és az esetjogból reconstruálandó.*

Angliában hagyományos tan, hogy a Common Lawban, azaz a bírói praejudiciumokban, rendezve van minden és hogy az újabb bíró csak élő szóba foglalja azt, mit az ősök

bölcsésége látatlanul elébe irt. E tanban, mely az angol hypokrisis és az angol conservatismus sajátyszerű vegyüléke, egy fictio rejlik — és ezt a hypokrisis szülte; de benne van egy egészséges gondolat is — és ezt az angol szellem conservatismusa érlelte. A fictio abból áll, hogy az ősök bölcsességének köntöse alatt az angol bíró tényleg akárhányszor sajátját árulja — ugyanazon mesterség, melyet a római praetor gyakorolt, mikor sub specie juris civilis adjuvandi a régi jogot sarkaiból kiemelte. De az egészséges conservativ gondolat, melyet ama tan kifejezésre hoz, abban rejlik, hogy bár az Ítéletek összessége teszi a Common Law-t, ez utóbbi mégis felette áll az egyes Ítéletnek; hogy az Ítéletek nem egyenértékűek; hogy egy nap eseménye, ember tévedése vagy szeszélye nem döntheti fel száz év és ezer ember tapasztalatát; szóval, hogy bár a judicatura alkotja a Common Law-t, de nem alkotja az egyes Ítélet.

Ez elv áll minden esetjogra. A bírói jog is csak küzdelem útján vivja ki érvényét és csak a győztes elv lesz esetjoggá. Ezért, ha újabb judicaturánk valamely gyűjteményét előveszszük, mint az pl. a Döntvénytárnak eddigelé megjelent mintegy 60 kötetében, vagy a Márkus Dezső köszönetre méltó repetitoriumában jelentkezik, még nem tartjuk kézben a magyar esetjogot. Az eíféle gyűjteményben közölt anyag sok is, kevés is. Sok, mert döntvényjog számban közöl mindent, ami kezébe esik, a lényeges mellett a lényegtelent a tartalmatlant vagy tévesét is — és ezáltal a joggyakorlatot, melyet vezetnie kellene, még inkább megzavarja. És kevés, mindenekelőtt kevés: mert azt, hogy miben áll voltaképen a mi igazi esetjogunk, csak az összes, nem pusztán ténykérdésben forgó, hanem öntudatosan jogelvet kimondó ítéleteink alapján lehetne construálni. De e judicaturánkból mennyi jut tényleg nyilvánosságra? A hazai magánjogi judicatura közlésével eddig kizárólag szaklapjaink mellékletei foglalkoznak. Köszönet jár nekik ezért is, mert náluk nélkül tán ennyi se volna. De vajon megnyugtató módja ez az anyaggyűjtésnek? Angliában a számtalan magános vállalkozó és jogi szaklap mellett külön hivatalos testület áll fenn, melynek egyedüli célja a döntvénykiadás. Az 1865. óta fennálló Incorpo-

rated Council of Law Reporting, mely az Inns of Court keblében alakult és hivatalos állást vívott ki, évi kilencz-tíz kötetben gondos szerkesztésben adja ki az angol bíróságok elvi jelentőségű döntvényeit. Az amerikai Egyesült-Államokban több mint 40 Law Journal, Law Review, Law Register, Legal News stb. című szaklap majdnem kizárólag a döntvényközléssel foglalkozik, de e mellett a legkiválóbb tudósok és bírák — mint Wheaton, Howard, Wallace és mások — szerkesztik az évenként számos kötetben megjelenő Law Reportok-at. Franciaországban a sok szaklap állandó közlései mellett ott van a Jean Baptiste Sirey által 1802-ben megalapított és ezóta különböző jelesek által folytatott Recueil général és a két Dalloz testvér által alapított Recueil de jurisprudence général. Németországban a Seuffert Archiv-ja mellett, mely a tudományos bíráskodás valóságos kincseshányója, ott voltak a hivatalos Entscheidungen des preussischen Obertribunals, Entscheidungen des Oberhandelsgerichtes-féle gyűjtemények, ott van ma a Reichsgericht tagjai által kiadott hivatalos «Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes». És közvetlen szomszédunknál, Ausztriában, nem kisebb tudósok, mint Glaser és Unger, az osztrák újabb jogtudomány megalapítói és zászlótartói nem csekélték a vállalatot, hogy a főbíróági magánjogi döntvényeket gyűjtésük, gondosan megszerkesztésük és hosszú éveken át kiadásukat ellássák; újabban, Glaser halála óta, Pfaff Lipót, a jeles jogtanár és tudós, lépett helyébe. E gyűjtemények egytől-egyig gondos eset-tanulmány és eset-kiválasztás útján készülnek, az esetek, ahol kell, nagy figyelemmel szövegezvék, és kimerítő, a tudományos systematika legfényesebb igényeit kielégítő évi és évtizedes tárgymutatók könnyítik kezelésüket és áttekintésüket.

Tartozunk vele az esetjog, főleg hazai rendezetlen jogállapotunk melletti elsőrangú fontosságának, tartozunk vele főbíróságunk tekintélyének, tartozunk vele tudományunk hírnevének és tudományos vállalatunk hitelének, hogy bírói esetjogunk megfelelőbb alakban lásson napvilágot. Egy Seuffert Archivuma, egy Glaser-Unger-Walter vállalatához hasonlót kell, még pedig mentül előbb kell létesítenünk nekünk is. Oly vállala-

latot, melynek tényleg az egész legfőbb bírósági anyag állana rendelkezésére és a Curia vezérfitai vezetésében, figyelmeztetésében és szellemi támogatásában részesülne, hogy minden, ami a Curiaán megforduló magánjogi anyag közül tartalmas és értékes, nyilvánosságra jusson. Oly vállalat kell, mely nem nyersen közli az anyagot, de mely, ahol szükséges, utána segít, a lényegtelenet kihagyja, a lényegest kiemeli, a döntés előtt, ahol kívánatos, a tényállást összefoglalja és a kimondott elvet lehető gondossággal kiszemeli és szövegezi. Így tesznek az angol reportok, melyek a kimondott jogszabály és indokolása mellett még a tényállást (statement of the case), sőt még a felek érvelését (argument and brief) is közlik; így tesz a Reichsgericht kiadóbizottsága, midőn az előrebocsátott tényleírás és a döntés után «Aus den Grundén» czime alatt az indokok gondosan megszerkesztett kivonatát közli; és így tesznek az osztrák «Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen» szerkesztői, kik annyira mennek, hogy maguk szövegeznek kezdettől végig minden esetet, és még az indokokat is csak közvetett beszédben, saját szövegezésük szerint közlik.

A vállalat időszerűsége és szükségessége a fentiek után indokolásra nem szorul. Legyen csak szabad a keresztülvitel lehetőségét és módját egynéhány szóval megérintenem.

A «Magyar magánjogi döntvények gyűjteményét» a magyar kir. Curia civiljogi döntvényeinek mintegy félhivatalos kiadásaként gondolom. Megkérendő volna a kormány támogatása, megkérendő a felső bíróságok vezérfitáinak pártolása is. Az anyag gyűjtése sőt részben előkészítése legcélszerűbben a Curia tanácsjegyzői által volna eszközölhető, kik e munkára a kormány által egyenesen felvolnának hivandók és kiknek a tanácsülésben előforduló jogesetek ilyenén összeállítása és a bennök rejlő jogelvek szövegezése egyúttal alkalmas gyakorlatul is szolgálna. Közlendő volna csak a Curia Ítélete egész kiterjedésben, az alsóbb bíróságoké csak kivonatos rövidséggel, amennyiben a curiai döntés megértésére szolgál. Ez által elérnének, hogy egy-egy kötetben háromszor több eset férne el, mint az ellenkező praxis mellett és végre is arra, hogy minden harmadrangú eljárásbíró íté-

léte is megörökíttessék, semmi szükség sincsen. A vállalat vezetésével legalább két és legfőlebb három szerkesztő bíznának meg, kik e munkáért megfelelő díjazásban részesülnek és kik közül az egyiknek elméleti jogtudósnak, a másiknak (esetleg a másik kettőnek) a gyakorlat emberének (esetleg-egyik bírónak, másik ügyvédnek) kellene lennie. A vállalat költségei első sorban előfizetések útján, másodsorban a kormány segélyezése, harmadszor a szaklapok részvétele útján volnának fedezendőek. A szaklapok részvétele alatt a következőt értem: Szaklapjaink mindegyike jelenleg külön-külön adja ki, melléklet alakjában, a jogeseteket. E munka, a papír és nyomtatás tetemes költségbe kerülnek. E külön-külön készült mellékletek helyett e lapok jövőben a vállalatunktól kiadandó «Magánjogi döntvények gyűjteményét» mellékelnék, amiért azután vállalatunkat megfelelő javadalmazásban részesítenék. Fentartom magamnak, hogy ez eszmét kellő alkalommal kellő helyen értékesítsem. Itt csak a gondolatok összefüggésénél fogva voltam bátor megpendíteni. Ez eszme alapja és indító oka pedig azon meggyőződésem: *hogy a magyar esetjogot előbb össze kell gyűjteni, mielőtt magánjogunk meg volna írható.*

De az esetjog gyűjtésével is csak feles munkát végzünk.. Nemcsak gyűjteni kell azt, de fel is kell dolgozni. Tudományunk e tekintetben is majd mindennel maradt adós. A ki a magyar magánjog rendszerét megírja, attól megkívánjuk, hogy könyvének minden tételét a létező jog forrásaival igazolja. Kodifikálatlan jogban, mint a mienk, e jogforrás többnyire csak a gyakorlat lehet. Ebből a magyar magánjog felépítésének egyik nélkülözhetetlen előmunkálata áll elő. Elő kell venni az összes összegyűjtendő jogeseteinket, esetről esetre megállapítani a bennük kimondott jogszabályt és ezután az esetet a rendszer illető helyére — esetleg több helyére is, ha több a benne rejlő jogszabály — elhelyezni. Ha csak a Dárday-féle Döntvénytár több mint hatvan kötetének tartalmát ily szempont szerint széllyel bontanok, és az eseteket valamely magánjogi kézikönyv, pl. Zlinszky illető lapjai mellé írónok: ámulattal látnók, mennyivel gazdagabbak vagyunk, mint sejtettük. A hol Zlinszky valamely jogtétel mel-

lett más forrás híján a Windscheid pandektáira, a szász kódexre vagy éppen semmire sem hivatkozik: feltűnne egyszerre a bírói praejudicium vagy a praejudiciumok sora, mint jogforrási bizonyosság. Hús és izom rakódnék le a rendszer csontváza köré és a mit törvényhozóink a semmiből teremtetőknek vélték, ott állana egyszerre szemünk előtt, mint nagy részben már élő és működő: *a magyar magánjog*. Igaz, e praejudiciumok nem egységesek, sok tárgyról mindenféle ítélet létezik, és a mit Alciatus az ő korabeli jogtudósokról mond, nagyrészt e döntvényekre is áll: *multae sunt opiniones, quae mutuis telis corruunt*. De a hol a bírósági gyakorlat még végkép meg nem állapodott, ott a tudománynak a döntvények e harcát nem mellőzni kell, hanem bele kell magát ártania és bajtársul melléje állnia a helyesnek. Ha tudományunk ezen fontos hivatását el nem hanyagolta volna; ha húsz év óta, a mióta új bírói szervezetünk működik, benne állana a jogéletben és bíráló figyelemmel kísérené a gyakorlatot; ha tudomást vesz az esetjogról és tanácsával és útbaigazítása val részt vesz a szokásjog szülei munkájában: akkor ma tovább volna már esetjogunk, mint a hol van. és döntvényjogunk tarka kísérleteiből öntudatos, egységes esetjogi rendszer fejlett volna. E munkát pótolnia kell. A hol a gyakorlat ugyanazon kérdésben kétféleképpen döntött, ott előáll a tudomány joga és kötelessége, hogy az egyenlő külső tekintélyvel szemben azon döntést hirdesse érvényes jognak, melynek nagyobb a benső ereje. Midőn így a forrongó bírói jogképzés közepette a tudomány nemcsak regisztrál, hanem összehasonlít, bírálgat és kiválaszt: nem hamisítja az esetjogot, hanem vezeti: a tudomány és gyakorlat e kölcsönhatásából pedig előáll ama szerencsés együttműködés, mely Rómában egy ezredéven át pótolta és előkészítette a kodifikációt.

Nálunk is e szerep jut e szövetségnek. Mert nálunk is a létező magyar jognak gyakorlati kiépítésére és tudományos felismerésére nemcsak a jelen alkalmazás, hanem a jövő előkészítése szempontjából is van szükség. Szükség van reá a jelen céljaira, mert hovatovább tűrhetetlen azon állapot, hogy oly joggal élünk, melyet nem ismerünk, hogy a jogot,

mely a gyakorlatban él, hat és működik, nem vesszük be öntudatunkba. Ha össze lesz gyűjtve az élő magyar jog írott és nem írott anyaga, ha öntudatunkba emeljük jogunkat, melyet most csak tapogatózva és ösztönszerűleg alkalmazunk: akkor ismétlődni fog a Molière Monsieur Jourdainjának csodája, ki tudós társaságban «prózáról» hall beszélni, és ki midőn megtudja, mit értsen e tudós szó alatt, csodálkozva felkiált: «hisz akkor én is mindennap prózában beszélek!» Mi is prózában beszélünk hosszú évek óta, csak öntudatunkra nem jutott. Törvényeinkben és gyakorlatunkban élő jogunkat öntudatunkba emelni: ez a magyar jogtudomány feladata. De-szükség van e feladatra a jövő kodifikációja szempontjából is. Mert ha igaz, hogy a jövő kodifikációja nem a felhőkből fog-reánk szakadni, hanem a jelen alapján fog felépülni: akkor a jelen jog felépítésével alapját vetjük a jövőnek is. A német birodalomban évek óta készül a jövő század magánjogi codexe, E kódex, bármennyire késék is, minden valószínűség szerint előbb fog elkészülni, mint a mienk, és mindenesetre döntő kihatással is lesz reá. De hogy milyen legyen e kihatás; vajon-fejlesztteni fogja-e saját jogunkat, vagy megsemmisíteni; vajon megalkuvás lesz-e sorsunk vagy megadás; vajon hazai jogunkba fogjuk-e elveit befogadni vagy hazai jogunk *helyébe*; ez attól függ, ki lesz-e akkor építve mai létező magánjogunk rendszere vagy sem? Ha lesz, akkor a német kódex csak módosítani fogja és fejleszteni; ha nem lesz, akkor in complexu be fog hozzánk nyomulni a német kódex, és nincs erő, a mely feltartsa. Mai magánjogunk felépítésétől függ, hogy nemzeti fen állásunk második ezredének törvénye ne *idegen* legyen, hanem a *magunké*.

I.

A birtokosi akarat kérdéséhez.

I. *A kir. Curiar* Visszahelyezési keresettel csak oly úthasználatnak megháborítása orvosolható, mely más tulajdonát képező ingatlanon mint dologbani jog gyakoroltatott, e szerint az úthasználatnak, hogy annak megháborítása visszahelyezési keresetnek alapját képezhesse, szolgálmi jog jellegével kell bírnia, vagyis az utat használó *szándékának oda irányozottnak kell lennie*, hogy azt vagy mint *már megszerzett szolgálmi jogot*, vagy hogy a birtoklást mint *a jognak elbirtoklás által való megszerzésére alkalmast gyakorolja*, (Döntvtár XIV. 51.)

II. A bpesti kir. tábla: ... Minthogy pedig visszahelyezési keresettel csak oly útnak használatába leendő visszahelyezés szorgalmazható, a mely útnak használata más tulajdonát képező ingatlanon *mint dologbani vagyis szolgálmi jog* gyakoroltatott, a felperes azonban *nem is állította, hogy az átjárást mint szolgálmi jogot gyakorolta volna s az alperesek azt mint olyat eltűrték volna*: ily körülmények között tehát az alperesek tetszésétől függő, s illetve azok által eltűrt, de szolgálmi jog jellegével nem bíró időleges birtoklási igények visszahelyezési keresettel nem érvényesíthetők, ez okból a felperest keresetével elutasítani kellett. (8176/1888. sz.)

A kir. Curia: A másodbíróság ítélete helybenhagyatik. Indokok: Jelen sommás visszahelyezési perben azon kérdés képezi az elbírálás sarkpontját, vajjon volt-e felperes a kérdéses útnak alperesek tetszésétől függetlenül háborítlan használatában, vagy nem volt-e a per során minden kétséget kizárólag bizonyított használat az alperesek, mint az út által átmetszett földterület tulajdonosainak tetszésétől függőleg csupán csak tűrve, illetőleg megengedve? Ezen szempont pedig azért volt perdöntőnek felismerendő, mivel tépales maga sem állítja, hogy az út használata tekintetében nyilvánkönyvileg biztosított szolgálmi joggal bírna, avagy e részben létezett jogai külön szerződésen alapulnának.

Minthogy pedig alperesek tagadták felperesnek korlátlan használati jogát és a felperes szekereinek időnkénti közlekedését engedelemhez kötöttnek állították, minthogy továbbá a jogvédelem a tulajdon korlátlansága mellett harczol: felperest terhelte a bizonyítása ama kereseti állításának, miszerint a kérdéses utat a háborítást megelőzőleg egy éven át békésen és korlátlanul használta».

Ez azonban neki nem sikerült; mert a mindkét fél részéről felhívott és kihallgatott tanuk vallomásainak gondos egybevetése után nem tekinthető bebizonyítottak az út korlátlan használatához való jogosultság; sőt a 3 7. a. okirat arra enged következtetni, hogy felperesek a kérdéses út használatára nézve tényleg fennállott gyakorlati alperesek tetszésétől függött, ez okból felperest jelen sommás keresetével elutasítani kellett. (8448/1888. sz.)

III. *A szepes-ófalvi kir. járásb.*: Felperes az alperesi kert és szűr között létező x—x vonal irányában a közeli patakhöz való átjárási és marhaáthajtási szolgálat békés birtoklásába visszahelyeztetik és alperes köteles tűrni stb. Indokok: . . . A megelőző egy éven át való békés birtoklás, illetve az átjárási és marhaáthajtási szolgálatnak felperes által történt háborítlan gyakoroltatása is, alperes e tekintetbeni tagadása és általa megkísérlett ellenbizonyításával szemben is felperes részéről teljes próbaerejűleg beigazoltak volt veendő, amennyiben nemcsak Cs. József, K. János, T. Pál és P. Mária alperesi tanuk egyező vallomásaikkal bebizonyították, hogy felperes, illetve háznépe a megelőző évben, sőt éveken át a kérdésben forgó udvarközön át a közeli patakhöz vízmerítés végett háborítlanul és rendszerint járt, illetve marháit áthajtotta, hanem alperesi tanuk közül is K. János és F. Mihály azt vallották, hogy felperest több ízben arra átjárni látták. Az átjárás, illetve marhaáthajtás szabad és éveken át való békés gyakorolhatásának ily bizonyítékával szemben alperes azon védekezési állítását, hogy az csak lopva, alattomban, illetve praecario módon történt, neki kellett volna beigazolni, mi neki nem sikerült. De nem volt tekintetbe vehető alperes azon kifogása sem, hogy a peres szolgálat gyakorlata nélkülözi a folytonosságot és állandóságot, mivel valamely jog gyakorlatához valamint nem szükségeltetik annak folytonossága s meghatározott számú illetve rövidebb időközökben való ismétlődése, úgy az oly módon, mint az a testi dologi birtoklásnál lehetséges, illetve megkívántatik, alig is képzelhető. Tekintve tehát, hogy a birtokháborítás tényálladáshoz szükséges elemek jelen per tárgyát képező esetben kétségtelenül meg vannak s tekintve, hogy a sommás visszahelyezési perek keretében a tulajdonjog, illetve a birtok jogossága kérdésének eldöntése

nem tartozik és így az alperes által az alperesi felek kizárólagos és tényleg felosztott állapotú tulajdon minőségére alapított védekezése e helyütt bírói mérlegelés alá vehető nem volt: felperest az igényelt szolgálat birtokába visszahelyezni kellett, stb.

A budapesti kir. ítélő tábla az elsőbíróság ítéletét helybenhagyja, stb.

A m. kir. Curia: Mindkét bíróság ítélete megváltoztatik, felperes keresetével elutasítatik, stb. Indokok: A jelen sommás visszahelyezési perben felperes keresete azon esetben lett volna megítélhető, ha alperes tagadása ellenében *bebizonyította volna*, hogy felperes a peres átjárást alperes *tetszésétől függetlenül*, és nem mint alperes vitatja, csak alperesnek, mint az átjárásra használt földterület kétségbe nem vont tulajdonosának tetszésétől függőleg, ez által elnézve, túrve, vagy megengedve háborítlanul használta; ez pedig azért perdöntő, mivel felperes maga sem állítja, hogy az átjárhatóság tekintetében nyilván könyvileg biztosított *szolgalmi joggal* vagy szerződés alapján bírnia.

És minthogy *a jogvédelem a tulajdon korlátlanlansága mellett harcol*, felperest terheli bebizonyítása ama kereseti állításának, hogy a kérdéses eljárást a háborítást megelőzőleg egy éven át békésen és korlátlanul használta és használni *jogosítva volt*, ez azonban felperesnek nem sikerült, mert a kihallgatott tanúk vallomásai által felperesnek az átjárás békés és korlátlan használatához való *jogosultsága* nem bizonyított; ez okokból mindkét bíróság Ítéletének megváltoztatása mellett felperest keresetével elutasítani kellett, stb.

Az animus possessionis-ra rossz idő jár. Háromnegyed századon keresztül, a mióta a Savigny könyve «a birtokról» megjelent, kettős szerepet tulajdonítottak neki: i. mint koordinált tényező a *tcorpus possessionis*» mellett az animus volt a birtok egyik eleme; 2. a különbség a *detentio* és *possessio*, birtoklás és birtoklás között az animusra, a birtokosi akaratra vezetett vissza. Mindkét irányban változtak a nézetek. A mi a «birtokosít és «birtokosítási akarat»-ra fektetett megkülönböztetést illeti, az a támadás után, melyet Ihering «Der Besitztwiller» című könyvében reá mért, aligha az elméletből .ma-holnap végkép ki nem pusztul.¹ De megváltozott a nézet

¹ V. ö. «Az újabb birtokirodalomhoz» című értekezésemet *Magy. Igazságügy* 1888. évf. 153—167. 1. és az *Animus domini bírálata* ez. értekezésemet ugyanott 1885. évf.

általában a birtokosi akarat mivoltáról, annak viszonyáról a corpus possessionis-hoz és annak bizonyítása módjáról is.

Míg Savigny szerint a birtokosi akarat tisztán *benső*, subjectiv valami, benső lelki állapot, mely a külső tényt, a birtoklást, csak *kíséri*, a mely meglehet corpus nélkül, a mint viszont ez utóbbi a detentióban tisztán, animus nélkül létesül: addig ma birtokosi akaratról csak annyiban beszélünk, a mennyiben az magában a birtok ténylegességében *kifejezésre jut* A benső, ki nem fejezett akaratot, valamint sehoh a jog terén, úgy a birtok terén sem vesszük tekintetbe; a jog a *tények* rendezése; valamint a jogban nem a gondolat, hanem a *kifejezett* gondolat, nem a gondolt szó, hanem a *közölt* szó az, mely tekintetbe jön, úgy a birtok terén is csak a *birtoktett* a lényeges. A «tett» szóban már benne van az akarat fogalma — a corpus szóban már benne van az animus.¹

A mi pedig a birtokosi akarat *bizonyítságát* illeti, csak le kell vonnunk a fentiek következményét. A kétségtelen tett mellett nem kell az akaratot külön bizonyítani; a *kétséges birtoktett pedig nem birtoktett*. A benső szándék a magánjog (vagy legalább a vagyonjog) terén — ellentétben a büntetőjoghoz — csak oly közömbös, mint a megkísérlett, de végre nem hajtott tett. Ezért a ki egy nyári délután a szomszéd hűvös erdejében hanyatt fekszik és egy szivart elfüstölve az égre bámul, bármi erősen gondolja magában: «most itt *én* vagyok az ur» — nem lesz birtokos, mert ez csak jámbor benső óhaj, mely tetté nem vált. Sőt ha húsz vasvillás béresével tényleg bele is ült az erdőterületbe, de a földesúr őt legott ötven béresével véres fejjel visszaveri — ez még mindig nem befejezett birtoktett volt, csak *birtokkísérlet*. Csak a ki a maga számára *kétségtelen* birtokállapotot teremt, számíthat a jogrend védelmére. E birtokállapotnak pedig *külsőleg* felismerhetőnek kell lennie, és a benső akarat, valamint a külső állapot *ellenére* számba nem jöhet, úgy a külső állapoton *felül* nem *bizonyítandó*, Az akarat kérdése tehát nem

¹ E gondolat bővebb kifejtését 1. *Pininsky* Thatbestand des Sachenbesitzes I. 149 k. 11. II. 148 k. 11. *Burckhard* Oesterr. Pr. R. III. 12—18 1. *Ihering* Besitzwüue 35—40 1. És legújabb kiadásában már *Windscheid* is Pand. 153. §-a iá jegyz.

önálló a corpus kérdésével szemben, sőt e két kérdés külön-külön fel sem vehető; hanem e két elem áthatja egymást, együtt áll és együtt esik: *a birtok a birtokosi akarat tettlegesége*. Innen van, hogy a ki a maga részén birtokot állít, annak sohasem kell külön a *birtokosi akaratot* bizonyítani, hanem bizonyítani kell igenis a birtok *külső* tényállását: az akaratnak ki kell kiáltania magából a *tettből*. Hogy *miben* áll a birtokosi akarat ezen megtestesítése, *mily tényekben* kell nyilatkoznia, hogy a tényállást «birtoknak» mondjuk — erre minden nap százféle feleletet ad, ez *ténykérdés*, mely felismerését a bíró tapasztalásától és életismeretétől várja. A *dologbirtoknál* — gondoljunk mindig csak ingatlanra, mert az ingóknál a birtoknak úgy sincs számbavehető jelentősége — könnyebb a megfejtés.- a ki egy földön egy esztendőig békésen szánt-vet, annak tette kétséget nem hagy akarata felől: a tulajdonbirtokos, a haszonélvező-, bérlő, haszonbérlőbirtokos, mindazok esetében, kik úgy használják a dolgot, hogy azt *egészében* tartják birtokban, a viszony személy és dolog között oly kizárólagos, oly átható, oly szembe-tűnően drasztikus, hogy félreismerése nehéz lesz. De a *^birtok* csak *részbirtok*. A jogbirtokos is a *dolgot* birja ugyan (a mit ugyan gyakran félre szoktak érteni, mert a «*juris possessio*» «*jogbirtok*» szerencsétlen kifejezése a «*rei possessio*» «*dologbirtok*» szóval szemben oly képzeletre vezet, mintha itt a dolog, ott pedig a jog képezné a birtok tárgyát), de csak *részben*, bizonyos *vonatkozásában*. Itt is lehet, hogy a birtokállapot szembe-tűnő, drasztikus kifejezésre jut: így ha a birtok gyakorlására különös intézkedésre van szükség magán a szolgáló ingatlanon pl. csövek alkalmazása a vízi szolgálomnál, kerítés és ajtó alkalmazása az uti szolgálomnál stb. De ez nem szükségszerű: a ki gyaloguti szolgálmat gyakorol egy réten, annak birtoka nyomot nem hagy, főleg pedig a negatív szolgálom (*altius non tollendi*, *ne luminibus officatur* stb.) birtokának tényálladéka igen nehezen esik szembe. De ez nem változtat a fenti elven: csak a kétségtelen birtok *ténye* ismertetik el, a ki csak kétséges, azaz más magyarázatot is engedő tényekre hivatkozhatnak, azt meg nem hallgatják, bármi kétségtelenül igazolja is a benső «*animus*»-át.

Az uralkodó felfogás az animus külön bizonyítását követeli, egyszersmind leírja azt is, hogy az animusnak mire kell irányulnia. A fenti három Ítélet e felfogásnak hódol és gyakorlatunk e tekintetben meglehetősen meg van állapodva. Az I. Ítélet szerint «az utat használó szándékának oda irányoztnak kell lennie, hogy azt vagy mint már *megszerzett jogot*, vagy mint *elbirtoklás által való megszerzésére alkalmas birtoklást* gyakorolja.» Nem hiszem, hogy ez alatt valami határozott dolgot lehessen elképzelni, és még kevésbé hiszem, hogy ezt a valamit be is lehessen *bizonyítani*. Az osztályos testvér, kinek az osztály megejtésekor másképp mérték a részét, mint óhajtotta volna, és ki más naptól fogva a szokott csapáson hajtja marháját a legelőre, bár e csapás most már a másik testvér részén fekszik — ő jól tudja, hogy neki erre többé joga nincsen, sőt ő ezt talán tünetőleg mint nyílt bitorlást, mint bevallott jogtalanságot végzi, gúnyképen talán útmutatót is állít fel e felirattal: «ez úton András gazda hajtja a marháját; a kinek nem tetszik, annak beveri a fejét» —: ezért, lia a másik azt egy-két évig némán túri és csak azután emberen meg magát és ki próbálja zavarni a jó testvért, ez ugyancsak megkapja a sommás visszahelyezést. András szándéka nem a «*jog*» ra van irányozva, még kevésbé az «*elbirtoklásra*» (utóbbiról talán sohasem hallott), hanem arra, hogy a marháját a szokott csapáson hajtja a legelőre, a kinek nem tetszik, az tegyen róla — és addig van. És ilyképen minden birtokosnak — legyen az teljes vagy rész(jog-)birtokos — akarata nem gyakorlásra, hanem *tényleges* használatra van irányozva: valamint a dologbirtoknál nem az *animus domini*, hanem csak az animus tenendi, sem sibi habendi kívánható meg, úgy a részbirtoknál is nem holmi animus servitudinis, hanem csak a *tényleges* használatnak megfelelő animus eundi, agendi, utendi, fruendi stb. követelhető, és ezen akarat sem külön bizonyítandó, hanem csak annyiban veendő tekintetbe, a mennyiben az magában a birtok tényében tárgyi kifejezésre jut. Minthogy pedig a jog nem minden *pillanatnyi* birtokcselekményt, hanem a *tartós birtokállapotra* célzó birtokcselekményt védi: azt követeljük, hogy a birtokos cselekményében e tartós állapotra célzó szándék

jusson kifejezésre. Ezért, a ki a szomszéd telken, bár ismételtelen is, átjár vagy marháját áthajtja, még nem birtokos: ő semmivel sem *mutatja*, kifelé *cselekedetében* kifejezésre nem hozza, hogy ő ezt *tartósan* szándékozik folytatni és hogy nem hajlandó a tulajdonos tilalmára bármikor e használattal ismét felhagyni. De vájjon, ha e szándékát külön ki is fejezné pl. a közjegyzőnél deponálna egy nyilatkozatot, melyben kijelenti, hogy ő ez átjárást «a mai napon *mint szolgálmas* vagy legalább mint elbirtoklásra alkalmast kívánta megkezdeni» — ez által birtokossá lenne-e? A fenti Ítélet felfogása szerint igen: mert szándéka okiratilag be van igazolva; szerintem nem, mert a szándék magából a cselekményből nem volt felismerhető. E szempontból Ítélendő meg a fenti II. és III. ítélet is: mindkettő a használaton *kívül* az arra «*mint jog gyakorlására irányzott szándéknak*» külön «bizonyítását» követeli. E bizonyítás ily alakban, mint kimutattam, legtöbb esetben lehetetlen, és ahol sikerült is, egyrészt fölösleges, másrészt nem elegendő. Ismeretes, hogy az uralkodó birtoktan egyik leggyengébb része a német magánjogi elméletnek, és ezért kár a német dogmatikának épen ezen bogarát hasznunk a gyakorlatban is.

II.

Actio redhibitoria tartalma. — Compensatio lucri et damni. — A jóhiszemű birtokos gyümölcszedése.

Muraszombati járásbíróság: Alperes a keresetbe vett s felperesnek eladott pej ló visszavétele mellett a kereseti 131 firt 50 kr. vételár, úgy 28 firt 63 kr. orvosi és megvizsgálatási költségnek felperes részére, ki a pej lovat visszaállítani tartozik, megfizetésében elmarasztaltatik. Kamatok iránti keresetével felperes, úgy a csikó iránti viszoneresetével alperes elutasittatik. *Mert-*. Alperes a per során beismerte, hogy felperesnek egy lovat adott el, beismerte, hogy ezen lovat, mint hibásat a vétel utáni negyedik hétben felperes hozzá visszahozta és alperest azon hibás lóra nézve egyezsége hivatva fel, de beismerte, hogy a lónak hibás voltáról a gyanafalvi körjegyző útján a muraszombati körjegyző által is értesítve lett, minthogy pedig a hit alatt kihallgatott S. Anselm és F. Ernő szakértők által 1887 augusztus 6-án kiállított bizonyítvány és ezek által tett tanú-

vallomás szerint az alperes által felperesnek eladott ló hibája fekete hályog volt és erről ezen tanúvallomások, de a keresethez csatolt E. alatti körjegyzői levél szerint alperes értesítve és egyezsége felhiva lett, miután továbbá S. Pál tanúvallomása szerint a ló felperes által alpereshez visszaállítatván, az hibáját maga is beismerte és a lovat visszavenni is hajlandó volt, de az árát le nem fizethetvén, az nála ez okból nem hagyatott, ezen bizonyítékok alapján alperest a ló visszavételére és egyúttal a vételár visszafizetésére, valamint a hivatkozott tanúk vallomásával is igazolt szakértői költségek megfizetésére kötelezni kellett A kereseti tőke utáni késedelmi kamatok iránti keresetével felperes azért, mivel a kereseti ló birtokában és használatában volt, elutasítani kellett; de el kellett utasítani alperest az eladott ló csikója iránti keresetével is, mivel a ló felperes birtokában lévén és ez által tartatván, az időközi haszon is őtet illeti, stb.

Budapesti tábla: A járásbíróság ítélete oly változtatással, hogy alperes felperesnek a marasztalási tőkeösszeget és járulékait, a keresetbeli pej lónak, annak csikójával együtt történendő visszaadása mellett tartozik megfizetni, egyébként felhozott indokainál fogva helyben hagyatik. Mert alperes a kereseti lovat hasas állapotban adván el, ennek folytán a lónak felperes birtoklási ideje alatti növedékekép származott csikója a ló tulajdonával összekötött járuléknak tekintendő. Minélfogva, minthogy a fenforgó keresettel a kereseti ló eladása iránti szerződés előtti állapot visszaállítása eszkozlendő, ebből kifolyólag alperes jogosan igénybe veheti, hogy az eladott lóval annak időközbeni növedéke, a ló csikaja is neki a felvett vételár és járulékai visszafizetése mellett átadassék. Ellent nem állhatván ennek azon körülmény, hogy felperes időközben a kereseti lovat élmezte, mivel ennek fejében c a lovat használta.

Curia: A csikó visszaadását illetőleg az elsőbíróság ítélete hagyatik helyben. Mert *a csikó ellésekor felperes lévén a lónak jogos birtokosa* s az adásvételből eredő szavatossági kérdés eldöntéséig a lónak tulajdonosául is ő tekintetvén, az általa felnevelt csikóhoz, mint növedékhez alperesnek ez esetben jogos igénye nem lehet. (83 jun. 14. 9471. Dt. VI. 9.)

A vevő vissza kívánja adni a megvett, de később hibásnak bizonyult lovat; vissza kell-e adni a nála ellett csikót is?

A három bíróság különbözően ítélt, de mindegyik elégtelen indokolással.

Az első- és harmadbíróság azzal érvel, hogy a felperes

(a vevő) a vételnél fogva a lónak «birtokosa», «jogos birtokosa» volt, ezért az «időközi haszon», a «növedék» is őt illeti.

A «birtokos» és «jogos birtokos» helyett igazában *jóhiszemű* birtokos olvasandó, mert a gyümölcs a *jóhiszemű* birtokost illeti, nem minden «birtokost», de nem is csak a «jogos» birtokost: a «birtokos» megkiváncatlósága kevés a gyümölcsszerzésre, a «jogos birtokos» megkiváncatlósága sok. Vannak ugyan, kik a római jog szempontjából is csak a jogszerű és jóhiszemű birtokosnak engedik oda a gyümölcsöt,¹ de az uralkodó vélemény csak jóhiszeműt kíván, a modern törvényekben pedig ez iránt, a mennyiben ismerem, nincs eltérés, nincs is tehát ok, hogy hazai jogunk szempontjából a » jogosságot» is megköveteljük; Zlinszky (Magánjog 236. 1.) is csak jóhiszemű birtokosról beszél.

A vevő tehát kétségtelenül megszerezte a csikó tulajdonát, és ha a jelen esetben csak a tulajdon kérdéséről volna a szó, azt feltétlenül neki kellene odaítelnünk. Csakhogy a jelen per nem tulajdoni per volt, hanem actio redhibitoria. £ perben pedig azon kérdésre: mit kell a vevőnek a vételár ellenében visszaadnia? — nem felelhetünk azzal, hogy: ő a csikó tulajdonát megszerezte. Hisz ő a lónak tulajdonát is megszerezte, de azért azt mégis vissza kell adnia. A tulajdon szerzéséből tehát a mi kérdésünkre semmi sem következik, és ezért az alsó és felsőbbíróság elvileg hamis alapon áll.

Félszegül indul a tábla indokolása is. Mert azért, hogy a felperes a lovat «hasas állapotban vette át», a csikó semmivel sem tekintendő jobban «a ló tulajdonával összekötött járuléknak» mint amúgy. A tábla ezen érveléséből azt kell feltennünk, hogy ha a ló eladásakor még nem lett volna hasas, a csikót felperesnek ítélte volna, a mi pedig egészen elvnlküli megoldás. Mert ha a «járulék» fogalmával operálunk, a csikó egyik esetben is, másikban is «járuléka» (gyümölcse) a lónak. A római jog szerint a lopott lónak hasas állapota annyiban tekintetbe jött ugyan, a mennyiben ilyenkor a csikó is res

¹ ArndtSy Pand. 156. §. Köfoen, Fruchterwerb des bonae fid. poss. 99. köv. 1. Randa, Eigenthum 334. 1. 15. és 17. jegyz.

furtiva volt és nem volt elbirtokolható;» de ez nem gátolta, hogy a csikó mint gyümölcs a jóhiszemű birtokos tulajdonába ne menjen át» A lónak az eladáskor hasas volta tehát kérdésünkre nem tartozik.

Mindhárom ítélet pedig abban sinlik, hogy a fő- és mel-
lékdolog, a jóhiszemű tulajdonos és a gyümölcsszerzés, szóval *dologi jogi* elemekkel operálnak, mintha az volna a kérdés: *megszerezte-e* a vevő a csikó tulajdonát? holott a kérdés valójában az: nem kell-e, ha a vételtől elállani akar, e tulajdonától is *elállania*? A mi kérdésünk tehát nem a *tulajdon* kérdése, hanem az *actio redhibitoria* folytán előálló *kötelem* (*obligatio ad restituendum*) *tárgya* iránti kérdés.

Már most világos, hogy abból, hogy a vevő mint jóhiszemű birtokos a csikó tulajdonát *megszerezte*, nem következik, hogy azt minden esetben meg is *tarthassa*. Hogy ismeretes példát mondjak: a római jog szerint a jóhiszemű birtokos a gyümölcs tulajdonát — helyes nézet szerint — megszerzi, de ha a tulajdonos beperli és amaz a gyümölcsöt a kereset indításakor még el nem fogyasztotta, köteles azt kiadni, azaz a maga tulajdonát a földolog tulajdonosára *visszaruházni*.

Nem állunk-e a mi esetünkben is ilyenformán?

Számos eset van, a midőn az, ki egy dolgot megszerzett, annak visszaruházására köteles. Az ilyen *obligatio ad restituendum* beállhat *törvénynél fogva*: ilyen pl. annak a kötelme, kire a közadás a maga tulajdonát a csőd kiütése előtt megtámadható módon átruházta; vagy beállhat *jogügylet által*: ilyen pl. a tulajdonátruházás a *pactum displicentiae*, in diem addictio, *lex commissoria* esetében. Mindez esetekben mi megszerezzük ugyan a tulajdont, de egy bizonyos esemény vagy ellenfelünk akarata folytán utóbb beáll azon kötelezettségünk, hogy a mit szereztünk, adjuk vissza. Ilyen *törvényes kötelem* áll elő a hibásnak bizonyuló áru vétele esetében is.

¹ L. 48 § 5 D. de furtis 47, 2: Ancilla si subripiatur praegnans vei-
apud furem concepit, partus furtivus est... sed si concepit apud bonae
fidei possessorem ibique peperit, eveniet, ut partus furtivus non sit,
verum etiam usucapi potest. Idem est in pecudibus.

² Ib. § 6. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei possessorem
pertinebunt, merito quia in fructu numerantur.

A vevőnek elállása folytán ugyanis kétoldalú kötelem ad restituendum áll elő: mindkét félnek lehetőség szerint az előbbi állapotot kell visszaállítania. Az eladónak tehát vissza kell adnia a vételárt, kamataival együtt, a vevőnek vissza kell adni az árut, gyümölcseivel együtt. A vevő felszámíthatja az üzlet kötésével, az áru átvételével, tartásával, visszaadásával járó kiadásait, másfelől megtérítéssel tartozik az áru időközi használatáért. Mindez az in integrum restitutio következménye és el van így ismerve a római jogtól kezdve^x le a német birodalmi javaslatig,³ és ezért az in integrum restitutio elvének legjobban felel meg a táblai Ítélet, mely, «mint-hogy a szerződéselőtti állapot visszaállítása eszköz-lendő», az áru gyümölcsét, a csikót is visszaadni rendeli.

A gondolat már most, mely az elsőbíróság Ítélete mögött lappang: *a hasznok kölcsönös beszámítása*. De e gondolat — mely, mint alább látni fogjuk, nem példa nélkül való — nincs következetesen alkalmazva, sőt elvileg sem helyeselhető.

Következetes alkalmazás mellett a jelen esetben azt kel-lene mondani: felperes megtartja a csikót, alperes a vételár kamatait. Így gyümölcs számíttatnék fel gyümölcsessel. E helyett az első ítélet a ló használatát a kamat ellenében, a csikót a tartási költség ellenében számítja fel. Ez elvnlküli megoldás. Mert ezen számítást alkalmazva: ha a lónak csikaja nem lett volna, a kamatköveteléssel el kellett volna utasítani felperest (a ló használata czimén), a tartási költséget pedig meg kellett volna ítélni. Vajon így ítélt volna-e a bíróság? És ha igen, igazságos lett volna-e az ilyen ítéletr Hiszen a tartásköltség a használattal járó kiadás, ezért, a kié a használat, azt terheli ezen költség is. Ha tehát a compensatio lucri et damni elve szerint akarjuk megoldani a mi kérdésünket, legegyszerűbb, ha azt mondjuk: mindegyik fél

¹ Windscheid, Pand. § 394. L. 23. §. 1 h. t. (21, 1): tut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset.»

² § 427: «Der Rücktritt bewirkt, dass die Vertragsschliessenden unter einander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre.»

tartsa meg a visszaadásig nyert *hasznot* (e szó magában foglalja a *használatot* és szedett *gyümölcsöt*)» tehát az eladó a vételár kamatait, a vevő pedig a ló használatát a visszaadás napjáig és a csikót, a használattal járó költség pedig a használót, azaz a vevőt terheli. Eredményben ez ugyanoda vezet, mint az első Ítélet, de az indokolása más, és más esetben; mint mutattam, a járásbírótság indoka helytelen eredményre vezetne.

Ám ezt az egész kölcsönös beszámítás gondolatát sem tartom szerencsésnek. Sem nem korrekt, sem nem gyakorlati. Nem korrekt: mert mi jogi alapon tartja meg a vevő az időközi hasznot? Mert eladó a kamatot megtartja | De épen ez a *petitio principii*. Az *actio redhibitoria* elve az, hogy innen túlhan teljes visszahelyezés fogjon helyet: *redhibere est facere ut rursus habeat venditor* (és tegyük hozzá, *et emptorj quod habuerit* (1. 21 pr. D. h. t.) De nem is gyakorlati. Mert vagy állandóan keresztül vesszük a fenti beszámítást, tekintet nélkül a két fél által húzott haszon nagyságára, és akkor ez eljárás nagy igazságtalanságra vezet. Tegyük pl. a ló beteg volt hetekig, úgy hogy alig lehetett egy napig is használni — mégis el kellene veszítenie a vevőnek a vételár kamatait? Vagy pedig a két oldalról húzott hasznot csak valódi értékük erejéig compensáljuk, a többlet erejéig pedig restituáltatjuk, — de akkor oly bonyolult értékelés számolásba megyünk bele, hogy a mindkét oldalról való restitutio sokkal egyszerűbb.

A Curia indokolása nem a kölcsönös haszonbeszámításról szól, hanem csakis a «jogos birtokos» gyümölcszedési jogára van alapítva. E tekintetben emlékeztet a porosz Landrecht felfogására, mely szerint (I, 5, §. 337.) a vevő «a húzott gyümölcs . . . iránt *jóhiszemű birtokosnak* tekintendőt. De az idézett szakasz után e törvénykönyv is hozzáteszi (338. §.), hogy «azonban ő sem gazdagodhatik másnak kárával,» aminek alapján azután a gyakorlat esetről-esetre a mindkét oldalról húzott hasznokat megbecsülni és levonásokkal és reáfizetésekkel kiegyenlíteni kénytelen, szóval mesterkéltnél utón az *in integrum restitutio* elvét visszacsúsztatni kénytelen, sőt *Dernburg* (Preuss. Priv. R. II. 144. §.) ki is jelenti, hogy még porosz jog sze-

rint sem a jóhiszemű birtok, hanem a restitutio tekintendő e kérdés sarkelvének. Ezért e jog szerint, bár a vevő rendszerint a megvett dologból húzott gyümölcsöt megtarthatja, e gyümölcs is visszaadandó olyankor, a midőn a vételár épen a gyümölcsre való tekintetből magasabbra szabattott; így kimondta a porosz főtribunal (Entsch. d. Obertrib. 73. k. 37. l.)_f hogy ha a tehén «mint hasas» eladatott (azaz, ha a leendő borjú a vételárban már kifejezést nyert), visszaadásakor a vételár ellenében a borjú is visszaadandó. Ily szőrszálhasogatásokra vezet a restitutio elvének a «jóhiszemű birtok» ide nem tartozó elve általi zavarása. Jogelvi és gyakorlati okoknál fogva csakis a teljes restitutio igazolható. A ló tehát csikóستul, a vételár kamatostul visszaadandó.

III.

Kiskorúak cselekvő képessége.

Kétféle az álláspont, mely a kiskorúak szerződő képessége tekintetében a törvényhozó előtt kínálkozik. Kimondtja szabály szerint a szerződés-képességet, úgy azonban, hogy a káros ügyletet utóbb megengedje támadni; vagy pedig szabálynak mondja a szerződés-képtelenséget, úgy azonban, hogy kivételes esetekben a képességet mégis megadja.

Mindkét eljárás abból a megfontolásból indul ki, hogy a kiskorút a saját gyöngesége ellenében meg kell védeni, de meg kell őt védeni e védelem tulsága ellen is. Meg kell tehát adni a módot, hogy könnyen reá ne szedjék; de vigyázni kell arra is, hogy a saját mankóján meg ne botolják. Az elv tehát nem kétséges, a kérdés csak *menyiségi* kérdés: mi legyen szabály, mi kivétel: a képesség, vagy annak hiánya?

A régibb római, a régi magyar és a mai francia jog az egyik utat választották. Szerintök az ember, mihelyt felerdült (törvényes kor, pubes), szerződés-képes. De a káros szerződés megtámadható: a praetor megadja az *in integrum restitutiót*, a magyar bíró megengedte a *revocatiót* és *invalidatiót*, a francia Code szerint a káros szerződés sujet a *la restitution*. Az ügylet érvénytelen, nem mert kiskorú kötötte, de mert *káros*. *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus*,

A modern római jog a másik utón halad, és példája határozó lett a többi törvényhozásokra is. Felállítja a szabályt, hogy a kiskorú terhes szerződést nem köthet. Ezzel elesik a restitutio és a vele járó bizonytalanság. A leesio nem. feltétele többé a hatálytalanságnak: az ügylet érvénytelen, mert kiskorú kötötte.

Szükségtelen mondanunk, hogy a legislativ *indok* mindkét eljárásban ugyanaz, de a gondolat *technikai megvalósítása* más. Amott a törvényhozó esetről-esetre rendeli megvizsgálni, meg lett-e a kiskorú károsítva, emitt e kérdéssel egyszer s mindenkorra végez. Amott concrete oldja meg a feladatot, emitt abstracte. Amott a károsodás a megtámadási kereset *tényalapjához* tartozik, emitt csak *a. jogszabály indokához*.

Ez utóbbi különbséget gyakorlatunk egy idő óta szem. elől téveszti. Olvassuk a következő döntéseket:

i. *Curia*: «Ha való az, hogy alperes a faárunak átvétele idején saját számlájára építkezéseket elvállalt és a felperestől átvett faárukat üzlete körében használta fel, akkor ő kiskorúságára sikerrel nem hivatkozhatik, mivel a törvény a kiskorúakat csak könnyelmű adósságcsinálás ellenében kívánja azon rendelkezésével védeni, mely szerint a kiskorúak által vállalt ily pénzbeli kötelezettségek magánál a törvénytől fogva semmiesek, a kiskorúak által kötött egyéb ügyleteket ellenben csak annyiban mondja ki megtámadhatóknak, a mennyiben azok a kiskorúakra nézve károsak, mi jelen esetben ki van zárva ha bebizonyíttatik, hogy alperes az átvett faárukat általa elvállalt építkezésnél használta fel és azok értékét az építtetőtől meg is kapta». (1345/89. vsz. Polg. törvénykezés XX. köt. 50. 1.)

2. *Curia*: «Tekintve, hogy alperes azt, miszerint az árukat, melyeknek vételára képezi a kereseti követelésnek tárgyát, tényleg önállóan folytatott kereskedelmi üzlete részére felperestől megvásárolta, sem vonta kétségbe; továbbá tekintve, hogy a törvény a kiskorúakat csak könnyelmű adósságcsinálás ellenében oltalmazza azon rendelkezésével, mely szerint a kiskorúak által vállalt pénzbeli követeléseket semmieseknek kimondja, az üzlet körében tett bevásárlások azonban, melyeknek értéke a kiskorú vagyonaiba folyt, ezen tekintet alá nem esnek, különösen akkor, midőn a vásárolt áruk már tovább adatván, alperes által vissza nem adhatók.» (1444/89. vsz. u. o.)

3. *Curia*: «Alperesnek az a kifogása, hogy a vételi ügyletek egy részének megkötése idején még kiskorú volt, figyelembe nem vétethetett, mert. . . a törvény a kiskorúakat csak könnyelmű adós-

ságcsinálás ellenében oltalmazza azon rendelkezésével, mely szerint a kiskorúak által adósságcsinálás céljából vállalt pénzbeli kötelesegeket semmisnek kimondja; az üzlet körében tett bevásárlások azonban, melyeknek értéke a kisoru vagyonába befolyt, ezen tekintet alá nem esnek és ennél fogva a kiskorúak alapján meg nem támadhatók akkor, midőn a vásárolt áruk tovább adatván, alperes által vissza nem adhatók». (1453/90. sz. Dtár u. f. 26. köt. 157. 1.)

Ezekben az Ítéletekben nyilvánuló gyakorlat — mely, látnivaló, egészen a szóhangzatig azonos mindhárom esetben — egyenesen törvényellenes.

Hazai törvényeink, melyeket az 1877: XXII. törvény-cikk 7. §-a e tekintetben fentartott, kétséget nem hagynak az iránt, hogy a kiskorú, atyja vagy gyámja beleegyezése nélkül terhes szerződést nem köthet. Ezt mondja az 1715: LXVIII. tcz., mely a vagyonrendel kezesi képtelenséget az ingó vagyon tekintetében is a 24. évig kiterjeszti,¹ ezt mondják az 1792: XVII. és 1802: XXI. törvények is, melyek szerint: «minorennium ... obligationes vim hanc nullo unquam tempore habebunt» és «contractus obligatoriales cum filiis et filialibus familias . . . infra perfectam setatem constituti . . . pro invigoris et nullis declarantur». Nincs tehát kétség az iránt, hogy a régi magyar jog álláspontja, mely szerint a fegyverfogható 12 éves fiú feltétlenül cselekvésképes volt, és mely álláspont már Werbőczy hármaskönyvében is erősen római irányba terül, az 1715. törvény óta végkép el van hagyva, és fel van cserélve azzal az elvvel, melyet a modern német-római jog ural: a kiskorú feltétlen vagyoni gyámságával.³ *Frank* ezért az idézett törvények foglalatját lehető szabatossággal e szavakban foglalja össze: «A kiskorú, apa, gyám vagy gondviselő alatt állván, ezek engedelmé nélkül sem ingatlan, sem ingó javairól nem intézkedhetik: ez igaz értelme az 1715-iki törvénynek, melyből a későbbiek is

¹ Pupilli demum usque legitimam aetatem suam . . . nec de rebus suis mobilibus per se disponere . . . valeant. Hogy itt a legitima aetas alatt nagykorúság értendő: 1. *Frank*. I. 112. §.

³ E fejlődést tanulságosan foglalja össze *Dell Adami* «Magánjogi kodifikatióink és régi jogunk» című művében. (Jogászegyleti ért. 2§. füz.) 34-38. 1. .

(1792: XVII., 1802: XXI. tcz.) folytak. Már ezen igazságból nyilván következik, hogy a kiskorúak lemondó tettei, visszavonás nélkül is, erőtlenek.»

Az 1877-iki gyámtörvény e szabályt a kiskorúakra kr nem mondja ugyan (bár e szabályozás inkább odaillett volna,, mint sok más intézkedés, mely e szerencsétlen törvényben helyet foglal), de kimondja a gondnokoltakra: «A gondnokság alá helyezett gondnokának jóváhagyása nélkül magát le nem: kötelezheti, jogokról le nem mondhat, de viszteherrel nem járó» jogügylet által jogokat szerezhethet és kötelezettségektől mentesülhet» (33. §.). Az ezen szakaszban foglalt elv pedig valóságban részben szűkebb, részben tágabb körben alkalmazandó, mint melyet e szakasz neki kirendel. Szűkebben, mert nem szorul bizonyításra, hogy a viszteher nélküli jogügyletre nem *minden* gondnokolt képes, hogy jelesül a 28. §. a) pontban emiített «elmebeteg» (őrültek) *teljesen* cselekvésképtelenek, akár a gyermekek. De tágabban is, mert amaz elv valóságban. minden *korlátoltan* cselekvőképes emberre, tehát nemcsak a gondnokoltra, hanem a törvényes koron felüli kiskorúra is alkalmazandó. Így tanítják e szabályt újabb jogíróink (lásd *Sipőcz* Gyámsági törv. 23—25.; *Zlinszky* Magyar magánjoga 127. 1.) és így tartotta ezt a legújabb időig hazai gyakorlatunk is.

E tanítással és e gyakorlattal szakítanak a fenti Ítéletek, azon indokolással, hogy a törvény a kiskorúakat csak könnyelmű adósságcsinálás ellenében kívánja oltalmazni, és ezért a nem-könnyelmű adósságcsinálás szempontja alá esa terhes szerződések érvényét a kiskorúval szemben is elismerik.

Ám ez nem a törvény álláspontja. A törvény *indoka* és *czélja* — mint fentebb mondtam — csakugyan az, hogy a kiskorút a *káros* szerződés ellen meg kell óvni; de hogy e czélt mentül helyesebben elérje, eltiltotta a kiskorút *minden* terhes szerződéstől. A törvény megvalósíthatta volna a maga szándékát úgy is, hogy esetről-esetre a bíróra bízta volna annak vizsgálatát, vajon káros-e a konkrét szerződés a kiskorúra. vagy sem? Rendelhetett volna esetről-esetre *causae cognitiót*, a praetor mintájára, ki a kiskorúak oltalmát Rómában is úgy» kezdte, hogy oltalmat ígért csakis a minor «deceptus»-nak,

azaz csakis a mennyiben a visszahelyezésre *konkrét* ok fenforogott. De a modern gyámállam tovább ment. Nem teszi ki a kiskorú érdekét a *causae cognitio* esélyeinek. Nem a bíró szavától teszi függővé, megálljon-e a szerződés vagy sem. Erejét veszi egyszersmindenkorra *minden* terhes szerződésnek: így, igaz, erejétől foszthat esetleg sok előnyös szerződést is, de legalább biztos, hogy elejét vette *minden* károsnak is. Ez az, mit én a törvénycél *abstrakt* megoldásának nevezek a másik *konkretizáló* eljárással szemben.

Melyik helyesebb a két eljárás közül a törvényhozási politika és technika szempontjából? Az ilyen kérdésekben nincs absolut döntés, mindkét eljárás mellett szólnak okok. Helyesebb volt-e a sabinianusok eljárása, kik a serdütség jogát esetről-esetre a «*habitus corporis, út generari possit*» vizsgálatától tették függővé, vagy a Proculus tanítványaié, kik azt egyszersmindenkorra a 14-ik életévhez kötötték? Helyesebb volt-e esetről-esetre vizsgálni, vajon a kikötött kamat aránylag tulmagas volt-e, vagy egyszersmindenkorra meghatározni a maximumot, melyen túl a kamat semmi esetre se mehetett? Helyesebb volt-e a végrendeleti tanúnak, kiről a végrendelet megemlékezett, aggálytalanságát esetről-esetre kutatni, vagy őt egyszersmindenkorra a tanuzásból kizárni? És a perben, így vagy amúgy kellett-e helyesebben eljárni a rokonok, sógorok, megbízottak, szolgálati személyzet tanuképességére nézve? Minden jogrendezés a maga természeténél fogva általános. És minden általánosításnak megvan az a természetes hibája, hogy az egyedi esetre alkalmazva, hol tág, hol szűk: nem ruha, hanem mondur. De azért a törvényhozó, ha egyszer az általános megoldásra határozta el magát, megköveteli, hogy az általános szabály általánosan, azaz minden esetben és minden konkretizáló kritika nélkül alkalmaztassák is. Nem teszi ez alkalmazást függővé attól, vajon a bíró véleménye szerint eléri-e a szabály a konkrét esetben a maga célját? Nem áll az ilyen tételre a téves parómia, hogy «*cessante ratione legis, cessat et lex*» — a törvény *indokával* nem szabad harcolni a törvény világos *parancsa* ellen, mert a bíró a *törvényt*, nem pedig a törvényhozónak abban ki nem fejezett *célzatát* van hivatva megvalósítani.

A Senatus consultum Macedóniáimra és a Vellejanumnak is megvolt a maga *indoka*. De vajon mert a konkrét esetben a kölcsönvevő nem Macedo, hanem gyöngéd családfi, és a kezeskedő nő nem gyöngé és befolyásolható, hanem erős és önálló — lehet-e e védelmeket kizárni azzal, hogy «a törvény csak az örökleső fiúk vagy az ingatag nők esetére alkotta?» Pedig szakasztott ilyen a fenti ítéletek indokolása.

Van azonban mindhárom Ítélet indokolásában az eddig fejtegetett hamis tétel mellett egy helyes is, csakhogy nem jut kellő kifejezésre. Mindhárom Ítélet hangoztatja ugyanis, hogy a kiskorú alperes a faárut átvette és felhasználta és azok értékét az építettőtől meg is kapta, hogy az áruk értéke a kiskorú vagyonába befolyt» és hogy a vásárolt áruk a kiskorú által tovább adattak». Szóval mindhárom ítélet azzal is érvel, hogy a kiskorú az ellenfél teljesítése által *gazdagodott*. Csakhogy ebből nem a szerződés érvényessége, hanem a *gazdagodás restitúciója* folyik. A szerződési és gazdagodási igény ezen összezavarásában sinylenek a következő ítéletek is:

1. *Bogsáni járásbíróság*: Jelen esetben felperes által a péküzlet folytatásához nélkülözhetetlen liszt adatott, alperes azt elfogadta, *felhasználta, belőle különböző ingóságokat szerzett...* e tények olyanok, melyek alperes fizetési kötelezettségét kétségbevonhatatlanul maguk után vonják, különben azon jogelv tétetnék semmivé, hogy *senki más kárával nem gazdagodkatik*.

Curia: Helybenhagyja t. . . minthogy a liszt a *péküzletbe befektettetett. . . »* (Márkus Felsőb. hat. 28. 1.)

2. *Pécsi járásbíróság*: Felperes az általa hivatkozott tanukkal teljes bizonyítékot szerzett arra, hogy a számlában foglalt áruk alperes által rendeltettek meg, és hogy annak részére szolgáltatott ki, *minthogy pedig mindezen tárgyak szükséges tárgyakat képeznek és ezzel vagyoniilag gyarapodott*, kiskorúságával nem védekezhetik.

Curia: Helybenhagyja. (7000/89. sz. Dtár u. f. 22. k. 294. 1.)

Szerződés és gazdagodás, vételár és érték, teljesítés és visszatérítés össze vannak itt zavarodva. Hiszen világos, hogy abból, hogy a kiskorú az ingóságokat átvette, nem az következik, hogy a semmisen kikötött vételárt megfizesse, hanem az ingóságokat, melyeket sine causa bír, visszaadja; hogy ha felhasználta, nem a kikötött vételár, hanem azok

értékét köteles megtéríteni, és ezt is csak a jelen gazdagodás erejéig. A fenti Ítéletek úgy beszélnek, mintha a szerződésen kívül más marasztalási jogalap nem volna a világon. Pedig mindent, a mit e tekintetben mondani kellene, megmondta már *Frank* a maga egyszerű, világos nyelvén: «Úgy látszik, hogy *vállalat* (= szerződés) és *térítés* (= restitutio) között különbség vagyon. Mivel t. i. a törvény ígérete teljesítésétől a kiskorút felmentette, abból még nem következik, hogy ő azt is, a mi másé, megtarthatja, hogy szabadon kárt tehet, vagy hogy máséból ingyen élhet. Köteles tehát pl. a mit kölcsön, zálog, vagy őrizet fejében mástól bír, kiadni; köteles a kárt, melyet okozott, megtéríteni; nemkülönben szállásért, tartásért, ruházatért fizetni, *nem ugyan alku, de mégis igaz becsű szerint* Mennyire pedig kölcsönpénz még a kiskorú kezében, vagy legalább javaiban befordítva találtatik, fizetést is lehet követelni: mert nem illik, hogy akárki más kárával gazdagodjon». (Közig. törv. I. 577. 1.) A gazdagodás, vagy esetleg a hasznos ügyvitel (negot. gestio) azok az alapok, a melyeken az ilyen esetekben marasztalni kell, de a semmis szerződés feltétlen semmis marad. Szükségtelen mondanom, hogy a jogalap e különbözősége nem csak elméleti. Mert ha egy kiskorú tapasztalatlansága folytán háromszoros árban vesz ruhát, lakást, élelmet — vajon a fenti Ítéletek megítélték volna ilyenkor a háromszoros árt is? És ha nem, akkor nem világos-e, hogy a kiskorú ilyenkor nem a szerződés, hanem gazdagodás alapján fizet?

Valamint gazdagodás és hasznos ügyvitel, úgy *kártérítés* helyett is gyakran *szerződési* teljesítést ítélnék meg bíróságaink. Ilyen a következő ítélet:

1. *Dicső-szent-mártoni járásbíróság*: Alperes (kiskorúúsági) kifogásának annyival inkább hely adandó volt, mert felperes semmi oly körülményt nem állított, mely beigazolta volna *hogy alperes rava-szul színlelte volna magát nagykorúnak*.

Curia: Helybenhagyja. (3326/89. sz. Dtár u. f. 24. köt. 16. 1.)

2. *A budapesti kir. ítélő tábla*: A keresethez *A.* alatt csatolt anyakönyvi kivonat tartalma szerint a *C.* és *D.* alatt bemellékelt s érvénytelennek kimondatni kért kötleveleknek 1883. évi szeptember hó 2-án és 5-én történt kiállításakor felperes még kiskorú volt ugyan;

eme körülmény alapján azonban felperes kereseti zárkérelmének hely adható nem volt, mert oly kiskorú, ki annak irányában, kivel jogügyletet köt, *oly módon viselkedik, melyből ama szándéka tűnik ki, hogy elhitesse vele, mikép ő nagykorú,* a törvény amaz oltalmban, mely a kiskorút rendszerint illeti, nem részesíthető s ennél fogva a vele szerződő jóhiszemű harmadik személy irányában a szerződésben elvállalt kötelezettségért *épen úgy felelős, mintha nagykorú volna.*

Curia: Helybenhagyja. (8432/91. a Jogtud. Közi. 1891. MellékL 38. szám.)

A Curia mindkét esetben nem ismétli ugyan az alsóbb bíróságok idézett érvelését, de nem is szól ellene és így legfőcbb bíróságunk álláspontja e kérdésben nem világos. A kérdés az, vajon oly esetben, midőn a kiskorú nagykorúnak *színleli magát,* érvényes-e a szerződése? A római jog (1. 2. 3[^] Cod. si minor se major. 2., 43.) ily esetben megtagadja a kiskorutói a restitutio in integrumot. Igen, de a római jog, mint fentebb láttuk, nem indul ki abból, hogy a kiskorú? terhes szerződése elvileg semmis, hanem a kiskorúnak csak causa cognita adja meg a restitutiót — ezen példa tehát reánk mértékadó nem lehet. Dolosus viselkedésből elvileg csak kártérítés folyik, de érvénytelen szerződésből bármilyen dolosus eljárás folytán érvényes szerződés nem válik. Ezért a fenti esetekben helytelenül hozatott kapcsolatba a dolosus magatartás kérdése a szerződés érvényével. Ha a kiskorú nagykorúnak adja ki magát, kártérítésre marasztalható; így tartja ezt az osztrák (polg. tk. 248., 866. §§.), porosz (LR. I-f 5- 3i—30- §• II. 2. 134., 135. §§. és 1875 jul. 12-iki törv. 7. §.) és schweiczi kötelmi törvény (33. §.). Tovább menni és ily esetben a szerződési igényt is megítélni: általános elvek alapján és tételes törvény hián nem igazolható.

Még kevésbé helyeselhető, ha némely Ítéletek a kiskorú szerződését, tekintet nélkül arra, vajon dolosusan járt-e el, kizárólag a másik szerződő fél *jóhiszemű tévedése* alapján mondják érvényesnek. Ide tartoznak a következő ítéletek:

1. *Budapesti V. ker. járásbíróság:* Alperes még kiskorúsága daczára is saját személyében perelhető és marasztalható és azon kifogása, hogy az üzlet vitelére gyámhatósági engedélyt ki nem kért, oly kifogás, mely *harmadik jóhiszemű hitelezőkkel szemben hatálylallyal nem bír.*

Curia: Helybenhagyja, de a fenti indokra nem reflektál. (Dtár u. f. 26. köt. 335.].)

2. *Curia*: A szerződési képesség hiánya nemcsak akkor szolgál okul a szerződés megsemmisítésére, ha az annak alapjául szolgáló fogyasztás hatósági utón állapítatik meg. hanem akkor is, h kétségtelenné tétetik, hogy e fogyasztásról a másik szerződő félnek *tudomással kell bírnia*. (Dtár u. f. 14 k. 152. 1.)

E felfogás sehogy sem indokolható. Ha a jóhiszemű kiskorú és a jóhiszemű harmadik állanak szemben, kétség nem lehet az iránt, hogy melyik tarthat számot védelemre a kettőközül. Tegyük pl. egy huszonkét éves fiatal ember szerződik mással a nélkül, hogy a korakadály jogi jelentőségét ismerné, a másik pedig nem tudja, hogy ellenfele kiskorú. Az ilyen eset nem szorul kivételes elbánásra, sőt épen ez a rendes tipikus eset, melyet a kiskorúakat védő jogszabály szem előtt tart. Nem megyek odáig, hogy azt mondjam, hogy a harmadikat ilyenkor mindig mulasztás terheli, a mennyiben a fiatal ember nagykorúságát nem tudakolta; de ha a kiskorú védelmét csak arra az esetre akarnók szorítani, a mikor a vele szemben álló fél amannak kiskorúságát *tudja*, akkor e védelem éppen a leggyakoribb esetekben cserben hagyja.

A szabály alól, hogy a kiskorú a maga vagyonáról önállóan nem rendelkezhetik, két kivétel van: szabadon rendelkezhetik vagyona évi jövedelmének azon részéről, melyet atya vagy gyámja az ő szabad rendelkezésére bocsát, és szabadon rendelkezhetik — a mennyiben a 14 évet betöltötte és fentartásáról maga gondoskodik — arról, mit saját munkája által szerez. Ez utóbbit a gyámtörvény 3. § -a egyenesen kimondja; az előbbi pedig az atya vagy gyám előleges beleegyezésének következménye. (Sipőcz: Gyáms. törv. 25. I.)¹

Ezen kivételek keresztülvitele sok kételyre ad bkot a gyakorlatban. A kiskorú e vagy ónokról «szabadon rendelkezhetik ». Mit tesz ez? Az atya pl. külföldön tanuló fiának a bankárjánál évi 1200 forintot utalványoz «szabad rendelkezésére», vagy egy 21 éves egyetemi polgár, ki egy úri háznál nevelői állást tölt be és fentartásáról maga gondos-

¹ V. ö. jelen munkám I. köt. 9. 1.

odik, ott évi fix 1200 frtot keres. Mindketten erről az évi 1200 ítról «szabadon rendelkezhetnek». Ez négyfélét jelenthet. Jelentheti 1. hogy a kiskorú ezen rendelkezésére álló 1200 frttal *dologilag* szabadon bánhat, azaz ezen pénznek bármi czimen való kiadása (pl. fizetés, ajándékozás, hitelezés stb. czimén) érvényes. Vagy jelentheti 2. hogy *kötelemleg* rendelkezhetik e jövedelmek *tekintetében*, azaz kötelezheti magát, hogy valakire e jövedelmeket bármi czimen (fizetés, stb.) átruházza. Vagy jelentheti 3. hogy magát *szabadon kötelezheti*, de csak ama jövedelem *erejéig*, azaz hogy mindaddig, míg adósságai jövedelmét ki nem merítik, minden vállalt kötelezettsége érvényes, annak erején túl pedig kötelezettséget érvényesen nem vállalhat. És jelentheti végül 4. hogy határtalanul kötelezheti magát, de a *végrehajtás* csak ezen jövedelmére lesz vezethető.

Az első és második értelmezés szerint a jövedelem képezi a *rendelkezés tárgyát*, a harmadik szerint a jövedelem képezi a rendelkezés mennyiségi *határát*, a negyedik szerint a jövedelem képezi a *végrehajtás tárgyát*.

A gyakorlati különbség e különböző felfogások között igen nagy. A mi példabeli házi nevelőnk 1. és 2. szerint kiadhatja a maga évi 1200 frtját a mire neki tetszik, jövő évi fizetését is lekötöheti, de a lekötés már csak feltételesen lesz érvényes, t. i. a mennyiben jövőben ilyen jövedelme egyáltalában *lesz*. Feltétlenül érvényesek tehát csak a szabad jövedelméből való *készkiadásai* és már esedékes követeléseinek engedményezése lesz; az ilyen kötelezvény: «lekötöm jövő évi jövedelmemet», csak feltételesen lesz érvényes, az ilyen: «kötelezem magam 1000 frt fizetésére» (minthogy ebben nem a *jövedelem* képezi a rendelkezés tárgyát), érvénytelen. A 3. szerint ez utóbbi kötlevel is érvényes (minthogy az 1200 frt valódi jövedelem határát túl nem haladja), de már egy 3000 frtról szóló kötelezvény az 1200 frtot meghaladó mértékben csak feltételesen lesz érvényes. A 4. szerint végül a mi nevelőnk akár egy 100,000 frtos kötlevelet is írhat alá érvényesen, Ítélet is eszközölhető ki ellene 100,000 frt erejéig, de a végrehajtás csak évi 1200 frt erejéig lesz vezethető.

E világitásban érdekes a következő ítélet:

Curia: A per adatai szerint *kétségtelen ugyan, hogy felperes abban az időben, mikor az érvénytelen ittetni kért okiratokat az alperessel létesített jogügyletekből kifolyólag kiállította, kiskorú volt és oly állapotban sem létezett, hogy az 1877: XX. tcz. értelmében nagykorúnak volt volna tekintendő; mindazonáltal felperes azon kérelmével, hogy alperes részére kiállított 2 drb kötlevél és 2 drb 1000—1000 ftos váltó érvényteleníttessék, e helyütt is el volt utasítandó; mert a per adataiból az is kitűnik, hogy felperes a szóban forgó ügyletek megkötése idején 20 évet meghaladott és nős egyén volt, ki kereskedelmi ügylettekkel tényleg önállóan is foglalkozott és mert ily helyzetben az a körülmény, hogy felperes a jelzett időben kiskorú volt, a jogügyleteket egymagában érvénytelenné nem teszi, minthogy az 1877: XX. tcz értelmében a kiskorúak részéről létesített viszterhes jogügyletek nem feltétlenül semmisek, sőt az idézett törvény 4. §-a szerint a 14. évet betöltött kiskorúak, ha fentartásukról maguk gondoskodnak, arról, mit szolgálatuk vagy munkájuk által szereznek, szabadon rendelkezhetnek és így ezen keresményük erejéig viszterhes ügyeletet is köthetnek. 8432/91. sz. Jogt. Közi. 1891. Melléki. 38. sz.) (V. ö. Legfőbb ítélőszék: Kiskorú katonatiszt az általa kiállított kötvény érvényét meg nem támadhatja, miután annak kiállításakor önálló keresettel bírt . . stb.8119/1873. Dtár. r. f. XI. köt. 8. 1.)*

A Curia tehát a gyámt. 3. §-ának ezen tételét «arról a mit szolgálatuk és munkájuk által szereznek, szabadon rendelkezhetnek», oda magyarázza, hogy «ezen keresményük erejéig viszterhes ügyeletet is köthetnek». Ez látszólag a fenti 3. alatti értelmezés.

Szóra nem szorul, hogy ez a döntés a váltók tekintetében feltétlenül hibás. A kiskorú feltétlenül váltóképtelen, akár van keresménye, akár nincs, ezt a váltótörvény 1. §-a (2. bekezdés) határozottan kimondja; az u. n. relatív váltóképességet, mely szerint a kiskorú bizonyos vagyon tekintetében váltóképes, más tekintetben nem az, törvényünk sem ismeri.¹

De a kötlevelek? Ezek a Curia szerint érvényesek, mert a kiskorú felperesnek azok kiállításakor önálló keresménye volt Próbáljuk e tételt gyakorlatilag keresztülvinni. A mi fenti példabeli kiskorú nevelőnknek van havi 30 frt fizetése

¹ Plósz Váltójog 2. kiad. 71. 1.

és teljes ellátása. Mennyi erejéig vállalhat érvényesen kötelezettséget? Azon összeg erejéig, melyet a kiállítás napjáig már megkeresett? Vagy a mely — akár pénzben vagy dolgokban, akár követelésben — a keresményből a kiállításkor még vagyonában van? Vagy jövődő keresménye erejéig is? És ez esetben: összes kiskorúság! jövődő keresménye, vagy ialán éppen nagykorúsága alatti jövődő keresménye erejéig is? Csak gyakorlatilag el kell képzelni ez eseteket, hogy foelássuk, hogy a Curia egyiket sem gondolhatta. Mert hogy a legelfogadhatóbb feltevésen kezdjük: tegyük fel, hogy a kiskorú a már *megkeresett* összeg erejéig kötelezhesse magát. Hová vezet ez? A mi kiskorunk a kötelezvény kiállítása napján kimutatja hitelezőjének, hogy eddig saját munkájából —összesen i ooo frtot keresett, ebből megvan neki — készpénzében, könyvekben, ruhában, egyébben — összesen 400 frt. Erre ő kiállít egy 1000 frtról, vagy akár csak 400 írtról szóló kötelezvényt. Mire a kikötött fizetési határnap megjön, a -fiatal ember könnyelműen elverte összes keresményét, a pénzt, könyvet, ruhát, egyebet, könnyelműsége folytán el is bocsátották nevelői állásából, és a fizetési határnapon: se pénze, se keresete. Az árvapénztárban azonban van 2000 frt. tőkéje. *Fog-e a hitelező ezen tőkéjére végrehajtást kérhetni?* Fogja-e mondhatni: kötlevelem kiállításakor adósomnak megfelelő összegű önálló keresete volt, minthogy pedig az ilyen kiskorú keresetének összege erejéig *érvényesen* vállalhat kötelezettséget, »én ezen érvényes követelésem erejéig kielégítést kérhetek adósom *bármely* vagyonából? Nincs bíró, ki az ilyen kérelemnek helyt adna. A bíró azt fogja mondani: a kiskorú csak keresményéről rendelkezhetik, de nem gyámilag kezelt vagyonáról. Hiszen ellenkező felfogás szerint a kiskorú azért, hogy a saját keresményét elkölti, jutalmul még azon kiváltságot is nyerné, hogy keresménye erejéig elverhesse egyéb vagyonát is! Ha pedig így: akkor valótlan, hogy a kiskorú keresménye *erejéig* kötelezheti magát. Ha a kiskorú kötelezettségeiért annak csakis keresményi vagyona szavatol, egyéb vagyona pedig nem, akkor ő valóságban nem keresménye *erejéig*, hanem csakis keresménye *tekintetében* kötelezheti magát érvényesen, vagyis akkor a fenti 2. alatti értelmezés felel

meg a Curia igaz felfogásának: a keresmény nem *határa*, hanem *tárgya* a kötelezettségnek.

De a Curia ítéletében egy szó sincs arról a megszorításról, hogy a kiskorú éppen keresménye *tekintetében* kötelezte volna magát. Sőt igazságos volna-e különbséget tenni azon eset között, midőn a kiskorú kötelezvényt állít ki 1000 frtról és hozzáteszi: «kötelezem magamat, hogy ezen összeget keresményemből visszafizetem» és azon eset között, midőn e hozzáíteltet nem írja? Ha a keresmény az ilyen adósságért egyáltalában szavatol, akkor szavatolnia kell tekintet nélkül, vajon ezt így kijelentette-e a kiskorú vagy sem. A dolog lényege tehát nem az, hogy a kiskorú keresménye tekintetében *kötelezze* magát, hanem az, hogy bármely általa önállóan vállalt kötelezettségért csakis keresménye *felel*, azaz a *kielégítés* az ilyen kötelezettségekért csakis a keresményből nyerhető. Más szóval: a Curia álláspontja szükségképen a fent 4. alatt adott értelmezésre vezet.

Ám fentartható-e igazában ezen értelmezés is?

A mi először is feltűnik, az, hogy ezen felfogás szerint az önálló keresetű s magát fen tartó kiskorú nem is korlátoltan, hanem *korlátlanul szerződésképes*. Mert hiszen világos, hogy a *szerződés képesség* és a *vagyoni felelősség* kérdései nem azonosok. A közadós csódtörvényünk szerint semmi végrehajtható vagyonáról nem rendelkezhetik, de azért feltétlenül és korlátlanul szerződésképes, terhes szerződéseket bármely összeg erejéig szabadon vállalhat. Abból tehát, hogy bizonyos vagyonunk a mi kötelezettségeinkért felel vagy nem felel, semmi sem következik arra a kérdésre: érvényesen kötelezhetjük-e magunkat vagy sem? AZ, hogy egy kötelezettségnek — mondja élesen *Thöl* — korlátolt *hatása* van, a mennyiben a vagyon bizonyos része érte nem felel vagy csak bizonyos körülmények között felel, nem érinti azon képességet, hogy az adós magát szerződés által kötelezhesse. Ez szembetűnő volt addig, míg még az adóssági fogság létezett, mely által az adós vagyoni viszonyai sokszor közömbösökké váltak». Ha tehát azt tanítjuk, hogy a saját keresményéből élő kiskorú magát

¹ *Wechselrecht* 25. §.

feltétlenül és határ nélkül kötelezheti, ezzel az ilyen kiskorúakra a feltétlen szerződésképességet mondtuk ki: — ez pedig minden eddigi elméletnek ellent mond.

A dolog még aggályosabb lesz, ha meggondoljuk, hogy ha következetesen akarunk maradni, az iménti tételt alkalmaznunk kell *minden* kiskorúra, mihelyt az atyja vagy gyámja csak egy forint zsebpénzt is adott szabad rendelkezésre. Mert az ilyen kiskorú — mint fent említettük — e forintról is csak oly «szabadon rendelkezhetik», mint az előbbi a maga keresményéről. Ha tehát az a körülmény, hogy valakinek «keresménye» van, elegendő arra, hogy (tekintet nélkül a keresmény nagyságára) bármily összegű kötleveleket érvényesen írhasson alá, csak azért, mert ő a keresményéről «szabadon rendelkezhetik»: akkor minden 13 éves gyerek, mihelyt az apja egypár hatos zsebpénzt adott «szabad rendelkezésére», érvényesen írhat alá 1000 frtos kötvényeket —: az eredményképtelensége próba a tételre, melyből indul.

De — azt vetik — e képtelenség csak elméleti, gyakorlatilag a dolog ártalmatlan, mert hiszen a kötvény, akár egy millióról szól is, csak a *keresmény* erejéig *érvényesíthető*. Nézzük csak. *Mily* keresmény erejéig? Csak annak erejéig, mit *kiskorúsága* alatt szerez, vagy *egész élete* keresménye erejéig? Az első esetben azon absurd eredményhez jutunk, hogy *mentül fiatalabb* a kiskorú, annál *súlyosabban* kötelezzetük ^{eg}gy meggondolatlan vállalása által. A 15 éves kiskorú pl. ki saját pár forintos keresményéből él, az egész hátralevő kiskorúsági idejének, azaz *kilencz év* keresményét kötheti le, a 23 ³/₄ éves ember pedig, kinek már csak pár hónap hja a nagykorúsághoz, bátran írhat alá akármilyen kötelezettséget — legfőlebb 3 havi keresményétől eshetik el! A második esetben pedig: egy ember egész élete keresményével lakoljon kiskorúsága bármekkora adósságaiért, csak azért, mert ő ekkor már egypár forintot keresett, holott ha nem keresett volna, minden adóssága semmis volna! És ha az ember már egyszer kiskorúsága adósságaiért felelős, miért csak a szerzeményével, miért nem az öröklött vagyonával is? Van-e ennek a különbség fentartásának értelme még ilyenkor is? És akár így, akár amúgy: nem borzasztó-e az a hatalom,

melyet minden 14 éves iparostanoncnak vagy házi nevelőnek a kezébe adunk, hogy azért, mert havi 20—25 forintot keres, leköttesse vagyontát határ nélkül egész életére? Nem torz alkalmazása-e ez a Lewes Goethe-könyve egyik mélyértelmű mottójának, hogy «the child is the father of the man»? Nem gyámja-e itt a gyermek a saját férfikorának? És tehet-e még itt szó a kiskorúság miatti védelemről?

E következmények világitásában nem tarthatom helyesnek, ha e szakaszt: «kiskorúak, kik élték 14-ik évét betöltötték, arról, a mit szolgálatuk és munkájuk által szereznek, szabadon rendelkezhetnek, ha fentartásukról maguk gondoskodnak!, oda értelmezik, hogy ily kiskorúak *kötelezettségeket* vállalhassanak. Ezt mindenekelőtt maga a törvény szövege egy szóval sem mondja. «Rendelkezni» egy dologról vagy egy pénzösszegről nem tesz annyit, mint hasonlóságban vagy értékben kötelezettséget vállalni. A kiskorú a maga keresményéről szabadon rendelkezhetik: ez annyit tesz, hogy keresményi pénzeit stb. költheti, a mire neki tetszik, a nélkül, hogy ezen elidegenítési illetve átruházási ügyleteket kiskorúság okából meg lehetne támadni. E keresménye tekintetében tehát mindenféle *dologi* ügyletet köthet: a pénzt szabadon elköltheti, a rajta vett dolgokat használhatja, elhasználhatja, elidegenítheti, keresményi követeléseit más javára engedményezheti, zálogba adhatja — mindezt azonban csak addig, míg ez ügyletek *dologi* hatása terjed, de kötelezettségek ez ügyletek folytán a kiskorura nem háramolhatnak: ezért pl. az eladás vagy engedményezés *nem* jár reá nézve szavatossági kötelezettséggel sem. Zsebpénzével (ha csak bizonyos határozott célra nem adatott) minden kiskorú, keresményével minden magát Önállóan fen tartó kiskorú, tehet a mit akar. Az ilyen kiskorúakkal tehát *kézpénzügyletek* bátran köthetők. De hogy akár jelen, akár jövő ilyen «szabad pénzüik» erejéig kötelezettségeket is vállalhassanak, ezt sem a törvény nem mondja, sem nem szól e mellett, nézetem szerint, törvényhozási szükség sem. Azon körülmény, hogy egy kiskorúnak egynehány forint havi pénze, vagy önálló keresménye van, nem lehet ok arra, hogy szabadon eladósodhassék. Ha a kiskorút saját tapasztalatlansága és könnyelműsége

ellen meg akarjuk védeni, úgy első sorban a *hitelügyletek* ellen kell megvédenünk, a *készpénzügylet* sokkal ártatlanabb. Készpénzügylettel csak azt költhetjük, ami van, hitelügylettel lekötünk mindent, a mi valaha lesz vagy talán nem is lesz; amaz határolt és belátható, emez határtalan és ellenőrizhetlen. A gyámtörvény megadja a módját, hogy a kiskorú 18 éves korában önállóan ipart űzhessen: ekkor dolgozhatik hitelre is. A hitelképességnek ezen koron aluli időre való kiterjesztésére szükség fen nem forog. És ezért, nézetem szerint a fenti esetben a kiskorú által, bár «önálló keresménye volt», kiállított két darab kötlevel érvénytelen volt.

A fenti perben a kiskorú nemcsak a váltókat és kötleveleket kérte érvényteleneknek kimondatni, de a kiskorúságában már kifizetett 1000 frtot is visszakövetelte. E kérelmet a fenti Ítélet szintén megtagadja, és helyesen:

Nem volt teljesíthető felperesnek az a kérelme sem, hogy alperes az 1000 frt készpénz visszaadására köteleztessék, . . . mivel felperes mi bizonyítékot sem hozott fel arra nézve, hogy az adott 1000 frt nem volt keresménye.»

Ez helyes, mert az önálló keresményű kiskorú készpénzügylete megáll. A bizonyítási teher is méltányosan van e tekintetben megoldva: a vélelem az, hogy az ilyen kiskorú a mit fizet, keresményéből fizet, sőt de lege ferenda — úgy érzem — megfontolandó volna, meg kellene-e ezt az ellenbizonyítást általában engedni? A mint a kiskorú hitelügy léteit a fentiek szerint ki kell zárni, úgy másfelől meg keli adni a módot, hogy a készpénzügyleteket, miket velük kötünk, *biztosan* megköthessük. A német birodalmi törvénykönyvjavaslat (69 §.), valamint a *Bähr*,⁸ *Rocholl*⁹ és *Zitelmann*¹ javaslatai is hasonló módon hason célra törekednek.

Még egy végső megjegyzést a fenti ítélet következő tételére:

Egyébiránt a felperesnek a jogügyletek érvénytelenségére kiskorúságának indokából felhozott érvelése *nem kereset alakjában*,

¹ Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürg. Ges. 1. füzet 19. 1.

² Vorschläge zur Abänderung des Entwurfes 1. füzet 36. 1.

³ Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines burg. Ges. 1. füzet. 70. 1.

hanem csakis védelemképen és csupán akkor foghatna helyet, ha és a mennyiben a kötlevelek és váltók bíróilag érvényesítettet megkíséreltetnek és ő oly vagyoni hátránnyal veszélyeztetnék, a mit a törvény alapján elviselni nem volna köteles.

Ez meglepően hamis. A kiskorú érvénytelen ügyletei manap ugyan ispo jure érvénytelenek, és nem szorulnak többé a régi jog kereseti invalidatió- vagy renunciatiójára. De gyakorlatunk feltétlenül megengedi, hogy valamely jogviszony fen- vagy *fen nem állása* u. n. megállapítási keresettel (Prájudicial- vagy Feststellungsklage) bírói cognitio alá hozásék, és mivel sem indokolható, hogy a kiskorú érvénytelen váltó- és kötleveleit ellenfelénél hagyja és 32 évig várjon, míg beperletetik, hogy érvénytelenségi kifogásait előhozassa.

IV.

Szóbeli birtokháborítás.

1. Curia: Birtokháborítást az követ el, ki önhatalmú cselekmény által másnak birtokát elfoglalja, vagy mást birtokjogainak gyakorlatában tényleg meggátol, felperes pedig azt, hogy őt alperes az ennek földjén használt átkelési út gyakorlatában tényleg megakadályozta, nem bizonyította, *a szóval történt eltiltás*, ha ez minden kétségen kívül bizonyítva lenne is, *a birtokjog gyakorlata tényleges megakadályozásának tekinthető nem lévén*, nem bizonyítottván tehát a jogháborításnak ténye, *visszahelyezésnek helye nincs* stb. (1890 4516. sz.)

2. Curia: Felperes keresetével elutasítatik, ha alperes leteszi a főesküt arra, hogy ő felpereshez ezen szavakat nem intézte: «kítakarodjál a házból, nehogy gyilkosság történjék, mert különben fejszével agyon verlek». (1885. 806. sz.)

A Curia a fenti két ítéletben más-más állást foglal azon ismeretes kérdéssel szemben, vajon a pusztá szóbeli tilalom vagy fenyegetés birtokháborítást képez-e vagy sem? Az első esetben nemmel, a másodikban igennel felel e kérdésre. Ez ellenmondás nem indokolható. Igaz, hogy az első esetben alperes csak egyszerűen *tiltotta* a birtok gyakorlását, a másodikban pedig e tilalomhoz *fenyegetést* is fűzött. Ámde tilalom és fenyegetés a mi kérdésünk szempontjából egyre mennek. Vagy csakugyan máskép akarunk-e Ítélni, a szerint

a mint a földtulajdonos azt mondja a szolgálomhoz: «Be ne tedd a lábadat! vagy pedig «Be ne tedd a lábadat, mert kidoblak»? Mindkét alakban a tiltakozó kijelenti, hogy ő a másik fél birtokának gyakorlását *nem fogja tűrni*: ez a positivum, melyben a kettő összevág. És sem a tilalom, sem a fenyegetés nem *tettlegetes* háborítás: ez a negatívum, melyben találkoznak. Ha a puszta kijelentésben rejlő birtokháborítás a sommás visszahelyezésre elegendő, akkor mindkét esetben meg kell azt adni; ha pedig e kereset előfeltételét a *tettlegetes* háborításban látjuk, akkor mindkét esetben meg kell tagadni.

Már mostan igaz, hogy a birtokháborítási kereset remek mintája, az *interdictum uti possidetis* e szavakban sarkalt «*vim fieri veto*», és hogy a *vis* úgy a praetori, mint a későbbi jogban e keresetnél szerepet játszik. Ám a *vis* szó alatt a birtokháborítás esetén már a római források is minden szóbeli tilalmat is értenek,¹ és a közönséges jogban a *vis* fogalma e tekintetben annyira denaturalizálva van, hogy *Ihering* joggal mondhatta, hogy a *vis* fogalma *tényleg* ez *interdictumnak* tényalapjához nem tartozik.² Persze, ki, mint 'Savigny, a birtokkereset alapját a kártételben és célját a kártérítésben látja, az a «*tettlegetes*» birtoksértést el nem ejtheti: a puszta tilalom, a puszta fenyegetés még nem káró-ísit. A Savigny birtokelmélete alapján — ha következetesek akarunk maradni — a birtokkeresetnek csak *tettlegetes* háborítás, sőt (minthogy a birtokvédelem oka szerinte deliktum, ilyen pedig csak *dolo* vagy *culpa* történhetik) *vétkes* háborítás esetén lehetne helyet engedni. A gyakorlat minden nap mutatja ez álláspont elégtelenségét. Számptalan birtokvita merül fel, midőn mindkét fél teljes jóhiszemben gyakorolja birtokát, midőn az egyik arról, hogy e birtokra a másik is számot tart, sőt hogy ő a másikat csendes birtokában zavarja, nem is tud, midőn a birtokháborítás nem is az ő tettében, hanem cselédjei, sőt marhái tényeiben, épületei állapotában, sőt természeti eseményekben áll: mi marad ilyen-

¹ *Bruns*. Besitzklagen 30, 31, 59, 61, 62. 1.

² *Besitzschutz* 92. 1.

kor még a «vis» fogalmából? Az újabb törvényhozások is «tettleges» háborításról beszélnek ugyan. A porosz Landrecht azt mondja «wer mit Gewalt gestört ist», az osztrák törvk. «wer eigenmächtig gestört ist», a szász «wer thatsächlich gestört wird», az olasz chi viene molestato», a francia gyakorlat is *tettleges* háborításról szól (par voies de fait). De e jogterületek tudománya is — a francia kivételével, mely a tettlegeességet» sürgeti (Zachariá I. köt. 189. §.) — megegyezik abban, hogy «tettlegeességnek» veszik, a gyakorlati czélszerűségnek engedve, a tettlegeességgel való pusztá fenyegetést, sőt a tettleges háborítás pusztá objectiv veszélyét is. (V. ö. *Randa Besitz* §. 76.)

Hazai jogunkban az 1542. V. (pozsonyi) tcz., mely a birtokkeresetet először szabályozza, valamint a későbbi 1802. XXII. és 1807. XIII. tczikkék legtöbb helyen világosan «violentiá»-ról szólnak.¹ Ámde az «erőhatalmú foglalásra» czélzó ezen törvényeket későbbi — még pedig már 1848 előtti — gyakorlatunk már a «nem erőhatalmú háborításra» is kiterjesztette (v. ö. *Frank* közig. tört. II. 628. 1. a. jegyz.), úgy hogy gyakorlatunk ma «már a violentia» fogalmát a birtokháborítás előfeltételéül nem ismeri.

De hogyan így: van-e akkor még értelme különbséget tenni a tettleges és a szóbeli háborítás között? Ha a birtokkeresetet megengedjük ott, a hol a háborító arról, hogy az ő birtokára más is tart számot, nem is tud; ha megadjuk a szomszéd, ellen, a ki tévedésből és a legjobb hiszemben fel» szánt egy darabot az én határföldemből; megadjuk a gazda ellen, kinek marhája tudtán kívül legelőmre jár; helyét látjuk akkor, a mikor a háborító nem is *akar* háborítani: nem flagransabb-e a birtokháborítás ott, a hol ellenfelem kijelenti, hogy háborgatni *akar*, hogy birtokomat *nem tűri*, hogy gyakorlatát *tiltja*? A veszély, hogy birtokom a bíróság segélye nélkül jövőben háborgatva *lesz*, sokkal nagyobb, mint az

¹ «Ad praecavendas *violentas* bonorum ac jurium quorumcunque possessionarium aut etiam mobilium *occupatwnes*». — tUt in casu *violentaie occupationis* stb.» V. ö. azonban e törvényhelyek értelmezésére nézve *Imling* Magy. Igazs. 13. köt. 244. lap és *Biermann* Szomszédjog oltalma 30. 1.

előbbi esetekben, a hol a rendellenesség megszüntetésére talán elegendő volna, hogy a háborítót a tényállásról egyszerűen értesítem. Már pedig a birtokháborítási kereset — mint *Bruns* meggyőzően kimutatta id. h. 65. 1. — első sorban nem a múlt háborítás *kiegyenlítését*, hanem a jövő fenyegető háborítás *megakadályozását* czélozza, czélja a *birtokvédelem*, nem *megetérítés*, és ezért előfeltétele nem annyira az: *me§-történt-e* a háborítás? mint inkább az: olyasmi történt-e, minek folytán a háborítás *ezentúl* várható? Innen van, hogy a leghatározottabb birtoksértés nem alapítja meg ezen keresetet, ha az eset olyan, hogy előre tudható, hogy ismétlésétől nem kell tartani. Így magyarázandó az eset, melyet *Zlinszky* Randa nyomán tankönyvében felelőit (182. 1.): «mi czélja is lehetne a sommás visszahelyezésnek, midőn az ellenfél egy ténynyel minden működését befejezte és a kereset beadásakor a birtokos birtoklásának kizárólagos élvezetében van?» Nem mert — mint *Zlinszky* magyarázza — a háborítónak az esetben a háborítási *szándéka* nem volt meg, (e szándék megvolt, csak hogy ismét megszűnt), hanem mert a jelen birtokállapot nincs többé *veszélyeztetve*: ezért nincs itt helye a birtokháborítási keresetnek. E felfogásnak és folyományainak igazolására teljes értekezést kellene írni, a mire majd máshol lesz helyem. De e rövid sorokból is világos lesz, hogy a háborítás a birtokkeresetnél nem mint *befejezett* tény, hanem mint *kezdő* tény, azaz mint egy jövő tetteges háborítás *indiciuma* jön tekintetbe. Nem mert a háborítás *megetörténi* hanem mert a múlt háborgatás valamely jövő háborgatással *fenyeget*: ezért van szükség a bírói segélyre. Ily világításban szemlélve kérdésünket, világos, hogy a szóbeli tiltakozás vagy fenyegetés mint *befejezett* tények ártatlanok, bármi fenyegető szó meg nem foszt birtokomtól; de jövőre való kihatásuk az, hogy a megfélemlített birtokos nem mert birtokát gyakorolni, hogy a birtok *ezentúl* akadályozva lesz: ezen jövő akadály legyőzésére van szükség a sommás visszahelyezési bírói parancsra. Ezért tehát a komoly tilalom vagy fenyegetés is megalapítja e keresetet. Ezen eredmény ma már a külföldi birtokgyakorlatban is el van ismerve: A. «vis», «eigenmächtige Störung», «tetteges háborítás» fo-

galma alá ugyan e két tény csak erőltetve szorítható, és Ihering jogos tréfát üz e «vis» szóval üzött fictióval (id. h. 94.1.), -de ebből legfőlebb az következik, hogy a kereset tényalapja szélesebb mint a kifejezés, melylyel az iskoladefinitio operál. Gyakorlati következményeket a «tettes háborítás kifejezéséből vonni nem szabad, a minthogy a római jog mintájára ^z újabb gyakorlat mindenütt a « verbális turbatioU is elismeri. Vagy helyesebb volna-e követelni a birtokostól, kit ellenfele fenyegetések között a gyakorlattól eltilt, hogy előbb véresre ütse a fejét, mielőtt sommás visszahelyezést kérhetne? «Cur ad arma et rixam procedere patiatur praetor?» — mint a római jogász kérdi. Nézetem szerint tehát a fenti első esetben is helyt kellett adni a keresetnek.

V.

A takarékpénztári könyvecske jogi természetete.

1. *A m. kir. Curia:* A másodbíróság ítélete megváltoztattatok s az elsőbíróság ítélete hagyatik helyben.

Indokok: Alperes takarékpénztári egyesület az *A.* a. csatolt betéti könyvben foglalt alapszabályainak 12. §-a értelmében a betéteket a betéti könyv előmutatójának lévén köteles kifizetni, a kereset tárgyát képező 300 frtot, miután az a betéti könyvnek felperes által történt előmutatása idejében ebben kifizetettnek kitüntetve nem volt, köteles volt kifizetni annyival is inkább, mert a takarékpénztári könyv az alapszabályok értelmében is a bemutatónak kifizetendő közforgalmú értékpapír, mit felperes mint harmadik személy a keresetbe vett 300 frtra nézve is jóhiszeműleg megszerzett s miután a szerzés idejében a megszerzett könyvben kitüntetve nem volt, hogy a 300 frt a jogelődnek kifizetett volt, felperes annak kifizetését jogszerűen követelheti. Igaz ugyan, hogy alperes azzal védekezik, hogy a követelt 300 frtnak kifizetése a könyvből kitűnik, de alperes takarékpénztár-egylet saját alapszabályainak 73. §-a értelmében csak akkor tekintethetik valamely betét visszafizetettnek és a visszafizetés bizonyítottnak, ha a visszafizetés a betéti könyvben rendszerint bevezetve s ez a napi biztos, a pénztárnok és könyvvezető aláírásával ellátva van. A jelen keresettel követelt 300 frtnak visszafizetése azonban rendszerint bevezetve nem lett, stb. (Dtár új f. XX. köt. 49. 1.) 1887. december 23-án 5678. sz. a.

A budapesti kir. kereskedelmi és váltótörvényszék mint keres-

kedelmi bíróság B. György budapesti lakos felperesnek, a «B. bariké alperes ellen 850 frt és jár. iránt indított rendes perében következőleg ítélte:

Alperes köteles felperesnek 850 frt tőkét, 18 frt 50 kr. tőkésített kamatot és az egész 868 frt 50 kr-nak 1889 december 31-től járó 4½% kamatát és 57 frt 65 kr. perköltséget 15 nap alatt — az *A.* alatti takarékpénztári könyv ellenében — különbeni végrehajtás-terhe mellett megfizetni, és a kiszabandó ítéleti illetéket sajátjából viselni, stb.

Indokok: Alperes bank az *A.* alatti betéti könyvben foglalt alapszabályainak 5. §-a értelmében a takarékpénztári betéteket a betéti könyv előmutatójának köteles kifizetni, a miből következik, hogy a betéti könyvre mint a bemutatónak kifizetendő közforgalmú: értékpapírra jogot csakis a betéti könyv átadása mellett lehet szerezni; ennél fogva, tekintve, hogy az ahoz való tulajdonjog az egyszerű átadás által megszerezhető, — és tekintve, hogy akár a tulajdon, akár a zálogjog megszerzéséhez már maga a puszta átadás — a nélkül, hogy a betétkönyv eredeti birtokosának szóbeli engedménye szükséges lenne — elegendő, alperesnek azt a kifogását, hogy mivel az *A.* a. betéti könyv B. Mór és társa nevére van kiállítva, azt B. Mór felperesnek kézi zálogul át nem adhatta, annál is inkább figyelmen kívül kellett hagyni, mert a betéti könyvre vezetett alapszabályok 5. §-a szerint a betéti könyv előmutatójának a betéti összeghez való jogosultságát egyébként igazolni nem is szükséges.

Alperes még azt vitatja, hogy a betéti összeg kifizetésére azért nem kötelezhető, mivel a betevő B. Mór és társa a 2. a. becsatolt okirat szerint a betéti összeget alperesnek a vele szemben fenálló követelése biztosításául kézi zálogul átengedte, s így a kézi zálog fogalmánál fogva alperes a betéti összeget első sorban a betevő ellen fenálló követelésének kielégítésére fordítani jogosult; minthogy azonban a betéti összeget a betéti könyv helyettesíti, s minthogy továbbá a betéti könyv birtokosa, a mennyiben a betevő a személyes felvétel jogát fenn nem tartotta, a betétösszeg felvételéhez feltétlen jogot nyert, alperesnek ezt az állítását figyelmen kívül hagyni s a betéti összeg kifizetésére való kötelezettségét megállapítani kellett.

Hogy a betétösszeghez való jogot rendszerint a betéti könyv birtoka állapítja meg, kitűnik az 1881. évi LX. tcz. 80. §-ának rendelkezéséből is, mely szerint a takarékbetétekre csak az esetben lehet végrehajtási zálogjogot szerezni, ha a betéti könyv a foglaláskor megtaláltatott s arra a végrehajtás rávezettetett.

Vége alperes azért kéri felperest keresetével elutasítani, mert

azt állítja, hogy a betevő ellen fenálló lejárt váltóbeli követelése erejéig a vtórv. 108. §-a értelmében a megtartási jogot gyakorolni jogosított, s hogy ezen jogánál fogva a betéti összeg kifizetésére nem kötelezhető;

minthogy azonban a váltótörvény 108. §-a a megtartási jog gyakorlását csakis a váltóadós pénzére és csak az esetben engedi meg, ha az minden meghatározott rendelkezés nélkül jutott a váltóhitelező birtokába, a kereset tárgyát képező betéti összeg pedig a betéti könyv birtokosának, tehát nem a betevő B. és társa czégnak, hanem felperesnek követelését képezi; minthogy továbbá a takarékbetét nem rendelkezés nélkül, hanem azon rendelkezés mellett jutott alperes birtokába, hogy azt a betéti könyv elő mutatójának fizesse ki, s így a megtartási jog gyakorlásához szükséges feltételek fenn nem forognak; ennél fogva alperest a megtartási jog érvényesítéséhez jogosultnak tekinteni nem lehetett, s őt, miután a betéti összeg mennyisége ellen kifogást nem emelt, a takarékpénztári betét, s annak kamatai kifizetésére — a betéti könyv visszaadásának feltétele mellett — kötelezni kellett.

A budapesti kir. ítélő tábla: az elsőbíróság Ítéletét helyben- ^ hagyja annak indokai alapján és még azért, mert az 1876. XXIII. tcz. 108. §-a értelmében a váltóbirtokos nem gyakorolhat megtartási jogot olyan összegre, a melylyel adósának ő maga tartozik; minthogy ez az összeg az ő birtokában nincs, és az így gyakorolni kívánt megtartás sajátképen beszámítás volna, alperesnek a beszámítási jogra fektetett kifogása pedig figyelembe vehető már csak azért sem volt ^ mert ezt csakis az ellenvégiratban hozta fel, s így ezzel nyilván elkésett.

A m. kir. Curia: A másodfokú bíróság ítélete helybenhagyatik.

Indokok: A felperes által A. alatt eredetiben csatolt, minden fentartás nélkül kiállított takarékpénztári betéti könyvre vezetett határozmányok 5. pontja értelmében alperes részvény-társaság a kereset tárgyát képező betétösszeget a betéti könyv előmutatójának köteles kifizetni.

Alperesnek csak a betéti könyv bemutatásától függő — egyéb-ként azonban feltétlen — ezen fizetési kötelezettségével valamint azzal szemben, hogy alperes mi bizonyítékot sem hozott fel arra nézve, hogy felperesnek, a betéti könyv előmutatójának arra vonatkozó birtoklása nem jogszerű, alperesnek nem felperes, hanem harmadik személyek irányában fenforgó viszonyából merített kifogásai még abban az esetben sem volnának figyelembe vehetők, ha azok alapsak lennének.

3. *Budapesti tábla*: Alperesnek azon védekezése, hogy a 713. sz. betétösszeget kifizetni nem tartozik, mert erre V. S. a 7-én kelt és 2. sz. a. csatolt nyilatkozat szerint váltótartozása fedezésére megtartási jogot engedett s Λ ezt gyakorolni kívánván, a 3. sz. a. ítéletet nyerte, mely szerint megtartási joga a váltótörv. 108. §-a alapján kimondatott, figyelembe nem vétethetett. Mert takarékpénztári betétek feletti rendelkezés csak a betéti könyvecske birtoklása és ennek bemutatása által történhetvén, a 2. sz. a. nyilatkozatban V. J. által engedett jog, minthogy az ennek gyakorlatához szükséges eszköz, t. i. maga a betéti könyvecske a jogosítottnak át nem adott, hatálytalan, s ennek folytán alperes daczára a 3. sz. a. ítéletnek, mely felperes mint perbe nem idézett fél ellen joghatálylyal már ezen oknál fogva sem bir, megtartási jogot felperessel szemben, ki a minden fentartás nélkül kiállított, s ez okból teljes jóhiszemben megszerzett betétkönyvecskének birtokában van, nem gyakorolhat s a betét visszafizetésének kötelezettsége alul, tekintettel alapszabályainak 113. §-ára, alperes nem szabadulhat, annál kevésbé, mert a fentartás

nélkül kiállított betéti könyvecskék, mint az előmutatóra szóló értékpapírral egy jogi tekintet alá esők által csak a könyvecske bemutatásától

feltételezett fizetési kötelezettséget vállalt. Felperesnek a betéti könyvecskére nézve jogszerű birtoklási joga tehát kétséget nem szenvedvén, de kétségbe nem is vonatván, másrészt a 2. sz. a. nyilatkozat felperes jogának korlátozására alkalmatlan lévén, az elsőbíróság ítéletének megváltoztatása mellett alperest a 713. sz. betétből az *A.* a. okmány szerint felperest illető tőkeösszegnek és kamatának kiszolgáltatására kötelezni kellett.

Curia: A másodbíróság ítélete annak kijelentése mellett, hogy amaz indok, mintha a névre szóló takarékpénztári betéti könyvecskék minden irányban az előmutatóra szóló s közforgalom tárgyát képező értékpapírokkal egy jogi tekintet alá esnének, el nem fogadható, vonatkozó egyéb indokainál fogva helybenhagyatik. (1884. okt. 31-én 357. sz. a.)

Majdnem az összes takarékpénztárak alapszabályai meghatározzák, hogy a «betéti összeg a könyvecske bemutatójának fizettetik ki, ki magát mint tulajdonos igazolni nem köteles».

Elmélet és gyakorlat megegyezik az iránt, hogy az ilyféle kikötés a takarékkönyvet *nem* teszi bemutatóra szóló értékpapírrá, hanem hogy az ilyen könyvecske — akár névre van kiállítva, akár jelre vagy számra — az u. n. *sántító*

papírok (igazolási papírok) osztályába tartozik, azaz: a takarékpénztár igaz hitelezője a betevő, de az intézet *jogosítva* van (de nincs kötelezve) a betétet bármely bemutatónak kiadni. A különbség ezen igazolási papírok és a bemutatóra szóló papírok között nyilvánvaló. Az utóbbiaknál a mindenkori birtokos a jogosított, az előbbieknél az eredeti hitelező vagy (engedmény vagy öröklés stb. útján való) jogutódja; és habár az adós vizsgálni nem köteles, hogy a bemutató *jogosítva* van-e a követelés felvételére, ez a nem-hitelezőt még nem teszi hitelezővé: az adós szabadul kötelezettsége alul, ha a bemutatónak fizet, daczára annak, hogy ez utóbbi talán nem a hitelező, ő érvényesen fizet, bár nem jogosított kézhez fizet. A gyakorlati cél, melynek ezen igazolási papírok szolgálnak, ugyancsak szembeszökő: az adós, ki nagy számban ad ki tartalmilag hasonló kötelező iratokat, fel akarja magát menteni annak esetről-esetre való vizsgálása alól, vajon az, a ki az iratot felmutatja, csakugyan az igazi hitelező-e, vagy csakugyan fel vari-e tőle hatalmazva, de fel akarja menteni ezen személyigazolás alól magát a hitelezőt is, ki gyorsan, biztosan és minden további scrutinium nélkül kivan a követeléshez jutni. Képzeljük csak — hogy a mindennapi életből vegyek példát — egy színházi ruhatáros helyzetét, ki, mielőtt a ruhadarabokat visszaadná, pontos bizonyítékot kívánna arról, hogy az, a ki a ruhát követeli és a garderoberjegyet felmutatja, csakugyan tulajdonos! Ez lehetetlenség. Ő czédulát ad, mely bizonyos számú ruhadarabról szól; a ki a czédulát felmutatja, annak ő kiadja a ruhadarabot, többért nem felel; így ő is kényelmesen és biztosan teljesítheti a ruhakiadást, de a tulajdonos is kényelmesen és biztosan jut a darabjához, — a czédula intézménye így mindkettőnek érdekében van. De vajon ezért bemutatóra szóló papír az ilyen ruhaczédula? Bizonyára nem. A ruhatáros csak *jogosítva* van a ruhát bármely — nem jogosult — papírmutatónak kiadni, de erre nem *köteles*. Tegyük, a kabát tulajdonosa jelenti, hogy a czéduláját elvesztette, a ruhatáros ismeri is a kabát tulajdonosát: nincs-e jogában, hogy a kabátot kiadja ruhajegy nélkül is? Bizonyára, sőt ilyen dolog akármelyikünkkel már meg is történt. Ha azután egy harmadik a czédulával

jelentkezik, a ruhatáros elutasíthatja: ő kiadta annak, a ki iránt kötelezve volt, a papírbirtokossal szemben — további legitimatio nélkül — csak jogosítva van a kiadásra, de kötelezve nincs. És nem» tenne különbséget, ha az efféle czédula névre volna is kiállítva, óráshoz órát adok igazítani: az órás két egyenlő jegyet állít ki, melyre nevem és «egy arany óra» van ráírva, az egyiket az órára erősíti, a másikat nekem adja ki azzal, hogy a ki az óráért eljön, hozza magával ezt az igazoló jegyet is. Ha már most a jegyet elveszíttem és más megtalálja, a ki azt az óránál praesentálja: ő jogosítva van az órát neki kiadni, de mihelyt tudomást szerez az elvesztésről, többé nem a találónak, hanem csak nekem adhatja ki: a czédula csak az igazolást akarja könnyíteni, de a hitelezői jogon nem akar változtatni, csak igazolási papír, de nem bemutató papír. íme két példa: a garderobe-jegy bemutatóra szólt, az órásjegy névre szólt, de azért mindkettő természete ugyanegy: amaz sántító bemutató papír, emez sántító névre szóló papír, mindkettő *igazolási papír*.

Nem ilyen a takarékbetéti könyvecske is? A takarékkönyvecske is névre vagy jegyre (költött névre stb.) szokott szólani, a mellett a kiállító többnyire a bekezdésben emiített kijelentést is szokta tenni. Vajon e kijelentés által bemutató papírrá lesz-e a takarékkönyvecske? Az i. és 2. alatti Ítélet igennel, a 3. alatti nemmel felel e kérdésre. A kérdés gyakorlati fontossága igen nagy, mint a közölt esetek is mutatják.

Az első esetben a betétkönyvecske egész betéte már ki volt fizetve, de az utolsó 300 frtról szóló fizetés a könyvecskébe nem volt alapszabályszerűen bevezetve, a könyvecske harmadik személy birtokába jut, ki most ezen, a könyvecske szerint még fenálló 300 irtot követeli: érvényesítheti-e a takarékpénztár a már történt fizetés kifogását? A 2. és 3. esetben a takarékpénztár a betevő ellen fenálló viszonykövetelése czimén «megtartási jogot» (helyesebben: beszámítást) kíván gyakorolni, teheti ezt? Ha a (mindhárom esetben névre kiállított) könyvecske az említett clausula folytán bemutatópapírrá vált, akkor e kifogások helyt nem foghatnak; az ilyen kifogás exceptio ex jure tertii volna. Ha pedig ama

clausula csak igazolási clausula jelentőségével bír, akkor a harmadik bemutató is csak az eredeti hitelező jogán áll, és mindazon kifogások, melyek ez ellen emelhetők, amarra is állanak.

A fenti esetekben melyik értelmezés talál, el nem bírálható, minthogy az alapszabályok idevágó szövege szó szerint az indokolásokban közölve nincsen. Kétségtelen, hogy oly esetben, midőn a könyvecske kiállítója határozottan *kötelezi* magát arra, hogy a könyvecskét bármely bemutató kezéhez honorálja, valódi bemutatópapírral van dolgunk. De mindaddig, míg a kérdéses clausula enyhébb értelmezést is enged, tehát például ha az a bekezdésben idézett vagy hasonló más formában szól, akkor az ilyen kikötés in dubio csak igazolási záradéknak vehető. Ezen értelmezés mellett szól a betéti könyvecske rendeltetése, mely nem abban áll, hogy a forgalom tárgyát képezze (mint az igazi bemutató papírok), hanem, hogy rendszerint a betevőé maradjon: hiszen azért takarítunk, hogy maradjon. Erre mutat az is, hogy a betevő nevére irattá a könyvecskét: ha bemutató iránt kívánta a takaréktárt kötelezni, miért nem állította ki bemutatóra vagy jelre? Végre ide szolgál azon általános értelmezési szabály is, hogy az adós kötelezettségét kétség esetében megszorítólag kell értelmezni; már pedig enyhébben értelmezzük a kérdéses clausulát, ha abból a kiállító jogát, mint ha köteleességét magyarázzuk. Ezt az álláspontot tartja az idevágó összes irodalom is.¹

A 3. esetben a Curia ítélete nem világos. Tiltakozik az ellen, hogy a betéti könyvecske «minden irányban az előmutatóra szóló és közforgalom tárgyát képező értékpapírokkal egy jogi tekintet alá esnék»/de azért a bemutatót mégis saját nevében való jogosítottnak ismeri el, ki ellen az eredeti hitelező személyéből kifogás nem emelhető. Ez nem következetes. A betétkönyvecske vagy rectapapír (ilyen az igazolási papír is) vagy bemutató papír — harmadik nincs. Ha

¹ Brunner Endemann Handbuch II. köt. 174., 175., 178.1. 5. jegyz.: itt 1. az irodalmat is. Hasonlóan Nagy Ferencz Keresk. jog kézik. 131. §. 5- jegyz, 519- 1- 2c. jegyz., 527. 1. 3. jegyz.

rectapapír, akkor a beszámítási kifogásnak hely lett volna adandó; ha pedig a betevő személyéből való kifogásnak hely nem adatik, hanem a papír tartalma minden bemutatóval szemben önállóan bíraltatik el, akkor ezzel a könyvecske bemutatópapírmak van elismerve. Hogy mik volnának azok az «egyéb tekintetek», melyekben e minőség nem találna? — nem látom. *Ha* bemutatópapír, akkor el kell fogadnunk a következményeket is, akkor péld. a megsemmisítési eljárás tekintetében is nem a polg. t. rendt. szabályai lesznek irányadók — mint a névre szóló betétkönyvecskéknél — hanem az 1881: XXXIII. tcz. Gyakorlatunk ez utóbbi tekintetben ugyan másképp tartja,¹ és a megsemmisítés szempontjából *nem* tartja az ilyen könyveket bemutatóra szólóknak — de vajon következetes-e ez?

A 2. és 3. esetben «megtartási» kifogásról van szó «beszámítási» kifogás helyett. Az adós, kinek hitelezőjének pénzbeli követelése ellenében pénzbeli ellenkövetelése van, nem megtartással, hanem csak beszámítással élhet. A váltótörvény beszél ugyan megtartási jogról, adósaink «azon *pénzeire*, melyek stb.», azonban itt pénz «nem mint összeg, hanem mint egyedi dolog (species) értetik, mely t. i. az adós tulajdonában marad»,⁹ ha az adós csak bizonyos összeg visszafizetésére van jogosítva, akkor vele szemben nem megtartásnak, hanem beszámításnak van helye, a mi gyakorlatilag nagy különbség.

Azon kérdésre, hogy a takarékpénztár a betétköveteléssel szemben élhet-e a beszámítással, 1. a Magyar jogászgűlés 1885. évi évkönyvében II. köt. 68. és köv. 11. Entschcheidungen d. Rg. I. köt. 204. 1. Szerintem nincs ok, hogy e jogot a *névre* szóló betéti könyvecskével szemben meg lehetne tagadni.

¹ «A névre vagy megjelölésre kiállított takarékpénztári betéti könyvek a bemutatóra szóló értékpapírok fogalma alá nem esvén, azokra nézve elvesztések esetében a polg. rendt. 529—533. §§-aiban szabályozott megsemmisítési eljárás szabályai nyernek szabályozást! (Dvt. r. f. XXV. köt. 55. 1.).

² Nagy *Fer.* id. m. 560. 1. 7. jegyzet.

VI.

Tartozatlan fizetés.

I. A budapesti V. ker. járásbíróság; Felperes keresetével elutasítatik. *Indokok:* A per érdemében döntő körülményt az képez, ha felperes alperesnek tartozatlanul fizetett-e, és hogy illetve alperes ezen teljesített fizetés által jogtalanul gazdagodott-e, ezen körülmény pedig a nélkül is elbíráhatóknak mutatkozott, hogy a C. a. váltó hamis vagy nem hamis volta vizsgálat tárgyát képezte volna, a miért is a felek által e tekintetben előadottak a per eldöntésénél bírói figyelmen kívül maradtak. Felperes ugyanis maga állítja, hogy ő S. B.-nek egy 200 frtos váltóelfogadmánnyal fizetést teljesített; maga beismeri továbbá azt is, hogy csakis akkor győződött meg a C. alattinak hamis voltáról, miután a K. a. csatolt valódi elfogadmánya ellene beperesítettett, s e K. alattit kifizetvén, a C. alattival összehasonlította, olyannyira ügyesen eszközöltetett azon a felperesi aláírás hamisítása. Alperes, mint hivatásánál fogva a váltókra kölcsönöket adó pénzüintézet, a C. alatti váltó leszámítolását az azon levő nevek hitelképességére való tekintettel eszközölte, s hogy a névalírásk bírálataánál a kellő gondossággal járt el, azt a fentjelzett felperesi beismerés legjobban igazolja. Miután tehát alperes felperes elfogadmányára, melynek valódiságában kételkedni a fent előadottak szerint oka nem volt, felperes hitelképességében bizakodva, jóhiszeműleg a megfelelő értéket kiszolgáltatta, mely körülmény felperes által a per során tagadásba nem vétetett, kétségtelen, hogy az ezen értéknek részére történt visszafizetése által jogtalanul nem gazdagodott. Azon felperesi állítás továbbá, hogy ő alperesnek tartozatlan fizetést teljesített, figyelembe véve a pénzüintézetek által adott váltókölcsönök természetét és minőségét, illetőleg a kölcsönadás módját, szintén nem volt valóság gyanánt elfogadható. Midőn ugyanis az alpereshez hasonló váltókölcsönökkel hivatásszerűen foglalkozó pénzüintézetek a náluk benyújtott váltókat az azokon levő nevek hitelképességére való tekintettel, a lehető gondossággal megejtett censura után leszámítolják, nincs módjukban a naponként nagy számmal beérkező váltókon levő aláírások valódisága tekintetében nyomozó eljárást indítani meg, miből folyólag ezen pénzüintézeteket a náluk benyújtott esetleg hamis váltókért az esetre is felelőssé tenni, midőn azok már beváltattak, egyértelmű volna a kereskedelmi hitel egyik fontos tényezőjét képező pénzüintézeti váltókölcsönök forgalmának nagy mértékben való megnehezítésével, a mi pedig annál

kevésbé volna ész- és okszerű, de még méltányos sem, mert a fizetésre felszólított adósoknak, az esetleges hamisításokkal szemben, az illető váltók kifizetése alkalmával kifejtendő kellő óvatosság elégséges védelmet nyújt. A miért is, míg egyfelől, ha felperes a C. alattival szemben annak beváltása alkalmával ezen kellő óvatossággal jár el és a váltó beváltását az aláírás hamis voltának indokából megtagadja, a hamisításból eredő károsodás a kölcsönadó alperest, bár érdemetlenül, sújtotta volna, addig másrésről a felperes által a kellő óvatosság mellőzésével teljesített fizetés folytán felperest ért károsodásért alperest, ki a fent előadottak szerint felperes hitelére és nevére a kellő gondosság mellett jóhiszeműleg kölcsönt adott, felelősség annál kevésbé terhelheti, mert alperes a felperes által teljesített fizetés folytán jogtalanul nem gazdagodott. hanem csupán az általa felperes nevére és hitelére kölcsönzött értéket kapta vissza. (1889 decz. 15. n9231. sz. a.)

Budapesti tábla: Helybenhagyja. (1337/90.)

II. *A budapesti V. ker. kir. járásbíróóság mint kereskedelmi bíróság:* Ha felperes a részére ezennel odaítélt főesküt leteszi arra, hogy ő a C alatti váltón levő R. Adolf-féle elfogadói névaláírást sem maga nem írta, sem mást annak aláírásával meg nem bízott, ez esetben felperes keresetének részben hely adatván, alperes köteles a kereseti 102 frt 5 kr. tökekövetelésből a C. a. hamisítványnak felperes általi kiadása mellett 97 frtot, ennek 1888 december 7-től járó 6% kamataival együtt 8 nap alatt különbeni végrehajtás terhe mellett felperesnek megfizetni.

Ellenben felperes a kereseti követelésből a 97 frtot meghaladó 5 frt 5 kr-ra nézve keresetével feltétlenül elutasítatik.

Érdekében áll tehát felperesnek a részére megítélt fentebbi főeskü letételére jelen Ítélet jogerőre emelkedésétől számítandó 3 nap alatt kérvényileg jelentkezni s azt a kítűzendő határnapon le is tenni, mert különben úgy tekintetik, mintha semmit sem bizonyított volna, s ez esetben felperes keresetével a 97 frtra s jár. nézve is elutasítatik.

A perköltségek minden esetben kölcsönösen megszüntetnek.

Indokok: Alperes a C. a. váltón levő R. Adolf-féle elfogadói névaláírás hamis voltát tagadásba vévén, jöllehet a kihallgatott szakértő a most érintett elfogadói aláírást a D. a. váltón és B. a. felperesi meghatalmazáson előforduló R. Adolf-féle névaláírásokká megtörtént összehasonlítás után szintén hamisnak, tehát nem azon kéztől származottnak nyilvánította, mely a D. a. váltó és a B. a. meghatalmazáson levő hasonnemű aláírásokat eszközölte, mégis mi-

után a kihallgatott szakértő véleményét a bíróság magába véve még annál kevésbé fogadhatja el ítélet alapjául, mert nincs kizárva az: hogy felperes a *C.* alattin előforduló elfogadói névaláírásának esz- közlésével mást meg nem bízott, miután továbbá a *C.* a. váltón levő elfogadói névaláírásnak hamis volta esetében alperes felperestől *jogtalanul követelte* a váltó értékének kifizetését, s mint *tartozatlanul s jóhiszeműleg teljesített* fizetést felperes a váltó értékét vissza- követelni alperestől jogosítva van, a perdöntő körülményre vonat- kozólag a felperesnek alperes által odakinált és ez által elfogadott főesküt felperes részére a prts 221. és 235. §-a értelmében odaítélni és jelen per kimenetelét ennek letételétől vagy le nem tételétől függővé tenni kellett.

Ellenben a kereseti követelésből az óvási díj és költség fejében felszámított 5 firt 5 krra nézve felperes keresetével elutasítandó volt, és a perköltségek minden esetben kölcsönösen megszüntetendők vol- tak, mert ezen költségekre, mint a *C.* a. váltónak *jóhiszemű leszá- mitolója* alperes tudtán kívül szolgáltatott csakis okot, s így ezen költségek *alperest mint jóhiszeműleg eljárót* nem terhelhetik.

A kir. ítélő tábla: Az elsőbíróság ítéletének nem felebbezett részét érintetlenül, felebbezett azt a részét pedig, mely által az első- bíróság felperest a kereseti követelésnek 97 frtot meghaladó 5 firt 5 krryi részére nézve keresetével feltétlenül elutasította, helyben- hagyja; szintén felebbezett azt a részét azonban, mely által az első- bíróság a perköltséget minden esetben kölcsönösen megszüntette, megváltoztatja s a felperes részére megítélt főeskü letétele esetére alperest 25 firt perbeli és 4 firt 30 kr. felebbezési költségnek 8 nap alatt végrehajtás terhe mellett felperes részére leendő megfizetésre kötelezi; egyúttal felebbező felperes képviselőjének felebbezési díját és költségét saját fele irányában 4 firt 30 krrban megállapítja. *Indo- kok:* Az elsőbíróság ítéletének azt a részét, mely által felperes az 5 firt 50 kr. óvás költség iránt keresetével feltétlenül elutasitta- tott, helyben kellett hagyni; mert felperes nem állította, annál kevésbé bizonyította, hogy alperes a birtokában volt váltónak állí- tott hamis voltáról *tudomással bírt volna*, a nélkül pedig alperes az óvás felvétele s az ezzel felmerült 5 firt 5 kr. költség *okozójának* nem tekinthető, s így annak fizetésére nem is kötelezhető. Ellenben az elsőbíróság Ítéletének a perköltség kölcsönös megszüntetésére vonatkozó részét megváltoztatni s a felperes részére megítélt főeskü letétele esetére alperest a felperes által teljesített munka és kész- kiadások megfelelő perbeli s ezzel egy tekintet alá eső felebbezési költség fizetésére kellett kötelezni, mert az eskü letétele esetére

alperes a per tárgyának legnagyobb részére nézve pervesztes lesz, a perköltség tehát erre az esetre arra való tekintettel, hogy *alperes maga sem állítja, hogy a hamisnak állított váltó leszámítolásánál a rendes kereskedői gondossággal és óvatossággal járt volna el*, egyedül alperest terheli.

A tartozatlan fizetés című per jogalapja kettős: egyik a *jogtalan gazdagodás*, másik a *menthető tévedés*. Gyakorlatunk azonban mindkettővel igen felületesen szokott elbánni és akárhányszor holmi kártérítési keresetet csinál a *condictio indebiti*-ből. Kiindulva a hazai gyakorlatban nagy kedveltségre szert tett, de ilyen általánosságban merőben helytelen parömiából, hogy tsenki a más kárával nem gazdagodhatik, s bíróságaink többnyire beérik azzal: tartozott-e felperes vagy sem? Ha nem tartozott, akkor alperes a felperes «kárára gazdagodott» és a fizetség visszaadandó. Sőt gyakran a «gazdagodással» nem is törődnek, hanem az említett parömiából a «jogtalan» és «kár» szókat ragadják ki, és olyasformán csavarnak a nevezett jogalapon, hogy azt kérdik: *jogtalanul tette-e fel alperes a fizetést és ez által felperest károsította-e?* Vagyis — mint mondám — kártérítést csinálnak a *condictió*ból.

A gazdagodás és tévedés kettős elemének részben elhanyagolása, részben félreértése és a gazdagodási és kártérítési keresetnek összezavarása rejlik a fenti két Ítéletben is. Egyazon esetet a két ítélet ellentétesen oldja meg, és mindkettő tévesen.

Az első esetben az ítélet a keresetet elutasítja: alperes — úgymond — nem gazdagodott, mert csak azon összeget kapta vissza, melyet a váltó leszámítolásakor maga

¹ Ez a parömia egy római tétel népszerűsítése: *natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorum* (fr. 14. D. de cond. ind. 12, 6; fr. 206 D. de R. J. 50, 17). De valamint a legtöbb jogi parömia, úgy ez is túlságosan általános. Nem hogy másnak kárával gazdagodik, hanem hogy *jogtalanul* gazdagodik, ez a döntő. És e mellett mindkét fogalom: a «gazdagodás» és a «jogtalan» a *condictio* tanában különös értelemben veendő. A ki az én földemet jóhiszeműleg mint sajátját veszi birtokba és elbirtokolja, az «káromra gazdagodott», sőt a szó közönséges értelmében «jogtalanul» gazdagodott káromra, de *condictiónak* még sincs helye. Jogi közmondásokkal nem lehet érvelni.

is kifizetett. Ez szembeötlő ferdeség. Alperes, ki egy hamis váltót számított le, azaz értéktelen dolgot *vett meg*, ez által az *escompte*-valutával (a vételárral) *károsodott*. Ha később felperes a hamisítást tel nem ismerve, a váltót beváltotta és ez által alperes kárát ismét helyreütötte, ez által alperes ismét annyival lett gazdagabb, mint a mennyivel ama téves leszámítolás őt szegényebbé tette volt; hiszen egy beállott kár kiegyenlítése is vagyron szaporodás. *Ezen* indokolással tehát a gazdagodás el nem tagadható.

Épily helytelen a kereset másik elemének, a *tévedésnek* elbírálása is. A helyett, hogy a bíróság azt kérdené: menthető tévedésben fizetett-e a felperes? így teszi fel a kérdést: menthető tévedésben vette-e fel a fizetést az alperes? Pedig e kérdésnek a *condictio indebiti*hez semmi köze. Hiszen e kereset nem az alperes *vétkességén* alapul, mint a kártérítési kereset. Felperes e perben azt, hogy alperest a fizetés követelése vagy fölvétele körül valami gondatlanság terhelte, sem állítani, sem bizonyítani nem köteles. Csak annyiban jöhet szóba az alperes vétkessége, a mennyiben az esetre, ha alperes szándékosan *megtévesztette* a felperest, azaz a fizetést tőle tudatosan *kicsalta*, felperes tévedése *mindenesetre* menthetőnek vétetik.¹ De ez esetben sem az a kérdés — a mint a fenti első Ítélet kérdi — vajon alperest lehet-e a *fizetés elfogadásáért* felelőssé tenni, hanem az: lehet-e felelőssé tenni a *felperes tévedéseért*? A jelen esetben pedig az, a mit az ítélet a kereset ellenében felhoz, hogy «alperes felperes elfogadmányára jóhiszeműleg a megfelelő' értéket kiszolgáltatta», hogy a váltót «a lehető gondossággal megejtett *censura* utján leszámítottai», hogy alperes «felperes hitelére és nevére a kellő gondosság mellett jóhiszeműleg kölcsönt adott» — szóval az alperes összes *exculpatiója*, nem tartozik a perre. Nem, mert *roszhiszeműleg* gazdagodott, hanem mert *jog nélkül* gazdagodott, azért felelős alperes.

Bármilyen jóhiszeműleg számította is le (helyesebben: vette

¹ A római jog szerint ilyenkor alperes *furtum* alapján felel: fr. 18 D. de coad. furt. 13, 1, fr. 43 pr. fr. 81. (80) § 6 i. f. D. de furt. 47, 2 A római *furtum* ezen tág fogalma ma nincs meg, de a fenti módosításban — azt hiszem — a római döntés ma is alkalmazható.

is meg) alperes a hamis váltót: ő ezért felperes ellenében követelést még sem szerzett. És bármi jóhiszeműleg vette is fel későbben felperestől a váltóösszeget: ő ezzel mégis olyat kapott, a mire neki joga nem volt; felperes, ki azon feltevésben fizetett, hogy ő e fizetésre köteles, hogy igaz váltóját váltja be, e feltevésben tévedett, ő ob causam fizetett, még pedig, mint később kisült, ob falsam causam: e feltevés megdőltével tehát a jognélküli fizetés az alperes gazdagodása erejéig visszakövetelhető. Hiszen, ha az Ítélet indokolása állana, akkor azon eredményre jutnánk, hogy a jóhiszemű váltóbirtokos még a hamis váltó alapján is követelést szerez az ellen, kinek neve hamisított: vajon elfogadja-e az eljárt bíróság ezen következményt? Nem fogadja el, mert maga mondja: «ha felperes ... a váltó beváltását az aláírás hamis voltának indokából megtagadja, a hamisításból eredő károsodás alperest sújtotta volna». A folytatás pedig: «másrésről a felperest által teljesített fizetés folytán felperest ért károsodásért alperest, ki kellő gondosság mellett kölcsönt adott, felelősség nem terhelheti», már tisztán kártérítési elvekkal operál. Károsodás, gondosság, felelősség: egytől-egyig a kártérítésre tartozó fogalmak — a tartozatlan fizetés> azaz a jogtalan gazdagodás jogalapja itt már teljesen ei van ejtve.

Hasonlóan kifogásos a döntés és indokolás a II. a. ítéletben is. Jellemző, hogy ez Ítéletben, még pedig úgy a járásbíróság, mint a tábla ítéletében, a tévedés és gazdagodás szavak elő sem fordulnak. Mindkét bíróság azzal érvel, hogy alperes a váltóösszeget felperestől «jogtalanul követelte», sőt a kir. tábla ezt azzal toldja meg, hogy «alperes a hamis váltó leszámításánál *nem a rendes kereskedőt gondossággal és óvatossággal járt el*; az óvásköltség visszafizetése alól mindkettő felmenti alperest, mert «ezen költségekre alperes, mint a C. a. váltónak jóhiszemű leszámítolója, csakis *tudtán kívül szolgáltatott okot*, és így ezen költségek alperest, mint jóhiszemű eljárót *nem terhelhetik*.»

Ez az indokolás mindkét lábán sántikál. Egyszer azért, mert kártérítési elemekkel operál gazdagodásiak helyett; másszor azért, mert magában következtelen. Hiszen világos,

hogy ha alperes «jogtalanul követelte» a váltóösszeget, jogtalanul követelte az óvásköltséget is; és ha az óvás felvételére csakis «tudtán kívül szolgáltatott okot», hát «tudtával» szolgáltatott-e okot a hamis váltó kifizetésére? Az eszméjéről, mely ez ítélet mögött rejlik, ha jól értem, ez: alperes gondatlanul járt el, midőn a hamis váltót leszámította, ezen károsodásra tehát maga szolgáltatott okot; a váltó óvatolása azonban kötelessége volt, ezt tehát szemére vetni nem lehet. De ez először is nem igaz, mert a culposus tényből folyó következmények is a vétkes személyt terhelik, de másodszer az, hogy alperes gondosan vagy gondatlanul számította-e le és óvatoltatta-e a váltót, a tartozatlan fizetés kérdésében közömbös, kérdés csak az, a miről az Ítélet n.,m beszél: felperes tévesen fizetett-e és alperes jogtalanul gazdagodott-e?

E helytelen nézőpont folytán pedig az eljáró bíróságok úgy az I. mint II. a. Ítéletben a döntést is elhibázták. Ha ugyanis a súlyt a *gazdagodás* kérdésére fektették volna, el nem kerülhette volna figyelmüket azon kérdés, vajon alperes az által, hogy felperes a hamis elfogadmányt beváltotta, *nem vesztette-e el viszketéseiét a maga előző ellen?* Alperes az által, hogy felperes a hamis elfogadmányt honorálta, igaz, oly fizetést kapott, melyet *felperestől* nem követelhetett. De amennyiben a beváltás folytán alperes a váltót (mint, úgy látszik, az I. a. esetben) nem óvatolta, vagy ha óva tolt is (mint a II. a. esetben), amennyiben a jelen per indításáig az előzők elleni viszkeresetnek határideje már lejárt: alperes mindkét esetben a váltóösszeg kifizetése ellenében *ép akkora Diszkereseti követeléstől esett el*, a váltó beváltása tehát, a mint •egyrészt *gazdagította*, úgy másrészt *ép annyival szegényítette* is alperest, ez esetben tehát gazdagodás hián a tartozatlan -fizetés című kereset is elutasítandó.

Vajon a jelen két esetben ilyenek voltak-e a körülmények, az ítéletekből ki nem tűnik. Az I. a. esetben az indoklás a váltón levő *a nevek hitelképességéről* szól, alperesnek tehát az elfogadón kívül csakugyan voltak még váltókötelezettjei. óvás, úgy látszik, fel nem vétetett, mert felperes a váltót pontosan beváltotta. Ha ilyen volt a tényállás, akkor a kereset a most kifejtett indokból volt elutasítandó.

A II. a. esetben óvás felvétel, tehát alkalmasint voltak előző kötelezettek is. Különben is mindkét esetben bankintézet volt az alperes, mely a «váltókat» (tehát mindenesetre legalább kibocsátói aláírással is ellátott váltókat) leszámította, a leszámítás pedig forgatmány útján történik. Hogy a keresetindításkor (helyesebben: kézbesítéskor) elmúlt-e már a viszkereseti 3 hónap, mondva nincs. Pedig, ha a bíróság a per jogalapját el nem hanyagolta volna, e körülményeket, az eset állásához képes, marasztalás vagy elutasítás indokául, fel kellett volna említeni. Ha alperes a váltó beváltása folytán viszkeresetétől elesett, akkor a keresetnek nem volt helye; ha el nem esett, helye volt. Minden egyéb, a mit a fenti ítéletek mondanak, vagy helytelen, vagy felesleges.

VII.

Van-e a telekkönyvi alzálogosnak jelzálogkeresete?

A bajai kir. *járásbíróság*: Alperesek tartoznak tűrni, hogy felperes magának a bajai 283. sz. tjkvben felvett I. 291. hrsz. ingatlanból 210 frt tőke, ennek a kereset beadása vagyis 1888. év február hó 21. napjától számítandó 6% kamatai és ezennel 25 frtban meghatározott perköltség erejéig 8 nap végrehajtás terhe mellett kielégítést szerezhessen, illetve a 25 frt perköltségnek 8 nap végrehajtás terhe mellett leendő megfizetésében is elmarasztaltatnak. Míg felperes a kereset beadását megelőző kamat követelésével elutasít tátik.

Indokok: Minthogy alperesek a keresetbe vett összeg biztosítékául szolgáló jelzálogos ingatlanok nem tulajdon, hanem birtokjogát, nemkülönben annak az egyenes adóST. G.-től való megszerzését, a per során kifejezetten beismerték s mert azon ténykörülmenyt, miszerint az ingatlan megvétele alkalmával már azt a kereseti követelés tényleg terhelte, az eljárás folyamán tagadásba nem vették s végül, minthogy a jelzálogi terheknek a jelzálogul szolgáló ingatlanból való kielégítését az ingatlan mindenkori tulajdonosa feltétlenül tűrni tartozik, felperes keresetének annyival is inkább helyadandó volt, mert azon körülményt, hogy a beperesített követelés kifizettetett volna, alperesek nemcsak nem bizonyították, de nem is állították, arról pedig, hogy a kereseti követelés az ingatlant már a vétel idején is jogerejüleg terhelte, alperesek a nyilvántartás be-tekintése által meggyőződést szerezhettek volna, a mennyiben azt tenni elmulasztották, az ebből eredő hátrányokat kizárólag maguk-

nak tulajdoníthatják. Elvetendő volt alpereseknek a követelés elévülésére vonatkozó kifogásuk azért, mert az 1888. évben, vagyis a bekebelezés után 29 éve már peresítve volt.

El kellett azonban felperest a kereset beadását megelőző kamat követelésével feltétlenül utasítani, azon indokból, minthogy kamat jelzalogilag biztosítva nem lévén, az csak a perindítástól számítható.

A szegedi kir. ítélő *tábla*: Előre bocsátva azt, hogy az elsőbíróság ítélete a nagykorúságot elért alperes V. I. részéről is felebezettnek tekintetik, az emiittett Ítélet megváltoztatik, felperes keresetével elutasítatik. *Indokok*: Felperes maga adja elő, hogy a kereseti 210 frttal neki nem alperesek, hanem T. G. adósa, a bajai 280. sz. telekjegyzőkönyvnek a jelen perhez mellékelt hiteles másolatából pedig kitűnik, hogy felperes csak a fenjelölt telekjkvben C. 5. sorsz. T. G. javára bekebelezve lévő zálogjogra nyert a fent érintett követelés erejéig alzálogjogot, nem pedig a fentjelölt alperesi ingatlanra zálogjogot; alzálogjog alapján pedig a vonatkozó ingatlanból való kielégítés követelésére jogosultság nem származik.

Ezeknél fogva felperes keresetének alperesekkel szemben nincs törvényes alapja.

A m. kir. *Curia*: A szegedi kir. ítélő táblának 1892. évi szept. 21-én 5234. sz. a. kelt Ítélete megváltoztatik és az elsőbíróság ítélete hagyatik helyben az abban felhozott indokok alapján és azért, mert a hitelező az alzálogjog megszerzésével megszerezte mindazon jogokat, melyeket biztosított követelése tekintetében az első zálogbirtokos bir, ki a jogot tovább zálogosította és ekként a jelzalogból való kielégítés követelésére vonatkozó jogosultságot is és mert a telekkönyvi rendtartás a tekintetben zálogjog és alzálogjog között különbséget nem tevé, a zálogtárgyból való kielégítését közvetlenül és ép oly joggal követelheti az alzálogjog, mint a zálogjog tulajdonosa.

A gyakorlat nem szeret különbséget tenni a követelésen való zálogjog (*pignus nominis*) és az alzálogjog (*subpignus*, *pignus pignoris*) között. Ha a bíróságok e különbségről meg nem feledkeznek, a fenti Ítéletek más képet nyertek volna.

A tényállás az, hogy a bajai 280. sz. tjkvben C. 5. alatt T. G. javára zálogjog van bekebelezve, melyre az alzálog felperes javára bekebeleztetett. Felperes követelését kielégítendő, jelzálogkeresetet indit a telek mostani tulajdonosa ellen. Az elsőbíróság és a Curia elmarasztalják az alperest,

hogy köteles tűrni, hogy felperes magának az ingatlanból kielégítést szerezhessen, mert ta jelzálogi terheknek a jelzálogul szolgáló ingatlanból való kielégítését az ingatlan mindenkori tulajdonosa tűrni tartozik t (I. bíróság) és mert a hitelező az alzálog megszerzésével megszerezte mindazon jogokat, melyeket biztosított követelése tekintetében az első zálogbirtokos bir, ki a jogot tovább zálogosította» (Curia); a tábla pedig elutasítja felperest, mert «alzálogjog alapján az ingatlanból való kielégítés követelésére jogosultság nem származik».

Az elsőbíróság még a kérdést sem állítja fel helyesen, a melyről ítélnie kell; úgy beszél, mintha a *zálogos* hitelező jelzálogkeresetéről volna szó — az *alzálog* szó elő sem fordul egész ítéletében. A Curia tudja ugyan, *miről* kell ítélnie, de a kérdésre helytelenül felel. Szembeszökően hamis ugyanis, hogy az alzálogos «az alzálog megszerzésével megszerzi mindazon jogokat, melyeket az első zálogbirtokos bir» — a Curia itt úgy beszél, mintha a felperes nem alzálogjogos, hanem engedményes volna. A tábla helyes irányban mozog, de indokolása nem elég meggyőző.

Tételes jogunk szerint az, ki valamely telekkönyvi zálogjogra a 1 zálogjogot szerez, együtt megszerzi a biztosított követelésre nézve a zálogjogot is, sőt végrehajtási törvényünk tovább megy: szerinte (79., 126. §§.) jelzálogilag biztosított követelés nem is foglalható le másképen, mint a telekkönyvi alzálogjoggal együtt, még pedig nem úgy, hogy a jelzálog — a járulék — a követelés után, hanem úgy, hogy a követelés a jelzálog után foglaltatik le: oly felforgatása az «accessio sequitur suum principalem elvének, mely sokszor igen visszás eredményekre vezethet. Mert az emiutt §-ok szerint ma úgy áll a dolog, hogy a telekkönyvi sorrend lesz mértékadó a lefoglalt és behajtott követelés felszámolásánál akkor is, ha a követelés nem a jelzálog értékesítése, hanem a lefoglalt *ingók* eladása után vagy az által folyt be, hogy a harmadados a tartozást önként kifizette! De ez más lapra tartozik. E helyütt csak azt akartam hangsúlyozni, hogy a mi jogunk szerint a követelésen való zálogjog (*pignus nominis*) az alzáloggal (*pignus pignoris*)

vele jár, és e szerint a hitelező előtt, ki e jogok által biztosítva van, két út van, hogy kielégítéshez jusson: kielégítheti magát a követelésből, vagy pedig a zálogból. A követelésből kielégíti magát az 1881: LX. tcz. 123—129. §-ai szerint átruházás, behajtás, elérvezetés útján. A zálogból pedig kielégíti magát azért, hogy a vételárfelosztásnál a zálogos tételre eső összeget az alzálogos tétel erejéig ennek javára soroztatja. A különbség a kielégítés e kettős módja között szembetűnő különösen akkor, ha a jelzálog tulajdonosa nem egyúttal az elzálogosított követelésbeli adós is: ha a zálogba adott követelés adósa azt kifizeti, akkor a *pignus nominis* címén történt a kielégítés, ha pedig a jelzálog vételárából kapla meg követelését, akkor a *pignus pignoris* címén történt.

Ámde csakugyan szabadon választhat-e a hitelező a kielégítés e két módja között? A zálogul kapott követelésre — jogerős ítélet stb. alapján — végrehajtást kérhet és azután magára ruháztathatja, behajthatja vagy árverésen eladhatja. De az alzálogul kapott zálogjogra vagy annak tárgyára, a jelzálogra, végrehajtást nem kérhet: a *jus distractionis* az alzálog tekintetében hiányzik. Ez bővebb kifejtésre szorul.

A zálogjogból eredő igény (*actio hypothecaria in rem*) a római jog szerint abban állt, hogy a zálogos hitelező a zálogtárgy kiadását követelhet, hogy e zálogtárgyat eladhassa és magát a vételárból kielégíthette. Ez a zálogigény a mai jogunkban sok tekintetben más képet mutat. A birtok kiadása iránti igény az ingó zálognál jórészen megszűnt, az ingatlannál egyáltalában nincs meg. Az eladás és kielégítés iránti igény pedig átváltozott. A zálogos a zálogtárgyat többé nem «adhatja el» (a közönséges zálogról beszélek itt, a keresk. és váltózálogot félreahygom), hanem csak annyit követelhet, hogy a bíróság a végrehajtási eljárást megindítsa és lefolytassa; és a zálogos tmagát ki nem elégítheti a zálogtárgyból (azaz a befolyó vételárat a követelése erejéig meg nem tarthatja), hanem csak azt követelheti, hogy követelése a befolyó vételárból kellő rangban soroztassék és kiadaltassék. Ekképen a zálogigény mai jogunkban két részből

áll: az egyik a zálogtárgy értékesítése iránti igény (a jus distrahendi annak modern alakjában), a másik a vételárból való folyósítás iránti igény (a vételárfelosztási, illetve sorrendi tárgyaláson való sorozás iránti igény: ez a római jus distrahendinél elesik). Amaz első a zálogbirtokos ellen fordul, az utóbbi különösen a többi záloghitelezők ellen. Amaz első a zálogkeresetben (illetve ingatlanoknál, melyeket ezen túl kizárólag tartunk szem előtt, a *jelzálogkeresetben*) talál kifejezést, a második pedig ez *elsőbbbségi keresetben* (1881. évi LX. tcz. 196. §.: «Ha a rangsorozatot tárgyzó kifogások a telekkönyv alapján el nem dönthetők, az ellenérdekű felek egyike a kereset megindítására utasítandó»). Már mostan, ha egy ingatlan árverésre került, a sorrendi tárgyaláson az, kinek javára alzálogjog van bejegyezve, kétségkívül soroztathatja követelését: a folyósítás iránti igény» tehát, mint fent neveztem, neki megvan. *De a jus distrahendi nincs meg: a z ingatlan elárverezését nem követelheti. Miért? Mert alzálogjogának tárgya nem maga az ingatlan, hanem a zálogjoga helyesebben (minthogy a mi jogunk a záloyjog önállóságát el nem ismeri, hanem az a követeléssel mindig vele jár) a zálogba adott követelés a maga zálogjogával együtt* Ehhez képest a jus distrahendi tárgya sem lehet maga az ingatlan, hanem csak a *zálogilag biztosított követelés*. Vagyis az alzálogos, ha végrehajtást akar indítani, azt nem az ingatlan végrehajtás módjára a *jelzálogra*, hanem az ingók módjára a zálogos követelésre (1881: LX. tcz. 123—129. §§.) indíthatja csupán és a jelzálog ellen csak akkor járhat el, ha a zálogos követelést végrehajtásilag magára ruháztatta, vagy annak behajtására magát feljogosította, vagy azt árverésen megvette. Más szóval: a végrehajtás útján való kielégítést az alzálogos hitelező csak a pignus nominis címén, de nem a pignus pignoris címén követelheti.

A római jog szerint jobb helyzetben van az alzálogos.. ő utilis actióval ugyanazokat a jogokat gyakorolhatja, melyek az ő közvetlen adósát illetik, az ő jus distrahendi-je tehát úgy az alzálogjogba adott ingatlanra, mint a zálogba adott követelésre terjed. A mi jogunk szerint az alzálogjog béna jog; ha érvényesítésére kerül a sor, csak kerülő úton, t. i.

a zálogos *követelés* útján érhető el a jelzálogból való kielégítés.

Helytelen a fenti első és harmadítéletben a kamatra vonatkozó rendelkezés is. A jelzálogigény a bekeblezett tőkén kívül törvény erejénél fogva kiterjed a netán hátralékos 3 évi kamatra is, még ha kamat nincs is bekebelezve. (1881: LX. tcz. 192. §. a) pontja). Ha tehát a Curia álláspontját elfogadjuk: akkor alperest a végrehajtásnak 3 évi kamat erejéig való tűrésére is kellett marasztalni.

A fenti fejtegetésre válaszul két czikk jelent meg,¹ melyek velem ellenkező állást foglalnak. A kérdés igen tanulságos, ezért legyen szabad reá visszatérnem.

Fejtegetésem magva az volt, hogy a ki jelzálogilag biztosított követelésre szerez telekkönyvi zálogjogot, annak zálogjoga van először adósának követelésén (*pignus nominis*), másodsor az e követelést biztosító zálogjogon (*pignus pignoris*), de nincs zálogjoga *magán az ingatlanon*. Ehhez képest a végrehajtási kielégítést is csak a jelzálogilag biztosított követelésre — helyesebben: a követelésre a maga zálogjogával együtt — kérheti: ezt az 1881. évi LX. tcz. 123—129. §-ai értelmében magára ruháztathatja, ügygondnok útján behajthatja, árverésen megveheti, és *ezután* ezen *követelés* czimén végrehajtás alá veheti az ingatlant is. De alzálogjoga czimén *közvetlenül az ingatlanra* nem kérhet végrehajtást.

Ezzel szemben a fentemittett két czikk irói azt kérdik: mit csináljon az alzálogos hitelező akkor, mikor a zálogos követelés már fen nem áll? Ilyenkor — azt mondják — az én álláspontom cserben hagy: a követelést nem árvereztetheti, mert fen nem áll, az ingatlant pedig azért nem, mert nincs rajta zálogjoga.

Feleletem: A végrehajtást ilyenkor is a *jelzálogilag biztosított követelésre* kell vezetni. Ezt hadd fejtsem ki.³

¹ Jogt. Közl. 1895. évf. 1. sz.

² E sorok írása óta a *Jogtudományi Közlöny* 1895. évf. 5. számában Huf József soproni ügyvéd úrtól egy czikk jelent meg-, mely az én álláspontomat védi. Jelen dolgozat behatóbban tárgyalja a döntő kérdéseket.

A ki valamely jelzálogilag biztosított követelésre vezet végrehajtást, egy csapással *kétféle* jogot foglal le: a követelést és az azt biztosító zálogjogot. Ez annyira igaz, hogy — mint már fentebb is kimutattam — jelzálogos követelés *egymaga*, zálogjoga nélkül, nálunk le sem foglalható (1881. évi LX. tcz. 79. §.). Ha tehát az ilyen követelésre végrehajtást vezetünk és azt azután magunkra ruháztatjuk, vagy árverésen megveszszük, stb. az átruházás, vétel, stb. tárgyát nemcsak a követelés, hanem annak zálogjoga is fogja képezni: *mindkettőt* foglalja magában a végrehajtási törvénynek ez a kifejezése «jelzálogilag biztosított követelés» (79., 126. §§.). Ilyenkor tehát kétféle keresetet nyerünk egyszerre: az adóssági keresetet a személyes adós ellen és a jelzálogi keresetet az ingatlan tulajdonosa ellen. Már most lehet, hogy a követelés fen nem áll és hogy ezért az adóssági keresetet nem fogom megindíthatni; de a *zálogjog* a telekkönyvi publicitás védelme alatt áll: a *jelzálogkeresettel* annak tűrésére, hogy a zálogos tétel erejéig magamat az ingatlanból kielégítsem, feltétlenül fogok élhetni akkor is, ha a zálogos követelés fen sem áll. A kerülő út tehát, a melyen magához *az* ingatlan árvereztetéséhez jutok, ez esetben is ugyanaz, a melyet előző fejtegetésemben leírtam: alzálogjogom czimén nem férhetek hozzá; kell, hogy előbb az alzálogjoggal terhelt jelzálogos követelést szerezzem meg, ennek révén azután (akár az adóssági, akár a jelzálogi perben nyert ítélet alapján) magához az ingatlanhoz is nyúlhatok.

Két dologról kell itt bővebben értekezni: arról, mit az alzálogjog tárgyáról és arról, mit a jelzálogkeresetnek az adóssági keresettől való függetlenségéről mondtam.

Azt a felfogást, melyet elleneim vitatnak, hogy t. i. az alzálogos *közvetlenül* az ingatlanra intézhet végrehajtást, csak úgy lehet védeni, ha az alzálogjog tárgyául *magát az ingatlant* képzeljük. E felfogást az irodalomban *Exner* képviseli legerősebben. Szerinte^x a zálogjog tárgya mindig valamely testi dolog, azon esetekben is, a melyekben «jogokon való zálogjogról» beszélni szokás, különösen tehát a követelésen

¹ *Exner*: Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach röm. Recht. 79. 1.

való zálogjog és a zálogjogon való zálogjog (alzálog) esetében is. Az alzálogot ugyanis, Exner szerint, úgy kell képezni, hogy a zálogos hitelező újból elzálogítja a zálogtárgyat a maga hitelezőjének. De hogyan jut a zálogos hitelező hozzá, hogy idegen dolgon zálogjogot teremtsen a maga saját adósságaiért? A zálogos hitelező a zálogtárgyat eladhatja, hogy *követeléséhez* jusson; de mi köze a zálogtárgynak a hitelező *adósságaihoz*? A záloghitelező a zálogtárgyat csak azon célra használhatja, a melyre kapta: követelése biztosítására; de egyébként saját hasznára nem fordíthatja; a továbbzálogítás pedig ilyet jelentene. Ezt nem szabad tennie. De nem is *lehet* tennie. Mert a zálogos hitelező nem ruházhat másra több jogot, mint a mennyivel maga bir. Neki pedig nem a zálogos *dolog* van vagyónában, hanem csak a dolgon való *zálogjog*: ő tehát másnak sem adhat jogot magára a dologra, hanem csak a maga zálogjogára. De még ha Exner állását el is fogadnók: Exner is kénytelen bevallani,¹ hogy az osztrák polgári törvénykönyv szerint (mely e tekintetben nálunk is érvényes), az alzálogos magát a dolgot végrehajtás alá nem vonhatja, hogy jus distrahendi-je csak az elzálogított követelésre terjed, de nem az alzálogjog állítólagos tárgyára: a dologra. Szerinte persze ez következetlenség, melyet logikailag védeni nem lehet: ő ezt az osztr. jog «sajnos hézagának» nevezi. A mi felfogásunk szerint a dolog egész észszerű: a jus distrahendi csak arra terjedhet, a mi a zálogjog tárgyát képezi; minthogy pedig az alzálogjog tárgya nem maga a dolog, hanem a követelés a maga zálogjogával, csak e kettő képezheti tárgyát a jus distrahendi-nek is.

Az Exner felfogásánál, mely szerint az alzálogjog tárgya maga a dolog, nem szerencsésebb a *Dernburg* constructiója, hogy t. i. az alzálogba adás nem más, mint *korlátolt engedmény*? A Curia Ítélete csakugyan úgy szól, hogy Dernburg meg lehet vele elégedve: «a hitelező — úgymond — az

¹ Exner: Oesterr. Hypothekenrecht. 450 l.

² *Dernburg*: Das Pfandrecht stb. 462. 1. Pandekten I. k. 293. §
Hasonló eredményre jut *Hellwig*, a legújabb író e tárgyban: Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen (1883.; 54. s k. 1.

alzálog megszerzésével megszerezte mindazon jogokat, melyeket biztosított követelése tekintetében az első zálogbirtokos bír, ki a jogot tovább zálogosított a». Ez teljesen az engedmény alapján álló okoskodás. Csakhogy a követelés elzálogítása ép oly kevésbé engedmény, mint a dolog elzálogítása nem tulajdonátruházás. A zálogba adott követelés nem megy át a zálogos hitelező vagyonaiba, hanem továbbra is a zálogbaadóé marad. Egyáltalában nem *jogátzállás* az, a mi a zálogbaadónál végbe megy, hanem *uf jog keletkezik* a zálogos hitelező személyében, oly jog, mely a zálogbaadó kezében, mint önálló jog, meg sem volt: és ez épen a zálogjog. Az alzálogbaadás a követelésnek a maga zálogjogával együtt való zálogbaadása.

Így fogva fel a dolgot, nem engedhetem meg az egyik cikk szerzőjének véleményét, hogy «kivételesen» (ha t. i. maga a zálogjog megszűnt) «az alzálog magára az ingatlanra nehezedhetik és az alzálogos közvetlenül az ingatlanból való kielégítését követelheti.» Ha az alzálogosnak — mint kimutattam — nincs zálogjoga az ingatlanon, hanem csak a zálogos követelésen, akkor be nem látható, mikép «nehezedhetnék» az alzálog az ingatlanra? Ha ez pedig nem történhetik, akkor nem történhetik «kivételesen» sem. De az a kivételes eset, a melyről ez a «kivételes» intézkedés gondoskodni kíván, hogy t. i. az alzáloggal terhelt telekkönyvi zálogjog megszűnik, mielőtt az alzálogjog megszűnt volna, *elő sem fordulhat*. És ez átvezet a telekkönyvi zálogjog önállóságának kérdésére.

A telekkönyvi jogok a publicitás védelme alatt állanak. Azaz: a jóhiszemű harmadik bizhatik abban hogy az ingatlanon a telekkönyvből kitűnő jogok fenállanak és hogy *csakis* ezek állanak fen rajta. A zálogjog telekkönyvi jog, a követelés nem az. Ehhez képest a bejegyzett zálogjog fenállását a telekkönyv garantálja, a személyes követelését nem. Innen van azután, hogy ámbár jogunk szerint a zálogjog a követelésnek csak járulékát képezi, mégis megeshetik, hogy a követelés megszűnik, a zálogjog pedig fenmarad. A jóhiszemű harmadik, ki a telekkönyvbe bízva valamely bekeblezett zálogjogot engedmény címén szerzett, vagy a ki arra alzálog-

jogot szerzett: e jogokat feltétlenül megszerezte és érvényesítheti akkor is, ha utóbb ki is tűnnék, hogy a személyes követelés már a zálogjog vagy alzálogjog megszerzése előtt meg volt szűnve. Személyes keresetet a személyes adós ellen ugyan nem fog indíthatni, mert az adós már nem tartozik. De zálogkeresetet fog indíthatni a zálogtárgyból való kielégítés iránt: a követelés fen nem állása kifogásképpen ellene nem vethető, mert harmadik telekkönyvi szerző ellen csak oly kifogás emelhető, a mely magából a telekkönyvből kitűnt, vagy a melyről a harmadik szerző beigazoltan tudomással birt, vagy kellett, hogy birjon.¹ Az a körülmény tehát, hogy a bekelezett követelés fen nem áll, nem szolgálhat akadályul az ellen, hogy az alzálogos a jelzálogilag biztosított követelés» végrehajtási átruházása után magát az ingatlanból ki ne elégítse.

Míg azonban a telekkönyvi zálogjog a fenti értelemben bizonyos fokig független a személyes követeléstől, addig az alzálogjog mindig függőségben van a zálogjogtól, a melyen nyugszik. Az alzálogjognak tárgya, a zálogjog tehát meg nem szűnhetik a nélkül, hogy az alzálogjog is (tárgy hiányában) meg ne szűnjék. Nehogy tehát az alzálogos a zálogos egyoldalú ténye folytán sérelmet szenvedjen, a telekk. rendt. 79. §-a rendeli, hogy alzálogjoggal terhelt zálogjog csak azon hozzáadással törölhető: «hogy teljes joghatályuk csak az alzálogjog kitörlésével fog kezdődni, ennél fogva ezen kitörlés az alzálogjog tekintetében annak kitörléséig nem létezőnek tekintendő». Az az eset tehát, melyet a többször emiített czikk felvet: hogy a zálogjog fen nem áll, az alzálogjog pedig még fenáll, elő nem fordulhat. Az, a ki a telekkönyvbe bízva, valamely bejegyzett zálogjogra szerzett alzálogjogot, a zálogjogra bizton támaszkodhatik: a míg alzálogjoga törölve nincsen, a zálogjogot — reá való kihatással — sem törölni, sem fenállását tagadásba venni nem lehet. Ha a zálogjog töröltetnék is, az «az alzálog tekintetében» továbbra is fenáll. Azaz: az alzálogos a «jelzálogilag biztosított követelésre» a törlés daczára is az 1881:LX. tcz. 123—129. §-ai szerinti

¹ L. bőven: *Exner*: Oest. Hypothekenr. §. 54—55.

végrehajtási eljárást lefolytathatja és azután a törölt, de az alzálogjog tekintetében mégis fenálló zálogjog címén a jelzálogkeresetet megindíthatja. Kérdés csak az lehet, mily összeg erejéig? Pld. Egy ezer firtos zálogtételre 100 firt erejéig alzálogjogot szereztem, majd végrehajtást vezettem az 1000 firtos követelésre és e követelés végrehajtásilag reám ruháztatik; előbb azonban az 1000 firtos követelés a telekk. rendt. 79. §. korlátozásával telekkönyvileg töröltetett. A személyes adóst nem fogom perelhetni, mert a követelés többé fen nem áll. Jelzálogkeresetet fogok indíthatni a törölt, de velem szemben fenállónak tekintendő zálogjog alapján. Mennyi erejéig: 1000 firt vagy 100 firt erejéig? Azt tartom csak 100 firt erejéig. Mert a zálogjog csak az «alzálog tekintetében •, tehát csak annyiban tekintendő fenállónak, a mennyiben al zálogom érvényesítése azt követeli. Ez így felel meg az osztr. polg. tvk. 455. §. analógiájának és a telekk. rendt. 79. §. ratiójának; így döntött az osztr. legfőbb Ítélszék is egy újabb esetben (Glaser-Unger 10701. sz. 1885. évből).¹

VIII.

Tévedés az áru minőségében.

I. *A gyöngyösi kir. járásbíróság*: Felperes keresetével elutasítatik. *Indokok*: A tényállás-szerint alperes felperes boltjában alpacca Réseket akart vásárolni; midőn felperes alkalmazottja ilyeneket mutatott neki, annak tuczatját 16 frtéért hagyta. Mire alperes oda nyilatkozott, hogy legutóbb Pesten járván, ott az ily kések tuczatját 7 firt 70 krért hagyták. Erre kijelentette Gy. B. alkalmazott, hogy ily kés tuczatját 7 firt 70 krral akár 100 tuczatot is átvesz. Alperes pedig a megrendelésre ajánkozott és 5 firt költséget felvett, utóbb azonban a tévedésről és félrevezetésről felvilágosítást nyervén, a minta-kést és az 5 firtot visszavitte s felperes beperelte. Elutasítandó a kereset, mert a felperesi alkalmazott eljárása alperes járatlanságának kizsákmányolását czélozta. Ugyanis berndorfi alpaccáról lévén szó, felperes is jogos téren látszott forogni; hogy ez ezüst legyen, csak hátsó gondolat lévén alperesnél is, mert neki alpacca késeket féltuczatonként 3 firt 38 krral kínáltak. Hogy az ezüst minősége ki-

¹ Így *Ofner*: *Sachenrecht* 137. 1. is.

kötte lett volna, feltétlen bizonyítást nem nyert. Ezt teszi valószínűvé azon körülmény is, hogy a felperesi rendelmény oly mennyiségben tétetett, mi a fogyasztással legtávolabbról sem áll összhangzatban. De maga felperes is a 3. sz. a. levélben csak a rendelt és nem a vett kések megküldését szorgalmazta. Tekintve azonban, hogy jelen perre alperes meggondolatlan eljárása adott alkalmat, a perköltség megszüntetése volt kimondandó. (1890 április 14.) *A budapesti kir. ítélő tábla*: Nem vehető figyelembe alperesnek az a kifogása sem, hogy az áru minősége felől tévedésben volt, mert az ügylet megkötése előtt módjában állott, magának a szállításra elvállalt áru minőségéről meggyőződést szerezni. (1890 december 29.) *«A m. kir. Curia*: A másodfokú bíróság ítélete helyben hagyat ik. *Indokok*: Mert a jelen esetben, a minden jogügylet létrejöttének egyik főfeltételét képező akarátmegegyezés, a szerződés tárgyára nézve, a felek között hiányzott. A perben kifejtettek közül ugyanis kétségtelenné vált, hogy az alperes, midőn a kereseti árut a felperesnek ajánlotta, egyszerű alpacca késeket tartott szem előtt, míg a felperes, midőn az ajánlatot elfogadta, alpacca-ezüst késeket kívánt megrendelni; mit a két árufaj árainak egymástól való nagy különbözőése is mutat. E részben nem változtat semmint az a körülmény, hogy az alperes a felperestől mintát kapott, mert nyilvánvaló, hogy az alperes akkor, mikor a mintát átvette, nem tudta, hogy az a jelenékenyen drágább árufajból való. Ilyen körülmények között a keresetben állított szerződés létrejöttnek nem tekinthető.

II. *Legfőbb Ítélszék*: Tekintve, hogy a szóban levő államsorsjegy alperes eladó beismeréseként is már a vétel előtt kihúzatott; s így a kihúzottnak bizonyult, s ekként a megsemmisítés folytán értékében csökkent sorsjegy a kereskedelmi törvény 348. §-ának kellékeivel nem bir; tekintve továbbá azt is, miszerint alperes eladó még csak nem is állította, hogy felperes vevő azon sorsjegyet, annak kihúzott minőségét tudva, vásárolta meg; kétségtelen, hogy alperes felperesnek az utóbbi törvény szerint az arra háramlott hátrányért felelősséggel, vagyis kártérítéssel tartozik. (161/78. *Dtár* r. f. XX., 14.)

III. *A m. kir. Curia*: Ha az eredetiként eladott festmény nem attól a festőtől való, mint a kitől valónak az eladó állította, s a fen forgó esetben az illető festő neve a *festmény értékére nézve* csakugyan általánosan irányadó jelentőségűnek elismerhető, a vevő az ügylettől elállhat, habár az eladó a festmény valódiságáért külön jótállást nem vállalt is. (6222/86. *Dtár* XIV. 7.)

V. *Budapesti kir. tábla*: Felperes megtévesztést nem is állítván a grácz-köflachi vasút- és bányászati társulat 9 drb részvényére

vonatkozólag kötött vételi ügyletet azon alapon kéri érvénytelennek kimondani, mivel ő a szerződés tárgyára nézve tévedésben volt, » mennyiben ő 9 drb teljes értékű részvényt velt venni, holott később kitént, hogy a vett részvények mindegyike az alaptőke leszállítása folytán csak $\frac{1}{6}$ részvény értékét képviseli; miután azonban felperes általa megtekintett, 11 napig magánál visszatartott részvényeket vett meg akkor, midőn azokra vonatkozólag a bécsi Uniobanktól kért felvilágosítást megkapta, jelen esetben a *szerződés tárgyának azonosságára vonatkozó tévedés lehetősége ki van zárva*, és ha felperes tévedett, csak a szerződés tárgyát képező *részvények értéke tekintetében tévedhetett, az ily tévedés pedig az általános magánjogi elvek szerint a szerződés érvénytelenítésére alapul nem szolgálhat* A m. kir. Curia: Helybenhagyja. (334/82. Dtár II. 315.)

A fenti négy adásvétel esetében a vevő, illetve az első esetben az eladó, tévedésben volt a vételtárgy minősége tekintetében. Az első esetben az eladó azt hiszi, hogy a mustrakés, melynek alapján 100 tuczat szállítását elvállalja, alpacca, holott ezüst; a másodikban a vevő azt hiszi, hogy a sorsjegy, melyet megvesz, még játszik, holott már ki van húzva; a harmadikban a vevő a megvett képet egy bizonyos festőtől valónak tartja, pedig nem attól való; az utolsóban teljes értékű részvényt vél venni, holott az az eredeti érték Ve részére van leszállítva. A Curia háromféleképpen ítél: az első esetben semmisnek itéli a szerződést, mert nincs consensus; a negyedikben elutasítja a vevőt, ki az ügyletet meg akarja támadni, mert «csak a részvények értéke tekintetében tévedett»; a közbenső két esetben a szerződést érvényesnek látja, de minőségi hiány alapján elállást, illetve kártérítést ítél meg.

Hogy az utóbbin kezdjem: a tankönyvekben a tévedés tana egészen más helyen található, mint az actio quanti minoris és a redhibitoria és bizonyára nem sok juristának tűnik fel, hogy e különböző elhelyezés daczára egy töről szakadt a két intézmény. A minőségi hiány vagy olyan, hogy az áru fogalmi azonosságát nem érinti, csak silányabbá teszi: a bor bor, de nem tiszta; vagy olyan, hogy már olyan dologszámba sem vehető: már nem is bor, hanem eczet. Ha a vevő *menthető tévedésben* van, azaz ha neki hibául nem

róvható fel, hogy az áru vételekor a minőségi eltérést észre nem vette: az első esetben actio redhibitoriával támadhatja meg a szerződést, a másodikban actio emptivel semmisnek nyilváníthatja. A különbség nemcsak névbeli: különbség van az elévülési idő, az admonitio kelléke stb. tekintetében, szóval a semmiségi kereset erősebb. Hogy a kereskedelmi törvény 348. §-a esetében is tévedésben, még pedig menthető tévedésben kell lenni a vevőnek, erre nem szokás utalni. Pedig világos, hogy ha a vevő a vételkor a hiányt észrevette vagy azt észre kellett volna vennie, nincs sedilisi kereset. A rokonság abban is nyilvánul, hogy miután a többen benne van a kevesebb, az, ki tévedés címén semmiségi keresettel élhetne, beérheti, ha úgy tetszik, a redhibitoriával vagy quanti minorissal is. Hogy erről meggyőződünk, nézzük a második esetet.

A kép nem volt attól a festőtől való, mint a kitől az eladó állította. A Curia elállást enged a kereskedelmi törvény 348. §-a alapján, mert az illető festő neve »a festmény értékére nézve általánosan irányadó jelentőségűnek elismerhető«.

Kérdem, felléphetett volna-e a semmiségi keresettel s r Képe válogatja. Vannak képek, melyeknek a forgalom ítélete szerint leglényegesebb tulajdonságuk az, hogy egy onyos festőtől valók: egy igazi Rafael nemcsak *értékesebb*, hanem — gyakorlatilag, nem bölcseletileg szólva — *más fajta* dolog, mint annak bármi ügyes másolata. Ha tehát az eladó a képet igazi Rafaelként adta el, akkor a vevő semmiségre hivatkozhatik; más esetben, a mikor a festő neve nem lényeges és a vevő azt észre vehet öleg nem kizárólag ezen névre való tekintettel vette meg, a hamisság csak minőségi hiányt fog képezni és csak a 348. §. keretében lesz érvényesíthető; ismét máskor az eredet valódisága oly alárendelt dolog, hogy vevő az abban való tévedés alapján mit sem szólhat.

De bizonyos, hogy a hamis Rafael vevője is beérheti — ha úgy tetszik — a redhibitoriával. Helytelen volna különösen — mit sokan mondanak — ügyletbontó tévedés esetében azt állítani, hogy a vevő nem élhetne a 348. §.

jogával *árleszállítás iránt*, és semmiségi keresetre szorítani. Mert ez arra vezetne, hogy nagyobb minőségi eltérés esetén kevesebb joga volna a vevőnek, mint kisebb hiány esetében: itt választhat árleszállítás és elállás között, annak csak megsemmisítésre volna joga. Még nagyobb korlátozása volna a vevő jogának, ha az eladónak is megadnók a semmiségi keresetet, mert akkor az ügylet megdőlné, akár tetszik a vevőnek, akár nem. Valójában a tévedésen alapuló semmiség csak u. n. relativ semmiség, azaz megtámadhatóság és a tévedőtől függ, akarja-e ezt érvényesíteni vagy sem?¹

Mekkorának kell lenni az eltérésnek az áru képzelt és igazi tulajdonságai közt, hogy semmiségről szólhassunk, arra sablont felállítani nem lehet. Nem áll különösen, hogy az áru *mértéke* iránti tévedés az általános magánjogi elvek szerint a szerződés érvénytelenítésére alapul nem szolgálhat» (4. eset). Mert az érték csak pénzbeli kifejezője a dolog összes tulajdonságainak és ezért a tulajdonságban való tévedés értéktévedésben nyilvánulhat és viszont; sőt maga a dolog pénzbeli értéke sem egyéb, mint a dolognak tulajdonsága. A ki egy kihúzott sorsjegyet vesz ki nem húzott gyanánt (2. eset), az a tárgy tulajdonságában tévedett és ezért a vevő — feltéve, hogy a többi feltételek fenforognak, miről alább — bátran semmiségi keresettel is élhetett volna.³ Vagy nem-e semmis és nem-e az értékben való tévedésen alapszik az olyan szerződés, midőn valaki tévedésből amortisált értékpapírt, forgalomból kivont pénzjegyeket stb. vesz meg? Hisz az ilyeneknek a gyakorlatban úgyszólván nincs más számbavehető «tulajdonságuk», mint az «értékük». Hogy *melyik* tulajdonság az, a melyben való tévedés a szerződést megbontja, az attól függ, hogy a tévedő fél a *másik fél által észrevehetőleg* mily tulajdonságait a dolognak *kivánta* lényegeseknek tekintetni? A félnek — kifejezetten vagy hallgatólag — kijelentett akarata szerint pedig ehez

¹ Az u. n. relativ semmiség ellen l. «Magánjogi fejtegetések» ez-művem 220. l. V. ö. *Mitteis: Jahrb.* f. Dogm. 28. köt. 121. sk. 11.

² Franciaországban a Seine-Tribunal semmiséget ismert el egy esetben, midőn a vevő tévedésből egy már kisorsolt nyereménykölcson-sorsjegyet vett. (*Sirey Recueil* 65. II. 33. l.)

képest *minden* (bármilyen alárendelt) tulajdonság válhatik a szerződés *conditio sine qua non*-jává és viszont bármilyen nevezetes tulajdonsága *in concreto* mellékessé válhatik. Különös kijelentés hiányában pedig természetesen az lesz a vélelem, hogy a fél azt a tulajdonságot tételezi fel, mit mások az ilyen dolognál feltételezni szoktak. Már most kétségtelen, hogy a fenti i. esetben az alperes nem ezüst kést, hanem alpacca kést akart eladni, és el akarjuk hinni felperesről a 4. esetben, hogy ő teljes, nem pedig lebélyegzett részvényeket akart venni. Mindkettő tehát a vételtárgy bizonyos tulajdonsága tekintetében tévedésben volt. De az, hogy ők az eladott, illetve megvett dolog tekintetében *mily* tulajdonságokat tételeztek fel mint lényegeseket, nem volt mindkét esetben *észrevehető* a velők szerződő fél által. Az első esetben az ezüstkereskedő nem lehetett kétségben az iránt, hogy a vele szemben levő fél a neki felmutatott kést közönséges alpaccának tartja. Hiszen «alpacca kést» jött be keresni az üzletbe maga is, még pedig olyat, a miről maga meséli, hogy 6—7 frttal kínálják tuczatját. Ilyen kést tart ő láthatólag szem előtt, midőn a kereskedő kérdésére 100 tuczat szállítását elvállalja, és ő ez ajánlatot a szállítandó áru e minőségét láthatólag lényegesnek tartja. A kereskedő nem lehet kétségben az iránt, hogy a mi emberünk, ha kérdené tőle, vajon igazi *ezüstöt* vállal-e szállítani nem vállalná. A kereskedő tehát *ismert* a szembenső fél tévedését, vagy legalább közönséges figyelem és értelem mellett *kellett* ismernie.

Ő tehát *ismerte* a tévedést, és *ezért* vele szemben a tévedés allegálható. Nem így a 4. esetben. Ha egy társaság részvényei le vannak bélyegezve, és valaki ily társasági részvényeket keres: az eladó nem sejtetheti, hogy a vevő azokat teljes értékűeknek tartja, és ha a vevő e feltevését az eladónak *tudtára nem adja*, utóbb a feltevésére nem hivatkozhatok. Tehát: mikor afficiálja a minőségi tévedés a szerződést, nem attól függ, hogy e tévedés mire vonatkozik, mert bármilyen alantjáró tévedés megdöntheti, és bármilyen fontos épségben hagyhatja. Hanem függ attól: lényegesként szerepelt-e *in concreto* e minőség a felek között és *tudott-e* vagy *kellett-e tudni* a szembenső félnek a tévedésről?

IX.

Adósságtvállalás.

I. *Nagykikindai törvényszék*: Alperes köteles a keresetbe vett 3875 fjt kölcsöntökét, ennek stb. kamatait felperesnek megfizetni. *Indokok*: Mert, habár tény az, hogy a birtokváltozás folytán bekebelezett új tulajdonos rendszerint csak annak tűrésére kötelezhető, hogy a jelzálogos hitelező a jelzálog tárgyából kielégítést nyerjen, de miután jelen esetben felperes a per során érvényesített bizonyítékaival minden kétségen kívül helyezte azt, hogy alperes a B. adás-vevési szerződéssel a bekebelezett árvapénztári tartozásokat is átvállalta, *a minek folytán alperes ezen adósságokra nézve személyes viszonyba lépett felperes mint jelzálogos hitelező irányában.*, s így azon kifogást, hogy ő az adósságért csupán az ingatlanok értéke erejéig felelős, a maga javára kellő sikerrel nem érvényesítheti; ugyanazért alperest a kereset értelmében marasztalni kellett, stb. (1883 ápr. 4. 619. sz. a.)

Budapesti tábla: Az elsőbíróság fentebbi számú és keletű ítélete akkép változtátik meg, ha alperes mint dologi adós a keresetbe vett 3875 fjt kölcsöntökének, ez után ... stb. kamatoknak megfizetésére csak a követelés jelzálogául szolgáló, a zombolyai 810. és 147. sz. telekjegyzőkönyvben felvett ingatlanok értéke erejéig köteleztetvén alperes tartozik tűrni, hogy felperes fentebbi tőke és kamatok erejéig az érintett ingatlanokra végrehajtást intézhessen, és e megítélt tőke és kamatkövetelésekre nézve ezekből kielégítést szerezhessen. *Indokok*: Jóllehet alperes a jelzálogul szolgáló ingatlanok iránt gróf P. Károlyival kötött adásvételi szerződésben a hatzföldi árvapénztár részére betáblázott 10,000 frtnyi összeget *az eladó irányában magára átvenni kötelezte*, jóllehet továbbá, hogy a becsatolt adóslevél és a telekkönyvi kivonatok szerint nem szenved kétséget, hogy a keresetbe vett tőke, az adásvételi szerződésben érintett 10,000 frtnyi követelés egy részét képezi, tekintve mindazáltal, *hogy felperes a követelés elvállalásához sem a szerződésben bele nem egyezett^ sem azt, hogy ezen átruházást más jogi tény által elfogadta volna, nem igazolta, annál fogva felperes és alperes között személyes jogviszony és kötelezettség fen nem forogván*, alperest mint személyes adóst nem, hanem csak mint dologi adóst a jelzálog értéke erejéig lehetett marasztalni.

Curia: A kir. tábla Ítélete indokolásánál fogva helybenhagyatik. (1884 márczius 27. 7445. sz. a.)

II. *A nagylaki kir. járásbíróság*: Alperesek kötelesek a kereseti 300 frt tőkét felperesnek megfizetni. *Indokok*: A hit alatt kihallgatott ... tanuk vallomásával beigazoltatt, miszerint alperesek elvállalták M. Jánosnak összes adósságait és kötelezték magukat ezen adósságok lefizetésére; azt pedig, hogy kifizették volna, nem is állították; de nem tagadták azt sem, hogy felperes a M. Jánost illetve alpereseket terhelő 300 frtos váltót, mely 1890. évi február 25-én lejárt, mint egyik kezes kifizette; mindezek alapján alpereseket felperes által helyettük fizetett 300 frt tőke és járulékainak megfizetésére kötelezni kellett. (1890. évi június 24-én, 1855. sz. a.)

A budapesti kir. ítélő tábla: hz elsőbíróság Ítéletét megváltoztatja s felperest keresetével elutasítja. *Indokok*: A kereset alapjául felhozott az a tény, hogy a M. János ingatlanai megvételekor alperesek állítólag arra kötelezték magukat, miszerint M. Jánosnak a nagy-laki takarékpénztárnál levő adósságát az ingatlanok vételárából kifizetik. A felhozott ténynyel szemben *alperesek nem léptek kötelmi viszonyba felperessel, hanem csakis M. János irányában vállaltak kötelezettséget*. A mennyiben tehát alperesek a M. János irányában elvállalt kötelezettségüket nem teljesítették, azért alpereseket csakis M. János vonhatja felelősségre; felperes azonban, *a ki irányában alperesek a vételügyletből eredő kötelezettségben nem állanak*, s a ki azzal, hogy váltójogi kötelezettsége alapján M. János váltótartozását a nagy-laki takarékpénztárnál kifizette, azt a jogot, a vmely M. Jánost megillette, nem gyakorolhatja s így alperesek a véteügyletből eredő kötelezettségük teljesítésének elmulasztása miatt, felelősségre nem vonhatók. Ezek alapján az elsőbíróság ítéletének megváltoztatásával felperest keresetével elutasítani kellett. (1891 márcz. hó 5-én, 1890. évi 32, 015. szám.)

A kir. Curia: A másodbíróság ítélete indokolásánál fogva helybenhagyatik (1892. márczius i-én, 1881. évi 4663. sz.)

III. *Legfőbb Ítélszék*: A keresk. törv. 20. §-a nem tételezi fel azt, hogy a czég eddigi kötelezettségeinek átvállalása közhírré tétesék, minthogy az átvállalási szerződés ténye már magában véve is megállapítja a hitelezők [közvetlen kereseti jogát az átvevő ellen (*Dtár r. f. XXIV. 10.*)

IV. *A muraszombati kir. járásbíróság*: Alpereseket felperes részére 218 frt tőke és járulékainak megfizetésében elmarasztalta. *Indokok*: Alperesek tagadása folytán megrendelt bizonyítási eljárás folyamán kihallgatott tanuk vallomásával és részben alperesi beismeréssel megállapítva lett, miszerint alperesek atyjuk R. Ivánnak a kupsinczi 19. sz. tjkben foglalt összes ingatlanait átvették, hogy ezen

átvételtől kifolyólag kötelezték magukat, hogy a bekebelezett követeléseken kívül H. Simon részére a birtokátadó édes apa részéről 1877 február 23-án kiállított, a percsomóhoz *C.* alatt mellékelte adóslevél szerint tartozó 180 frtot hitelezőnek, esetleg a hitelező nagyobb biztosítására az adóslevelet kezes minőségében aláírt H. József ezutali felperesnek kifizetik, illetőleg ezt is viselik; megállapít tátott továbbá, hogy alperesek ezen kötelezettségüknek az iratokhoz *B.* alatt mellékelte, 1881 márczius 12-én kelt jegyzékben aláírásukkal is elismerték. Ezekkel szemben miután bebizonyított tény az, hogy H. József az alperesek által kifizetésre elvállalt 180 frtot és járulékait H. Simonnak R. Iván birtokátadó helyett a *C.* alatti adóslevélre vezetett nyugta igazolása szerint is 218 frtban kifizette, miután alperesek oly körülményt, mely szerint ezen kifizetés által H. Józseffel szemben támadt kötelezettségük megszűnt volna, a perben fel nem hoztak, ennél fogva őket a kereseti követelésben marasztalni kellett.

A budapesti kir. ítélő tábla: Az eljáró bíróság Ítéletének megváltoztatása mellett, felperes követelésétől elmozdítatik. *Indokok:* Mert felperes keresetlevelében maga adja elő, hogy alperesek az abban emiített 190 frtnyi összegnek általuk leendő kifizetésére nézve *nem felperes, hanem idősb R. Iván jogelődük irányában vállaltak kötelezettséget*, azt pedig, hogy idősb, R. Iván azon követelését felperesre átruházta volna, nem is állítja. *Minthogy tehát felperes jelen perbeli alperesekkel nem szerződött*, ez utóbbiak pedig magok részükről felperes irányában semminemű kötelezettséget nem vállaltak, felperes azonban jelen keresetet mégis ennek ellenére, alperesek saját személyük ellen indította: ugyanazért a neheztelt ítélet megváltoztatása mellett, felperes keresetőség hiányából követelésétől elmozdítandó volt.

A kir. Curia: A másodbíróság ítéletének megváltoztatása mellett, az első bíróságnak ítélete hagyatik helyben. *Indokok:* Jóllehet alperesek a 2.A alatt felhozott és Muraszombatban 1881 márcz. 9-én kiállított átadási szerződés szerint a kupsinczi 19. sz. tjkben foglalt ingatlanokat apjuktól 2500 frt értékben s azon kötelezettséggel vették át, miszerint a kitett összeg erejéig kötelesek a már bekebelezett terheket a bekebelezés sorrendje szerint törleszteni; jóllehet továbbá, hogy felperesnek követelése a kupsinczi 19. sz. tjkben foglalt ingatlanokra jelzálogkép bekebelezve nem volt, mindamelllett a másodbíróság Ítéletének megváltoztatásával az elsőbíróság ítélete volt az abban felhozott indokok alapján annnyival inkább helyben hagyandó, mert a *B.* alatt felhozott s alperesek által valódiság

tekintetében nem kifogásolt, 1881. évi márczius hó 12-ik napján, s ekkép a 21. alatti szerződésnél később kiállított okiratban felsoroltattak és megállapítottak mindazon tartozások, melyeket alperesek apjuk helyett kifizetni kötelesek, és miután alperesek ezen okiratot sajátkezüleg aláírtak, de ezenkívül a B. alatti okiratban 8. tétel alatt felsorolt, s a kihallgatott tanuknak vallomásai szerint felperes kereseti követelésével azonosnak bizonyult adósságnak alperes által történt magukra vállalását P. Géza, H. József és H. Simon tanuk is határozottan bizonyították, ily helyzetben alperesek az elvállalt kötelezettség teljesítésére az elsőbíróság által helyesen köteleztettek. (1886 január 20-án 1885. évi 4594. sz.)

A fenti döntésekben egy elméletileg érdekes és gyakorlatilag felette fontos probléma rejlik: az adós és az átvállaló közti szerződés kihatása a hitelezőre.

Hogy az adós tartozását egy harmadik személy *a hitelezővel szemben átvállalhatja*, tényalapjában és hatásában ép oly világos, mint hogy azt *kifizetheti*. Mindkét esetben az ügylet kizárólag a harmadik személy és a hitelező között játszódik le: az átvállalás vagy fizetés az eredeti adós tudta, beleegyezése nélkül, sőt ellenzése daczára is történhetik. Az adósnak semmi köze hozzá, ha én az ő tartozását a hitelezőnek kifizetem, vagy magamat helyette lekötelezem. Mindkét esetben ő, feltéve, hogy a hitelező beleegyezik, szabadul tartozása alól, ott fizetés, itt újítás (expromissio) által; az ő kötelezettsége mindkét esetben megszűnik, ott teljesítés, itt az által, hogy az ő régi tartozása helyébe az én új tartozásom lép. Ezt így határozza a római jog,¹ és így tartják a modern Összes törvényhozások is.² Sőt az újítástól el is

¹ L. 38 (39) D. de neg. gest. (3, 5): solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum. L. 23, 40, 53 D. de solut. (46, 3) pr. I. quib. mod. toll. 3, 29. — és l. 8 §. 5 D. de novat. (46, 2). Quod ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat . . . liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim. L. *qi* D. de solut (46, 3).

² Porosz LR. I. 16. §. 45., szász polg. tkv §. 690., zürichi §. 1042., code civil §. 1236. Mindé törvényhozások, a római jog mintájára, még a hitelező beleegyezését sem tartják szükségesnek arra, hogy az adós helyett egy harmadik személy fizethessen: a fizetés a hitelezőre reá kényszeríthető. Hogy van a dolog, ha az adós és hitelező ellenzik a

tekintve: magamra vállalhatom az adós tartozását úgy is, hogy a hitelező beleegyezésével *ugyanazon* kötelezettségi körbe lépek, melyben eddig az adós volt; nem *új* kötelmet válllok a régi *helyébe*, hanem a *régi* kötelmet folytatom az eredeti adós helyett: nem *kötelemújítás*, hanem *kötelemutódlás* az, a mit ez esetben az átvállalás létrehoz — és ez is, valamint az expromissio, történhetik tisztán köztem és a hitelező között, az adós megkérdezése nélkül, sőt ellenére is. Ily hitelező és harmadik személy közötti adósság átvállalásról beszél pl. az 1881. évi LX. tcz. 183. §-a.

Az adósságátvállalás azonban még másképen is szokott történni: oly módon, hogy az átvállaló az *adóssal* szerződik a *hitelező* hozzájárulása nélkül. Ilyen az eset, mikor valaki ingatlant vesz és a rajta bekeblezve levő adósságot a vételár része fejében átvállalja; ilyen, mikor valaki valamely kereskedelmi üzletet a k. t. 20. §-a értelmében az üzleti adósságokkal együtt átvesz; ilyen, mikor a bérbeadott ingatlan vevője a bérlő irányában fenálló kötelezettséget átvállalja; mindez esetekben a szerződést eladó (adós) és vevő (átvállaló) kötik, a hitelező hozzájárulása nélkül: származik-e az ilyen szerződésből, és miféle jog *a hitelező javára*?

A fenti legfőbb bírósági döntések más-másképen felelnek e kérdésre. A III. és IV. sz. ítélet megállapítja a hitelező jogát, mihelyt az átvállalási szerződés adós és átvállaló között létrejött, «minthogy az átvállalási szerződés ténye *már magában is* megállapítja a hitelezők közvetlen kereseti jogát az átvevő ellen». Az I. és II. esetben e jogot megtagadja, mint-hogy «felperes (a hitelező) a követelés (helyesebben: adósság) átruházásába sem a szerződésben bele nem egyezett, sem azt, hogy ezen átruházást más jogi tény által elfogadta volna,

fizetést? A kérdés a római jogban vitás, de az uralkodó nézet ez esetben is a fizetés hatályossága mellett van (Windscheid II. §. 342., 24. j.; ellenben Puchta Vorles. II. 134. 1.). Az osztrák polg. tkv eltér mind ezektől: szerinte a hitelező az adós beleegyezése nélkül nem kényszeríthető a fizetés elfogadására: § 1423. «Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger die Zahlung von einem Dritten nicht aufgedrungen werden.» Középállást foglal el a német codez 267. §-a, mely itt a porosz LR. I. 16. §. 51-ét követi: a fizetés az adós beleegyezése *nélkül* is történhetik, de ha az adós és hitelező ellenzik, nem.

nem igazolta, ennél fogva felperes és alperes (átvállaló) között személyes jogviszony és kötelezettség fen nem forog».

A kérdés voltaképpen egy egész csomó kérdést jelent, melyek mind felette gyakorlatiak. Mikor szerzi meg a hitelező a jogot az átvállaló ellenében: az adós és átvállaló közti szerződés létrejöttével, vagy a róla való értesítéssel, vagy a részéről való hozzájárulással? Mily hatása van az eredeti adós, és milyen az átvállaló részéről történt értesítésnek? Visszavonható-e az átvállalás a két szerződő fél által, vagy talán egyik-másik által, és meddig? Elveszti-e a hitelező követelési jogát az eredeti hitelező ellen, vagy egyetemesen felel-e adós és átvállaló és meddig? Az átvállaló miféle kifogással élhet a hitelező ellen: az átvállalási szerződés alapján? vagy az átvállalt kötelelem alapján? Az adósságátvállalással megmarad-e vagy megszűnik-e az eredeti adósért vállalt kezesség vagy zálog? Mindezek a kérdések nap-nap után fordulnak elő a gyakorlatban, de tankönyveinkben vagy esetgyűjteményeinkben hiába keresnők a választ.

Zlinszky, mint a legtöbb kérdéssel, ezzel is könnyen végez. Könyvében, ha jól néztem, az adósságátvállalásról kétszer van említés. Egyszer azon szerződéseknél, «melyek által valamely harmadik személy javára köteleztetik szolgáltatás ». Ez esetben, úgymond, «a másik szerződő félnek ellene a szerződés teljesítésére keresetjoga van». Továbbá: «Az osztrák törvény azt a szabályt állítja fel, hogy a törvényben meghatározott eseteken kívül senki sincs jogosítva más nevében (§. 881: *«für einen Andern»*) ígéretet tenni vagy elfogadni... azonban . . . e szabályt az életben következetesen alkalmazni nem lehet, különösen azokra a gyakori esetekre tekintettel, melyekben *«mások tartozásainak kifizetése vállaltatik át, pl. adásvevés esetén»*. (448/9. 1.) Az adósságátvállalás tehát itten mint harmadik előnyére szóló szerződés szerepel. Későbbben pedig még egyszer előfordul a «kötelmek átruházása» című fejezetben, itt pedig az adósságátvállalás már csak az u. n. «tökéletes utalvány» formájában szerepel: «A kötelemtáváltoztatásnak másik módja (első módja az engedmény volt) aként jön létre, hogy az adós maga helyett egy harmadik személyt állít fel fizető gyanánt és a hitelező azt elfogadja»

(460. L). Ezen «tökéletes utalvány» czíme alatt tárgyalja azután — annyira-mennyire — az adósságtvállalást.

Ily tárgyalás mellett az ember nem tudja, mi hát Zlinszky szerint az adósságtvállalás: harmadik előnyére szóló szerződés? tökéletes utalvány? vagy lehet egyik is, másik is, és micsodán ismerjük meg, hogy melyikkel van dolgunk? Mert ez nem pusztán elméleti constructió kérdése, hanem gyakorlatilag is egészen más szabályok jönnek alkalmazásba, ha egyiknek nézzük, mint ha másiknak. Hogy mást ne mondjak: az utalvány alapján az utalványos csak akkor perelhet, ha az utalványt elfogadta, a harmadik előnyére szóló szerződés alapján a harmadik — legalább a ma túlnyomó nézet szerint — előzetes elfogadás nélkül is perelhet.

A «harmadik javára szóló szerződést tanában emlékezik meg *Biermann* is^x az adósságtvállalás egy esetéről: a ker. törv. 20. §. szerinti üzleti adósságok átvállalásáról, és ugyané constructiót vallja *Nagy Ferencz* is kereskedelmi jogi kézikönyvében (I. köt. 87. 1.) Vajon e constructiót csakis az üzletátruházásnak azon eseteire értik-e, melyek a ker. törvényben külön rendezést nyertek, vagy pedig a kereskedelmi vagy közpolgári adósságtvállalás minden esetére? előadásukból ki nem vehető. Általánosabban szól a Büntetőjog Tára mellékletében (XI. köt. 186. 1.) megjelent rövid czikkecske, mely a közpolgári adósságtvállalást elvileg a harmadik előnyére szóló szerződések közé sorozza.

Csakhogy e constructió sem megoldás. Mert, mint látni fogjuk, a harmadik javára szóló szerződésnek magának sincs egységes elmélete. Abból hogy az adósságtvállalást harmadik javára szóló szerződésnek nézzük-e vagy sem? misem következik még a fent felvetett kérdéseinkre. Irodalmat írtak össze a harmadik javára kötött szerződésekről, de ha azt kérjük, mik azok a jogi tételek, melyeket ez irodalom eredményeképen most már *minden* harmadik javára szóló szerződésre alkalmazhatunk: alig van mit felelnünk. A mit *Stobbe* (Zeitschr. F. STR. 19. köt. 305. 1.) a harmadik j. sz.

¹ Jogászgyűlési évkönyv VIII. folyam I. kötetben megjelent véleményében, különlenyomat 59 l.

szerződésről szóló első (Gareis, Unger-féle) munkálatok megjelenésekor mondott, hogy hiábavaló törekvés a h. j. sz. szerződés egységes elméletét keresni, és hogy a concret esetek más-más rendezést követelnek, azt az azóta megjelent monográfiák (Moltzer, Tartufari «*Dei contratti a fattore di terziw* stb.) sem czáfolták meg. *Windscheid* (Pand. §. 316. a) 14. jegyz.) szerint nem lehet többet mondani, mint «a pusztá elvet: hogy szerződés által harmadik személyt is lehet jogosítani», — egyéb általános hatályú szabály e tanban nincsen. Sőt *Ehrenberg* (*Versicherungsrecht* 191. 1. 6. jegyz.) annyira megy, hogy «a mit harmadik javára szóló szerződésnek mondanak, egyáltalában nem jogintézmény . . . nincsenek semminemű oly egységes jogtételek, melyek e fogalomhoz fűződnek». A mi kérdéseinkre tehát ez a «constructio» nem ad választ. Más keli hát megkísérlelnünk. Ne az «elvi constructio»-ból vezessük le a gyakorlati tételeket, hanem próbáljunk a gyakorlati kérdésekre concrete megfelelni, a concret eredmények után talán sikerül az elvi nonstructio is.

Induljunk ki a legkétségtelenebb esetből. *B* megvesz *A-X.6X* egy ingatlant 10,000 frt vételárban; a vételár — mond a szerződés — olyképen egyenlített ki, hogy vevő az ingatlanon *X* javára bekeblezett 10,000 frt kölcsöntartozást mint személyes adós átvállalja. E szerződést aláírja az eladó és a vevő, ezenfelül aláírja *X* is azzal, hogy «a fentihez hozzájárul». Ez a háromoldalú szerződés legkétségtelenebb esete az adósságátvállalásnak. Mihelyt a szerződést a három fél aláírta, *A* kiszabadult a 10,000 frt tartozásból, helyébe *B* lépett, egyebekben pedig a kötelem változatlanul a régi marad. E kétségtelen esetből lépésenkint haladjunk a kétség felé.

Kérdezzük először is: szükség volt-e a fenti esetben csakugyan mind a *három* fél aláírására? Az adósságátzállás céljára nyilván nem. Mert az adósság ime átszállt volna *B-re*, és *A* szabadult volna alóla akkor is, ha ez iránt csak *X* és *B* állapotnak is meg. Mert világos: arra, hogy *B* vállalja magára az *A* tartozását, elegendő, ha *X* és *B* megegyeznek; ha ők ketten így akarják, *A-naik* nincs hozzá szava, az ő adósságát *B*, valamint kifizetheti, úgy át is vállalhatja az *A* beleegyezése, sőt tudta nélkül is. Íme az

adósságátvállalásra az *A* aláírása nem kellett. Mire kellett hát mégis? A felelet könnyű: ha *A* nem adja el *B*-nek a házat, *B* nem veszi át az *A* adósságát. A ház képezi tehát az adósságátvállalás ellenértékét, *A* az adósságátvállalásnak csak *causáját* szolgáltatta, *maga az adósságátvállalás nem A és B, hanem B és X között ment végbe.*

Hogy ezt még világosabban lássuk, tegyük fel, hogy a példabeli szerződést csakis *A* és *B* kötik, *X* jelen sincsen. Érvényes-e az adásvétel? Bizonyára. Átháramlott-e a 10,000 ft adósság a vevőre? Nem. Mert ha átháramlott volna, akkor *X* többé fel nem léphetne *A* ellen, pedig nyilvánvaló, hogy az *A* és *B* szerződése *X-et* nem foszthatja meg jogától. Adósságátzállás (*successio*) tehát nem történt. Mi történt mégis? Az, hogy *B* (a vételár fejében) *kötelezte* magát *A-val* szemben, hogy adósságát *X* irányában átvállalja. Vagyis: a mi *A* és *B* történt, az nem maga az *adósságátvállalás*, hanem csak *előkészítése*. A mi fenti háromoldalú szerződésünk tehát igazában *két* szerződésre válik: az első *A* és *B* között jön létre, ebben *B kötelezi* magát, hogy az adósságot átvállalja; a másik *B* és *X* közt kél, ebben megy végbe az adósságátzállás.

Az életben e két szerződés többnyire nem egyszerre, mint a fenti példában, hanem külön-külön egymásután szokott létrejönni. Minthogy ok nélkül senki sem szokta a más adósságát átvállalni, előbb létrejön a *causalis szerződés* *A* és *B* közt: többnyire adásvételi, csere, stb. szerződés, a melyben a kötelezettség, hogy *B* az *A* adósságát átvállalja, rendszerint csak mellékmegállapodás, modalitása az ellenérték mikénti egyenlítésének. E szerződésben vállalt kötelezettségénél fogva azután *B* elmegy *X-hez* és felajánlja neki, hogy kész az *A*. adósságát magára vállalni, ha *X*. annak ellenében *A-t* az obligóból kiengedi. Ha *X* ez ajánlatot elfogadja: *ez által* létrejön a voltaképeni adósságátzállás, ezen szerződés *B* és *X* között az igazi *adósságátvállalást szerződés*. Ez utóbbi persze sokszor elég alaktalanul történik: *B* egyszerűen «*értesíti*» *X-et*, hogy az *A* adósságát «*átvállalta*» és *X*. ezen értesítést «*tudomásul veszi*». A kifejezés pongyolasága azonban nem határoz: a mit itt «*értesítésnek*»

és «tudomás vételnek» neveznek, tartalmilag nem egyéb, mint az adósságvállalás felajánlása és elfogadása.

Eredményünk tehát ez általános megfontolások alapján a következő tételekbe foglalható össze: 1. A szerződéses adósságátzállás a hitelező és az átvállaló megegyezése által jön létre, a régi adós beleegyezése vagy közreműködése nem kell. 2. Ha a régi adós és az átvállaló az adósságvállalás iránt megegyeznek: e szerződés nem magát az adósságátzállást hozza létre, hanem az átvállalás csak *kötelezi* arra, hogy az adósságátzállás iránti szerződést a hitelezővel megkösse. 3. E megkötés történhetik alaktalanul olyképen is, hogy az átvállaló a hitelezőt a régi adóssal történt megállapodásról értesíti, és a hitelező azt tudomásul veszi. És ezekből folyólag 4. a hitelező az átvállaló ellen csak akkor bir kereseti joggal, ha az átvállalási szerződés közte és az átvállaló között megkötött.

Már most ez eredményhez, melyet a tényállás elfogulatlan szemléletéből levezettünk, mit mond a hivatalos *n* tudomány?»?

Bizony a tudománnyal úgy vagyunk, hogy az a mi kérdésünkre nem *egy* választ ad, hanem a mi válasz a kérdésre egyáltalában képzelhető, azt mind megadja egyszerre. Mellőzve a kisebb eltéréseket, a főbb csoportok ezek:

a) Némelyek szerint a hitelező kereseti jogot nyer az átvállaló iránt, mihelyt az adós és átvállaló közt létrejött szerződésről őt *akár* az átvállaló, *akár* az adós értesíti.

b) Mások szerint a hitelező értesítés *nélkül* is helybenhagyhatja az adós és átvállaló közti megállapodást és ez által kereseti jogot nyer az átvállaló ellen.

c) Ismét mások szerint *sem értesítés sem helybenhagyás* nem szükséges, hanem mihelyt adós és átvállaló megegyeztek, a hitelező megszerezte a kereseti jogot.

A) *Az adós is értesülhet.* Ezt következőleg indokolják.¹ Az értesítés célja, hogy a hitelező is hozzájárulását adja a szerződéshez. Más szóval az értesítés: ajánlat a hozzájárú-

¹ *Seuffert* (Fischer: *Bekker Deiträge* 11. füzet 44. 1.) *Kipp* Zur Lehre von der Schuldübernahme, Jahrb. f. Dogm. 36. köt. 353. 1.

láshoz. Ez ajánlat pedig mindkét szerződő fél (adós és átvállaló) részéről mint közös ajánlat tétetik (Collectiv-offerte, és annak a hitelezőhöz való átvitelére mindegyik szerződő fél a másik által hallgatólagosan fel van hatalmazva. Ha tehát akár az adós akár az átvállaló értesíti a hitelezőt és ez az ajánlatot elfogadja: e/ által a háromoldalú szerződés létrejön.

E konstrukció ellen az a kifogásom, hogy az adósság-átvállalás — mint láttuk — nem háromoldalú, hanem kétoldalú szerződés, mely hitelező és átvállaló közt jön létre; ehhez képest az ajánlat e szerződés megkötésére sem lehet kollektív ajánlat, hanem az átvállaló egyoldalú ajánlata. Hogy pedig az ajánlatnak átvitelére az adós az átvállaló által hallgatólagosan fel volna hatalmazva, az fictio, mely a valóságnak meg nem felel. Az átvállaló, igaz, kötelezte magát az adós irányában, hogy az átvállalási szerződést a hitelezővel meg fogja kötni. De ezzel még nem hatalmazta fel az adóst, hogy *maga* kösse azt meg az ő nevében. *Ha* tehát az értesítés csakugyan az ajánlattétel értelmével bír (látni fogjuk, hogy nem mindenik nézi így), akkor ezen ajánlat csak az *átvállaló* ajánlata lehet, és csak általa, nem pedig az adós által is történhetik.

Más utón jut a támadtam tételhez *Báhr Ottó*.¹ Szerinte az adós, kivel szemben az átvállaló magát az adósság átvállalására kötelezte, az által, hogy a hitelezőt e szerződésről értesíti, egyúttal a benne nyert jogokat a hitelezőre *engedményezi* és ha a hitelező ezt elfogadja: ez által ex jure cessn kereseti jogot nyer az átvállaló ellen. Báhr e konstrukciója nem felel meg sem a valóságnak, sem a gyakorlati szükségnek. Nem felel meg a valóságnak, mert az adós *tudósítása* nem *engedmény*. Az adós a maga értesítésével nem akar egyebet, mint hogy a hitelező biztosítsa őt az iránt, hogy kiengedi az obiigóból. De engedményre sem az adós nem gondol, sem a hitelező az ilyen engedménnyel be sem érné. És ez utóbbi pontban mutatkozik a konstrukció gyakorlati fogyatékosága is. Mert a hitelező nyilván csak úgy

¹ Jahrb. f. Dogm. 6. köt. 176. 1. Archiv f. civ. Pr. 67 köt. 189. kv. 11.

akarja a régi adóst kiengedni az obligóból, ha az. átvállaló ellenében *ugyanazokat* a jogokat tartja meg, a melyekkel eddig birt. Ámde a Báhr konstrukciója szerint nem a *régi* követelését fogja a hitelező érvényesíthetni a/ átvállaló ellenében, hanem csak a régi adós joga alapján — *ex jure cesso* — léphet fel. Vagyis a mi fenti példánkban: *X* nem a *kölcsönkeresettel* fogja *B-től* követelni a 10,000 frtot, hanem az engedményezett *adásvételi* keresettel. Pedig ez eltérés a két kereset között nemcsak névbeli, hanem gyakorlatilag is nagyon érezhető. Hiszen a 10,000. frt kölcsönkövetelés be volt táblázva, a 10,000 frt vételárkövetelés pedig nincsen betáblázva. Szóval az ilyen *cessio* által *X* nem azt kapja, a mi neki jár, hanem *aliud pro alio*.

B) Elfogadás értesítés nélkül.

A német újabb irodalomban uralkodónak mondható elmélet szerint *X* nem a *B*-vel, vagy *B + A*-vel (kollektiv-ajánlat!) kötött szerződés által szerzi a követelési jogot *B* ellen; hanem megszerzi «egyoldalú helyijenhagyás» által.¹ Ezt a következőképen kell képzelni. Az adós — így szól az elmélet — ki a maga tartozását az átvállalóra hárítja, ezzel a hitelező vagyoni körébe nyúl, épen úgy, mintha én másnak követelését egy harmadik személyre engedményezem, vagy másnak dolgát egy harmadik személyre átruházom. Az efféle jogosulatlan átruházás hatályossá csak az által válik, ha a hitelező, illetve a tulajdonos azt helybenhagyja. Ilyen az eset itt is. «A viszony épen olyan — mondja *Windscheid* (Pand. §. 338. 6. jegyz.) — mint idegen dolog, vagy még közelebb eső példa, idegen követelés elidegenítésénél. Az elidegenítés érvénytelen a jogosult személy hozzájárulása nélkül, de ennek utólagos hozzájárulása által érvényessé válik. Értesítésre ezen elmélet szerint szükség nincsen: a helybenhagyás maga nélkülözhetetlen, de elegendő is. És *Windscheid* hozzát teszi: ez az adósságvállalás leg-egyszerűbb és legtermészetesebb konstrukciója».

Megvallom, e konstrukció «természetességéről» sohasem

¹ L. e konstrukció bővebb kifejtését: *Regelsberger* Endemann Handbuchban II. 532. kv. 11. *Unger* Schuldübernahme í. kv. 11. *Bruns* Holtendorff Encycl. I. §. 65.

bírtam meggyőződni. Képzeljük, valaki felvetné a kérdést: végbemehete-e valamely követelés *engedményezése* olyképen, hogy az *adós átruházza*, valakire a követelést? mindenki, úgy-e bár, erre azt fogja mondani: nem mehet. Az adós — így fog minden kezdő jogász okoskodni — nem disponálhat a hitelező követeléséről, engedményezni csak a hitelező engedményezhet. Már most képzeljük, Windscheid jönne és mondaná: de igen, az engedményezés történhetik az adós és az engedményes közt is, *hatályossága azonban attól függ*, hogy a hitelező ezt utólag helybenhagyja, mit szólnánk az ilyen beszédhez? Nemde azt mondanók: a mit te helybenhagyásnak mondasz, az maga az engedményezés, mely hitelező és engedményes közt létrejön; a mit az adós és engedményes egymás közt végbevisznek, az üres szóbeszéd; az adós beleegyezik-e az engedménybe vagy sem, teljesen közömbös; az engedményezési ügylet nem az adós és engedményes közt jön létre, úgy, hogy ahhoz a hitelezőnek beleegyezése csak mint kiegészítő járulna hozzá, hanem az adós szava teljesen felesleges, lényeges csak az: mi hitelező és engedményes között történik.

Szóról-szóra így áll a dolog az adósságtvállalás esetében is. Az adósságtvállalásra is a hitelező és átvállaló megegyezése, valamint szükséges, úgy egymagában elegendő is. Ha ők ketten megegyeznek, akkor adósnak bele- vagy bele nem egyezése merőben közömbös, viszont az adós beleegyezése mit sem segít, ha a hitelezőé hiányzik. *Az adós tehát az adósságot ép oly kevésbé ruházhatja át, mint a követelést.* Csakis a hitelező engedményezheti (az engedményes megegyezésével) a követelést és csakis a hitelező ruházhatja át (az átvállaló megegyezésével) a tartozást. De *A* és *B* között *adósságtvállalás* ép oly lehetetlen, mint engedmény.

C) Sem értesítés, sem elfogadás.

Ez a «harmadik javára szóló szerződés» elmélete, melyet a német irodalomban *Dernburg, Stobbe, Gareis, Danz* és mások képviselnek.

Ez elmélet így szól. Midőn adós és átvállaló (példánkban: *A* és *B*) az adósságtvállalás iránt megegyeznek, ez által a hitelezőnek (*X*-nek) új adóست akarnak szerezni. Ők

tehát egy harmadik személy javára szerződnek; az ilyen szerződésből pedig a harmadik *azonnal és közvetlenül* szerez jogot, azaz a nélkül, hogy őt e szerződésről értesíteni, vagy hogy neki e szerződéshez a maga részéről is hozzájárulni kellene. A harmadik a jogot *in scio et invito* nyeri; ez az, mit a németek kevés ízléssel. «Anwachsungstheorie»-nek neveznek.

Ez az elmélet egyik ismeretlent egy másik ismeretlennel akar magyarázni. A harmadik javára szóló szerződés tudniillik semmivel sem kétségtelenebb fogalom, mint maga az adósságvállalás. Vitás itt minden és ezen nincs is mit csudálni. Ha szemlét tartunk a jogi tünemények azon tarka sora fölött, melyeket a harmadik javára szóló szerződés sorába tenni szokás: vagyonátruházás vitalicium kikötése mellett és — fuvarozási szerződés; tartozás bírói letétele és — részvénytervezet aláírása; *expromissio* és — életbiztosítás: ki csudálkoznék azon, hogy az ilyen széthúzó életviszonyokat egyazon jogi rendezés aláhozni nem lehet? A mi különösen az «Anwachsungstheorie» jogosultságát, vagyis azt a kérdést illeti, vajon a «harmadik» már az «első» és a «második» szerződése által *ipso facto* szerzi-e a jogot, vagy kell-e előbb az ő értesítése vagy éppen hozzájárulása is: erre a kérdésre a törvényhozás és a *praxis* más-más esetben másképp felel. Így például az iránt nincs kétség, hogy a harmadik javára szóló *liberatorius szerződés* (pl., ha egy harmadik személy adósságát a hitelező kezeihez kifizetem) az adós értesítésére vagy éppen hozzájárulására nem szorul: az adós *in scio et invito* szabadul. Nem sokkal kétségesebb az sem, hogy az életbiztosításnál a kedvezményezett a biztosított halálával megszerzi a jogot a biztosítási összegre, értesítése és elfogadása nélkül is. De már sokkal bajosabb a dolog például a bírói letét esetében. Mikor szerzi itt a harmadik a letéthez való jogot? Vagy a mi ugyanaz: mikor szűnik meg a letevő visszavételi jogosultsága? A letétel, az értesítés, a harmadik részéről történt elfogadaskor? Gyakorlatunk — a külföldi is — ingadozik; részemről legalább is az értesítésig nem tartom megtagadhatónak a visszavételt. Bizonyos annyi, hogy a modern törvényhozás és gyakorlat

sehol sem áll feltétlenül az «Anwachsungstheorie» talaján, hanem szívósan ragaszkodik sokszor az elfogadás, vagy legalább az értesítés követelményéhez: így az osztrák gyakorlat az osztr. polg. tkv 1019. §-a alapján (*Hasenöhrl: Obi. R. L 480. 1.*), a porosz ALR. I. 575, §-a a harmadik «hozzájárlását» (*Betritt*) követeli; a Code civil 1121. §-a szerint a harmadik a «stipulation au profit d'un tiers» alapján csak akkor nyer jogot isi le tiers a déclaré vouloir en profiter»; ugyanígy az olasz code 1128. §.; a szász 854. §.; a svájci közt. törvénykönyv 178. §. A német birodalmi törvénykönyv a kérdés eldöntését esetről-esetre a bíróra bízta.

§ 328. «In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschliessenden die Befugniss vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern», vagyis azt mondja, hogy — nem mond semmit.

Abból tehát, hogy az adósságátvállalást «harmadik javára szóló szerződés»-nek minősítjük, az értesítés és hozzájárulás kérdésére még semmi sem következik.

De vajon csakugyan harmadik javára szóló szerződés-e az adósságátvállalás? Harmadik javára szóló szerződésnek hol azt a szerződést nézik, mely a harmadik személynek v« lami «előnyt» biztosít (in *favorem tertii*, zu *Gunsten Dritten*) — így Unger, Regelsberger —; hol azt, mely ha nem is előnyt, de «jogot» biztosít a harmadiknak (Leistung an einen Dritten) — így Báhr, így a német birodalmi törvénykönyv is. Már most bizonyos, hogy «előnyt» a harmadik nem nyer az adósságátvállalás által. Hiszen ő mindössze új adóst nyer a régi helyébe; az új adóshoz csak annak ellenében jut, ha a régit kiengedi; az adócsere után neki se több, se kevesebb nincs vagyonában, mint azelőtt.

De «jogot» akartak-e vajon a felek szerződésükkel a harmadik számára teremteni?

A felek — mint később még tisztábban fogjuk látni — az effélére nem is gondolnak. *A* és *B* kizárólag a saját érde-

kükben szerződnek. *B* a házat akarja, *A* pedig szabadulni az adóssága alól — ez a valódi tényállás. Hogy a köztük négy szem között kötött szerződésről JST-nek valami «joga» származzék, jól értsük: valamely «szerzett» joga, azaz olyan jog-, mely ha egyszer megfogant, többé az *A* és *B* akaratától független, általuk többé *X* beleegyezése által meg nem szüntethető, szóval: hogy *A* és *B* a köztük négy szem között kötött szerződés által magukat *X*»e\ szemben végképen *kötni* akarnák, — az efféle rendszerint eszében sincsen a feleknek. *Windscheid* vissza nem riad ugyan a gondolattól, hogy mihelyt a szerződés *A* és *B* között megtörtént, *B* többé (a szerződésről talán nem is tudó) *X* beleegyezése nélkül vissza nem léphet^x — ámde nekem a gondolat egyenesen monstrosusnak látszik és nem hiszem, hogy egy laikus üzletember az efféle feltevést még- csak . képzelhetőnek is találná. Hogyan? Ha a mi példánkban *A* és *B* nyomban az adásvételi szerződés megkötése után, mielőtt *X* az egész ügyletről még egy szót is hallott, meggondolják magukat és szétszakítják a kontraktust, — közbeléphet vajon *X* az ő vétójával? *X*, ki sem a szerződésben részt nem vett, sem a felek azt neki tudtul nem adták? És mindez csak azért, *mert* az adósságátvállalás «harmadik javára szóló szerződés r»

Vannak ugyan, kik «szerzett jogról» beszélnek akkor is, a mikor az, ki e jogot adta, azt bármikor visszavonhatja; és különösen Regelsberger az, ki erősen hangsúlyozza, hogy a visszavonhatatlanság nem kritériuma a szerzett jognak. Ámde ez annyit tesz, mint szavakkal játszani. Szerzett jog olyan jog, mely meg van sz rezve, megszerzettnek pedig nem mondható olyan jog, a melyet az, ki azt adta, minden pillanatban ismét visszaveheti. Ezért az életbiztosítási szerződésnél sem mondhatjuk, hogy a kedvezményezett jogot szerzett, mindaddig, míg a biztosított meg nem halt; ezért a fuvarozási szerződésnél sem mondhatjuk, hogy a czimzett jogot szerzett, mindaddig, míg a feladó kontramandírozhat. Az ilyen jog mindaddig, míg visszavonható, a kedvezmé-

¹ Pand. II. §. 338. 7. jegyz.

nevezett vagyont nem öregbíti, hitelezői által végrehajtás útján le nem foglalható stb. Ez jogra való kilátásnak nevezhető, de nem szerzett jognak.

Van még egy mód, mely szerint az adósságtvállalást a harmadik előnyére szóló szerződés kalapja alá akarták hozni. Adós és hitelező — így szól e tan — mindaddig, míg a hitelező bele nem egyezik, nem hozhatják elő a *privatív* adósságtvállalást, azaz nem létesíthetik, az adósságtvállalást oly formában, hogy az adós az obligóból kijusson; de igenis létrehozhatják az úgynevezett *kumulatív* adósságtvállalást, azaz megállapodhatnak abban, hogy az adós *mellé* (nem *helyébe*) mint második adós az átvállaló *is* lépjen. Az ilyen megállapodás érvényes és hatályba lép a hitelező beleegyezése nélkül is; a hitelező érdeke az ilyen kumulatív adósságtvállalás által csorbát nem szenvedhet, helyzete csak előnyösebb lesz általa; már pedig — azt mondják — minden adósságtvállalás mindaddig, míg a hitelező az eredeti adóst a kötelemből ki nem bocsátotta, mint kumulatív adósságtvállalás értelmezendő. Minthogy pedig az ilyen kumulatív adósságtvállalás a hitelezőnek csakugyan új jogot ad, még pedig részéről való minden ellenszolgáltatás nélkül: az ilyen szerződés csakugyan a harmadik javára szóló szerződés.

Konstruálni végre mindent lehet, de hogy e konstrukció a felek akaratának megfelel-e, az más kérdés. Ha értelmezni annyit tesz, mint a felek valódi akaratát az ügyletből kiolvasni, akkor kérdem: csakugyan azt akarták-e a felek a példánkbeli esetben, hogy a hitelező a régi adós *mellé* ujat kapjon? Vagy nem-e inkább azt, hogy az új adóst a régi *helyett* kapja? Az adós csakugyan a *hitelezd* helyzetét akarta-e javítani, vagy nem-e inkább a *magáét*? Az ilyen értelmezés semmivel sem különb, mint az, hogy a kinek egy pénzdarabot felváltás céljából átadtam, az én pénzemet is megtarthatja, a magáét is.

Ennyit mintegy tájékoztatóul kérdésünk irodalmi állása iránt. Es most, mielőtt tovább mennénk, álljunk meg egy darabig a legújabb codex előtt: mit szól a német törvénykönyv a mi kérdésünkhöz? E codex kritikája közben saját álláspontunk támogatására is pótolhatunk még egyet-mást.

A német törvénykönyv II. könyvének V. fejezete «Schuldübernahme» felirat alatt az adósságvállalásról szól. Kezdi így:

«§ 414. Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt».

E §. a hitelező és a harmadik közt végbemenő *adósságotódlásról* szól, de nem szól azon esetről, midőn az átvállaló *novatio* útján vállalja át az adósságot. Példában beszélve: Ha fiam szabójának azt írom: «fiam számláját helyette én kötelezem magam ki fizetni», ez a fenti §. alá esik. De ha azt írom: «Fiam adóssága czimén kötelezem magam Önnek jövő év január i-én 500 frt-ot megfizetni») — ez nem a fenti §. értelmében való adósságvállalás, hanem —?

Már itt kezdődik a kétely. A német kódex nem ismeri a *novatio* jogintézményét. «A novatiót — mondja az indokolás (L köt. 143. 1.) — a javaslat mint külön intézményt fel nem vette, az esetre sem, a mikor a felek az adós személyét kívánják megcserélni. A novatiót ez irányban az adósságvállalás helyettesíti». Továbbá: «Azt a szükséget, mely (a római jogban) a hitelező vagy az adós személyében való változás czéljából a novatióra vezetett, ma lényegileg az engedmény és az adósságvállalás szabályai elégi tik ki» (78. 1.). Ámde mi sem bizonyosabb, mint hogy az adósságvállalás szabályai *nem* elégitik ki azt a czélt, melyet a *novatio* esetén szem előtt tartanak a felek. Vegyük a fenti példa- esetünket. Én itt a fiam adóssága fejében (talán előzetes összeszámolás és egyezkedés után) 500 frt fizetésére *feltétlenül* akartam magam kötelezni. Ez nem *adósságotódlás*; mint a melyet a fenti 414. §. szabályoz, mert adósságotódlás esetén én később is mindazokkal a kifogásokkal élhetnék, mikkel a fiam élhetett, tehát pl. a fiam kiskorúsága, az áru minősége, stb. czimén — pedig ez nekem és a szabónak nem így volt szándékunkban, mi *feltétlenül* kötelezést vettünk czélba és így szólt a levél szövege is. E levél *feltétlenül* kötelezést foglal magában 500 frt fizetése iránt. E levél után többé nem azért tartozom 500 frttal, mert a fiam ruhát kapott, hanem azért, mert én ezt így ígértem. Szóval itt

nemcsak új *adós* lépett a régi helyébe, hanem új *adósság* s — nem *successio* történt, hanem *novatio*. Még kétségtelenebb a *novatio* esete, ha az 500 frtról váltót adtam; itt mindenki érti, hogy a szabó ellenem nem vételárkövetelést perel többé, hanem abstract pénzkövetelést. Érvényes-e az ilyen *novatio* (*expromissio*) a német kódex, szerint? Szabadul-e az ilyen *novatio* által az eredeti adós? És hol és miképen van az megírva?

«A javaslat — mondja a kódex indokolása (78. 1.) — hallgat a *novatióról*, mert . . . különös rendelkezés nélkül *sincis semmi sem annak útjában, hogy a felek szerződés által valamely kötelmi viszonyt meg ne szüntessenek és annak helyébe egy újat ne állapítsanak meg* olykép, hogy az új kötelemben egy harmadik személy legyen hitelező vagy adós és hogy az új kötelem a régi kötelemből merített kifogásokkal ne legyen megtámadható». Más szóval: a nováló adósságátvállalást a német törvény *expressis verbis* nem rendezi ugyan, de meg sem tiltja és ezért érvényes.

Már most igaz, a német kódex elvileg a szerződési szabadság alapján áll és ezért a felek *egymás között* kiköthetnek mindent, a mit a törvény meg nem tilt: létező kötelemeke szerződésileg megszüntethetnek, újakat alapíthatnak helyébe. De a nováló adósságátvállalás (*expromissio*) esetében egy *harmadik* személy szerződik a hitelezővel: megszüntetheti-e vajon ő is az adós és hitelező között fenálló kötelmet? Noválhatja-e vajon ő is — az adós hozzájárulása nélkül — e kötelmet olyképen, hogy a régi kötelem megszűnik és helyébe az ő általa konstituált kötelem lép? Ez, lámivaló, oly kérdés, melyet a szerződési szabadság jelszavával nem lehet megoldani és a melyre nem elegendő válasz az, hogy a kódex «meg nem tiltja».

Két mód van arra, hogy a harmadik személy *expromissióját* a német kódex szerint konstruáljuk. Az egyik a *datio in solutum*, a másik a *visszteher melletti elengedés* (*Verzicht*)¹

¹ Az elengedés (*Verzicht*) szónál többnyire az ingyenes elengedésre szoktunk gondolni. De valamint a római *acceptilatio*, úgy a mai elengedés is akár ingyen, akár visszteher mellett mehet végbe. (L. b/ivebben *Bähr* *Anerkennung* § 29., 31.)

intézménye. Az előbbi szerint azt kell mondanunk (példázzunk tovább is a bekezdésben említett második esettel). A szabó az én fizetési ígéretemet (esetleg: váltómat) *fizetésképen* fogadta el fiam adósságáért. A második szerint: A szabó az én fizetési ígéretem (váltóm) ellenében a fiam elleni követeléséről *lemondott*. Melyik subsumptio helyes a kettő közül? Azt hiszem, egyik olyan mint a másik. Mert elfogulatlan vizsgálat mellett könnyű meggyőződni, hogy voltaképpen a datio in solutum sem egyéb, mint a visszteher melletti *elengedési szerződés* egyik esete. Ezt ugyan nem így tanuljuk az iskolában és *Windscheid* külön jegyzetet szentel Pandektáiban annak, hogy e két intézmény összezavarásától óvjon. «Die in solutum datio — mondja Pand. II. 342. §. 10. jegyzet — *ist Erfüllung, Kraft der vom Gläubiger in eine Leistung, welche an und für sich Erfüllung nicht ist, gelegten Kraft, sie ist nicht etwa ein zweiseitiger Vertrag, in welchem der Gläubiger seine Forderung gegen eine Gegenleistung aufgibt*» és másutt: «Erläss ist Aufhebung des Forderungsrechts durch den Willen des Gläubigers schlechthin». (u. o. 357. §.) De én az effélében szavakkal való játéknál egyebet nem láthatok. A datio in solutum, valamint a visszterhes elengedés esetében az adós (egyelőre a rendes esetről beszélünk, midőn adós és hitelező közt megy végbe az ügylet) mást szolgáltat, mint a mivel tartozik; mindkét esetben a hitelező ebbe beleegyezik; és mindkét esetben a joghatás az, hogy a kötelelem megszűnik. Hol hát a különbség? A datio in solutum esetében — mondja *Windscheid* — «teljesítés» történt: Mit jelent az: «teljesítés»? *Annak* szolgáltatása, a mivel az adós tartozik. De ha így van, akkor az adós, ki gabonával tartozott és kukoriczát szolgáltat, *nem* «teljesítette» a kötelmet; és ha a hitelező ebbe a nem-teljesítésbe belenyugszik, *mintha* az adós teljesített volna»: ez a nem-teljesítést nem teszi teljesítővé. A hitelező a maga akarata által ugyanazt a *joghatást* keltheti életbe, *mintha* az adós annak módja-rendje szerint teljesített volna, de az ő akarata a nem-teljesítést mindaddig nem teheti teljesítővé, a meddig a kukoriczából pusztá szava által gabonát varázsolni nem képes. Ez, azt hiszem, a trivialitásig világos. Hogy vala-

mely szolgáltatás, mely «an und für sich» *nem* teljesítés, «a hitelező által beléje fektetett erő folytán» (!) teljesítéssé válik, mint Windscheid mondja: ez jogi metaphysika, mely iránt nincs érzékem. Ha azt kérdezzük: *miért* szűnik meg a datio in solutum esetében a kötelem, azt kell felelnünk: mert a *hitelező* (az adóssal egyetértően) így akarja, csakúgy mint az elengedés esetében. A viszony még kétségtelenebb lesz, ha ezt a két kötelem szüntető tényét az igazi teljesítéssel (solutio) állítjuk szembe. Az igazi teljesítés esetében a kötelem megszűnik a *törvény erejénél fogva*, akár tetszik a hitelezőnek, akár nem, a datio in solutum és az elengedés esetében pedig megszűnik, csak azért és annyiban, a miért és a mennyiben a hitelező azt így *akarta*. Az ellenérték, a mit a hitelező ezen kötelem megszüntetésért a datio in solutum, vagy a visszerthes elengedés esetében kap, nem *oka* a kötelem megszűnésének, hanem *indoka* a hitelező megszüntető *akaratának*. a kötelem megszűnik, mert a hitelező lemond róla, a hitelező pedig lemond, mert az adós az ellenértéket szolgáltatja.

Míg így tekintve a dolgot, a datio in solutum és a vizsterhes lemondás *tényállása* lélektanilag ugyanegynek bizonyul: addig a római jog és nyomában a német kódex is, más-máskép szabályozta a kettő *joghatását*. A datio in solutum ugyanis érvényesen történhetik egy harmadik személy által is, az elengedési szerződés pedig csak hitelező és adós között mehet érvényesen végbe. A római jogban, ha egy harmadik személy az én adósságomat a hitelező kezeihez kiegyenlíti (akár solutio, akár — a hitelező beleegyezésével — datio in solutum útján): megszűnik a kötelem, tudtom és hozzájárulásom nélkül. Ez annyira áll, hogy ha rögtön a fizetés után mindketten meg is bánnák, a mit cselekedtek és a hitelező a fizetőnek ismét vissza is adná a fizetséget: ellenem többé nem fordulhat «in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest» (fr. 98. §. 8. D. de solut. 46., 3.). Mellesleg mondva, ez igen sajtászerű jogtétel és korántsem olyan magától érthető, mint a milyennek az ember az idézett római digestahely alapján hinni szeretné. Mert hiszen, hogy a végkép *megszűnt* kötelem (in perpetuum

sublata obligatio) többé fel nem ébreszthető, elég logikus; a kérdés azonban épen az, *miért* szűnik meg végképen az én adósságom az által, a mit az én hitelezőm és egy harmadik személy *négy szem főzött* végeznek és a miről nekem még tudomásom sincsen? Az a bizonyos jogi metaphysika persze ezt is meg tudja magyarázni: «Dass man die Schuld eines Dritten — mondja *Unger*^x — durch Zahlung tilgen kann, erklárt sich daraus, *dass man der Obligation hiemit den Lebensstoff entzieht: sie stirbt an Blutleere*». Az efféle képletes beszéddel, a mitől pedig csakúgy tarkálk az egész német dogmatikus irodalom, ideje volna már alaposan felhagynunk. Mit jelent az, hogy a kötelemtől elveszik az «életanyagát» és hogy «vértelenségben» múlik ki? És az efféle frázis «magyarázná» a mi jogtételünket? És ha a római jog a harmadik által történt fizetést (és a datio in solutumot) az adós tudta nélkül is, sőt *ellenzése dacára is* hatályosnak és visszavonhatatlannak jelentette ki: miért nem ismeri el hatályosnak a hitelezőm és a harmadik közt kötött *elengedési szerződést*?³

Bármint legyen: a római jog ezt így rendezi és a német kódex az ő nyomában jár: a fizetés és a datio in solutum történhetik hitelező és harmadik között is (267., 364. §§.), de az elengedés csak úgy hatályos, ha ez iránt hitelező és *adós* szerződnek: Das Schuldverhältniss erlischt, wenn der Gläubiger *dem Schuldner durch Vertrag* die Schuld erlässt (§ 397).

Itt is még egy kis kitérést kell tennem (pedig már eddig is elég nagy feneket kerítettem), mielőtt mindezekről a konklúzióra térnék. Az elengedés tudniillik bizonyos formában képzelhető a német törvény szerint a harmadik személy javára is. Tudniillik a következő okoskodás utján. A 328. §. általánosságban elismeri a harmadik személy javára szóló obligatorius szerződést:

¹ Verträge zu Gunsten Dritter 52. I. 76. jegyz.

² A harmadik személy javára szóló elengedési szerződés római jog szerint semmis. A mi kivételt e szabály alól a forrásokból felhordtak, csak látszólagos. L. *Krüger*: Exceptio dőli 119. kv. 11. *Unger* id. m. 51. s. k. 11.

«Durch Vertrag kann *eine Leistung* an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, *die Leistung zu fordern.*»

A 241. §. pedig megmondja, hogy «Leistung» alatt nemcsak tevést, hanem abbanhagyást is kell érteni:

«Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine *Leistung* zu fordern. Die Leistung kann auch in einem *Unterlassen* bestehen.»

Összevetve ezt a két szakaszt, kétségtelen, hogy a német kódex szerint is lehető, hogy a hitelező és egy harmadik személy kötnék oly szerződést, a melyben a hitelező *kötelezi magát* arra, hogy az adóstól egy bizonyos tartozás teljesítését *ne* követelje és ez a szerződés — ha a felek úgy akarják, (328. §. 2. bekezdés) — kihat az adósra is. De az ilyen *pactum de non petendo in favorem tertii* nem volna azonos a német kódex Erlass-jával, a melyet a 397. §. rendez. Mert ez utóbbi által, mihelyt a szerződés meg van kötve, a követelés *megszűnik*; az előbbi *nem* szünteti a követelést, hanem az adósra csak követelési jogot ad arra, hogy a hitelező őt meg ne támadja. Szóval a különbség olyan, mint a római *acceptilatio* és *pactum de non petendo* közt. Igaz marad tehát mégis, a mit mondtam, hogy a német kódex szerint elengedési szerződés (Erlass) a hitelező és egy harmadik között meg nem köthető.

Mindezekből pedig mi következik: Az, hogy a német kódexnek kár volt az *expromissió*ról, vagyis a nováló adósságátvállalásról meg nem emlékezni. Mert külön rendezés hiányában nem marad egyéb hátra, mint hogy az adandó esetben vagy a *datio in solutum*, vagy pedig a viszterhes elengedés schemájába belekonstruáljuk, pedig egyik *subsumptio*, mint láttuk, ép oly jó, mint a másik. Mégis az, a ki az előbbi *constructió*t választja, érvényesnek fogja elismerni az *expromissió*t, a másik pedig meg fogja tőle az érvényességet vonni. És így az *expromissio* hatályossága a német kódex szerint kétes marad.

De van egy önellenvetésem. A német kódex 364. §-a így szól:

«Das Schuldverhältniss erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungstatt annimmt.

Übernimmt der *Schuldner* zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er die Verbindlichkeit *an Erfüllungstatt* übernimmt.»

Ezen §. második bekezdése nem útmutatást ad-e a novatio (és vele az expromissio) mikénti konstrukciójára r Nem ad. Mert a második bekezdés annyit kétségtelenül mond ugyan, hogy az adós *fizetés fejében* (datio in solutumképen) vállalhat új kötelmet is; de nem mondja, hogy új kötelemnek a régi helyébe való vállalása mindig datio in solutumnak, nem pedig másnak mi nősítendő. És ilyet ha mondana is a törvény, nem lenne foganatja. Mert a törvény nem kötelez a maga elméleti konstrukcióinak követésére.

Az eddigiekben a novatio egyik esetéről, az expromissióról szoltunk és azon eredményre jutottunk, hogy az expromissiót kifejezetten rendezni kellett volna a kódexben. De ugyanez áll nézetem szerint az u. n. novatio simplex-re nézve is. Mert igaz, a novatio mint mondtam, egy bizonyos pontig a fizetés vagy vizsterhes lemondás schemájára vezethető vissza; teljesen azonban egyikkel sem esik össze. Ennek kimutatása eltérít ugyan egy kissé az adósságátvállalás themájától; de egy kissé össze is függ vele és ezért legalább megpedzem.

A mióta *Savigny* felállította a tételt, hogy a novatio nem egyéb mint a datio in solutum egyik esete (Obi. R. I. köt. 167. 1.), e tan minden ellenség daczára¹ felszínen maradt és így került bele — nyilván *Windscheid* befolyása alatt, ki Pandektáiban szintén ez álláspont felé hajlik (II. köt. 353. §. 3. jegyzet) — a német kódexbe is. A rokonság tagadhatatlan is; de nem kell szemet hunyni a különbség elől sem. Fizetés, lemondás esetében a régi kötelem megszüntetése a *czél*» novatio esetében csak *eszköz* a régi kötelmi viszonynak más alapon való *folytatása* céljából.

¹ L. ez ellen: *Brinz* Pand. II. köt. m. 1. *Bruns* Holtzend. Encycl. I. §. 66. *Karlowa* Rechtsgeschaft 234. 1.

Ha hitelezőmet kifizetem, akkor «végeztem vele» és *azért* fizetek, hogy «végezzünk»; ha novatiót kötök, akkor *új* alapon a «régiek» akarunk maradni. Ez a két ügylet pszichológiája, és e különböző belső tényállás más-más jogi rendezést is kíván. A pandekta-irodalomban régi ismeretes kontroversia az, vajon tujt kötelem terem-e a novatio esetében, vagy «átváltozik»-e csak a régi? Forráshelyet idéznek mindkét felfogás mellett. Az «új» kötelem felfogása mellett szól, hogy a források a novatiót többször a solutio-val hasonlítják össze, sőt egyenesen solutio-nak nevezik (Fr. 31. §. 1. D. de nov. et del. 46,2; Fr. 21. §. D. de annuis 33,1; Fr. 19. §. 4. D. de don. 39,5) — pedig ha a régi kötelem egyszer «ki van fizetve», akkor az, a mi utána jön, csakugyan «új». Szemben hivatkoznak a legális definitióra: novatio est prioris debiti in aliam obligationem *transfusio atque transtation* (Fr. 1. pr. D. h. t. 46,2) és egy csomó más hasonló helyre fi. összeállításukat: *Hruza Lehre v. d. Novation* 1881, 8. 1.), melyekben ttransferre» és «transire»-ről van szó: ime, mondják, e helyek szerint a novatio csak « változás». Nem hiszem, hogy az efféle bizonyítással sokra megyünk. És ha a két felfogás összeegyeztetésére könyveket irtak, melyek különféle fordulatokban azt a gondolatot variálják, hogy az ujitott kötelem «új» ugyan, de a réginek Hanyagából van alkotva,»^x ez értéktelen beszéd, mely ugyanabba a metaphorisáló jurisprudentia körébe tartozik, a melybe *Unger* fentidézett szava, hogy az idegen fizetés esetében a kötelem «vérszegénységben hal meg». Józan nyelven beszélve a dolog a következőben áll. A novatio megszünteti a régi kötelmet, csakúgy mint a fizetés — ezért beszélnek a források *so/utü-ról*. De az új kötelem, melynek ellenében a felek a régit megszüntetik, ugyanarra a célra irányul, mint a régi — és e cél azonossága szempontjából mondják a források, hogy az új kötelem csak a réginek *folytatása*. Ezért a szokásos definitio, a mint azt pl. Windscheid formulázza: «Novation ist Aufhebung eines Forderungsrechts

¹ *Kuntze Die Obligation* (1856) §. §3; «aus den Vermögensstoff der altén» *Liebe Die Stipulation stb.* (1840): «aus dem Rechtsstoff der altén» stb.

durch Begründung eines neuen» (Pand. II. §. 353.), — a dolognak csak egyik végét fogja meg. Mert e szerint a definitio szerint nsm látom, miért nem volna pl. az novatio, ha a bérlő, kinek a bérbevett jószág megtetszik, azt a tulajdonostól — a bérleti szerződés megszüntetése mellett — megveszi stb. Nem elegendő tehát, hogy a felek a régi kötelmet az újnak megalapítása ellenében megszüntessék, hanem kell, hogy az új kötelem tárgya (czélja) *lényegileg ugyanaz legyen, mint a régié*, más szóval, hogy az új kötelem a felek gyakorlati szándéka szerint mint a réginek *más jogi alakban való folytatása* szerepeljen.

Ijy tekintve a dolgot, nem fogható a novatio a datio in solutum, — sem pedig, tegyük hozzá: a viszterhes lemondás — kalapja alá. Ez elütő felfogásnak pedig vannak gyakorlati folyományai is, melyek közül csak egyet akarok felemlíteni. Ha a novatio a régi kötelmet épen úgy megszünteti, mint a fizetés vagy a lemondás, akkor vele megszűnik szükségképen a régi kötelem biztosítására szolgáló zálogjog is:

§. 1252: Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht.

Ámde e következmény túrhetetlen. A hitelező, a ki adásával hosszabb időn át zálogi biztosíték mellett üzleti összeköttetésben állott és vele véglegesen leszámolván, követelését közjegyzői okiratban elismerteti, vagy az elismert egyenlegösszegért váltót adat magának: miért vesztse el a kezében levő zálogjogot? Az efféle a feleknek, mikor a régi adósság ujításaképen váltót adnak-vesznek, eszük ágába se jut. A hitelező, a ki váltót kér, azt gondolja, hogy követelése ezentúl *jobban* van biztosítva, mint volt azelőtt — és fel nem foghatja, ha később megtudja, hogy a mit a váltón nyert, a zálogon vesztette. A római jog nem is járt el ily formalistikusan. Megengedte, hogy a felek a novatiókor kikössék, hogy a régi kötelem megszűnése daczára a *régi zálogjog fenmaradjon»* (Windscheid Pand. I. §. 233. b). Ez bizonyára nem nagyon logikus. Mert a zálogjog járulékos jog, és e felfogás szerint oly zálog-

jog, mely követelését túléli, a Péter Schlemil jogi megfordítása: árnyék, mely emberét vesztette. Csakhogy az ilyenekben mutatkozik, hogy a római joir szerint a novatio csak formailag megszűnés, gyakorlatilag *folytatás*. És azért az új követelést mégis a régi zálogjogból, tehát a régi követelés sorrendjében stb. rendeli a zálogtárgyból kielégíteni. A német kódex szerint a felek ilyen meg nem állapíthatnak, mert hiszen szerinte a novatio = fizetés, kifizetett követelésnek zálogjoga pedig megszűnik és ezért át nem ruházható. Ez logikusabb, de gyakorlatilag sokkal gyengébb, mint a római jog szabálya. Sőt nézetem szerint még a római jognál is tovább kellett volna menni és kimondani, hogy a személycsere nélküli novatio esetében a novait követelés biztosítás sara fenálló zálogjog *szabályszerint* fenmarad, hacsak a felek *máskép* meg nem állapodtak. Az ilyen törvényes vélelem tiz esetből kilencszer találná el a felek igaz gondolatát, mert ezek a novatio által rendszerint *biztosítani* akarják a kötelmet, nem *gyengíteni*. A német kódex, mely a novatiót még névszerint sem ismeri, még e kérdés feltevésére sem juthatott.

Ámde elég lesz ennyi azon adósságvállalási formáról, mely a német kódexben *nincsen* szabályozva: az expromissióról. És mostan térjünk át arra, a mi a kódexben *benne van*.

§ 414.: Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

Elemezzük e két tételt. Első elemzésre a következő két tételre oszlik:

1. Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger . . . übernommen werden;

2. in der Weise, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

E két tétel közül a második több okból hibás. Először felesleges. Mert az, hogy a harmadik az adós adósságát «átveszi» ugyanazt fejezi ki, mint az, hogy a harmadik az «adós helyére lép»: mind az «átvétel», mind a «helyére lépés» a *successiót* akarja kifejezni. Ezért más helyeken is él

a kódex a *successio* kifejezésére az «át vétel» vagy hasonló szóval, a nélkül hogy a helyére lépés» megtoldását szükségesnek látná. Több példa helyett:

§ 929. Zur *Übertragung des Eigentums* ... ist erforderlich, dass . . . beidé darüber einig sind, dass *das Eigentum übergehen soll* (nem: in der Weise, dass stb.).

§ 1922. Mit dem Tode einer Person *geht* deren Vermögen . . . auf . . . (Érben) über.

§ 1942. Die Erbschaft *geht* auf den berufenen Erben . . . *Über*.

§ 419. *Übernimmt* Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen stb.

Ha mindez (és hasonló számos) esetben az «übergehen, übernehmen» szó a *successiót* kifejezte és nem kell a hozzátétel «in der Weise, dass stb.», akkor nem kellett a fenti §-ban sem.

Vagy nemcsak a *successiót* fejezi ki az elő mondat, «übernehmen» szava? De ekkor az utómondat épenséggel helytelen. Mert ekkor az adósságátvállalást, mely, ha az előmondat egymaga állana, helyesen úgy *successio*, mint *novatio* formájában volna elismerve, helytelenül a *successióra* szorítja az utómondat. Mert tényleg, ha e §. csak így szólna:

Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger übernommen werden», akkor e §-ból talán még ki lehetne olvasni a mi fenti szabószámla-átvételünk mindkét elismerését. De az «in der Weise stb.» hozzátétel határozottan a *successióra* szorítja, úgy hogy per argumentum a contrario azt kell belőle kiolvasni, hogy más mint *successio* útján *nem* lehet a más adósságát átvállalni, a mi pedig helytelen.

De még más okból is aggályos az utómondat. A kódex ugyanis ez utómondattal állást foglal egy elmélet mellett, mely az irodalomban a legvitásabbak közé tartozik, állást foglal mellette a nélkül, hogy szükség volna rá. A kötelemtódlás elméletét értem. Mindenki tudja, hogy a jogelméletben a mai napig vitás: van-e, nincs-e utódlás a kötelemben? *Alühlenbruch* tana, hogy a *cessio* esetében nem maga a követelési jog száll át az engedményesre, hanem csak gyakorlása a jognak, még mai napig is széltében járja az irodalomban,

sőt Windscheid e tant még mindig «uralkodónak» mondja (Pand. II. § 329. 19. jegyz.). Még kérdésesebb pedig, mint a követelésbe való successio, az adósságba való successio, a melynek gondolatát még oly józan és gyakorlati szemű jogász mint Báhr Ottó is (Zur Beurteilung des Entwurfes stb. 49. l.) «jogi lehetetlenségnek» nevezte. Én e vitát — minden jogelméleti érdekessége mellett — gyakorlatilag teljesen meddőnek tartom, mint azonnal látni fogjuk. De épen ezért: mi szüksége volt a német kódexnek e vitában állást foglalnia?

Mily kevésbé fontos e vita gyakorlati szempontból, kitűnik a következőből. A római jog — ebben körülbelül egyetértés van — nem ismerte az adósságba való successiót, hanem azt az u. n. *titulált novatio*val pótolta. Ha ugyanis valaki a más adósságát át akarta vállalni, stipulatiót kellett kötnie a hitelezővel és e stipulatio (expromissio) által per novationem a régi adós tartozása megszűnt és helyébe az új obligatio ex stipulatu lépett. Ám ez kétféleképpen történhetett. A hitelező vagy így formulázhatta a stipulatio-kérdést: *Centum, quae Titius ex causa venditi fundi Cornelian mihi debet» dare spondes?* — ez esetben az átvállaló feltétlenül százzal lett adósa a hitelezőnek, és többé a Titius személyéből semminemű kifogással nem élhetett. Ha azonban így kérdezett a hitelező: *Quidquid Titius ex causa etc. . . mihi debet dare spondes?* — ez esetben az átvállaló csak annyiban és annyival vált adósává a hitelezőnek, a mennyiben és a mennyivel Titius tartozott. Ha az *ilyen* stipulatio alapján fellépett a hitelező az átvállaló ellen, akkor kettőt kellett bizonyítania: először expromittált-e az alperes? és másodsor: mennyi volt a Titius adóssága? E második tekintetben tehát alperes a perben előhozakodhatott mindazokkal a kifogásokkal, a mikkel maga Titius élhetett volna és így *gyakorlatilag* alperes teljesen úgy állott, mintha Titius jogutódja (successora) lett volna. Formailag nem volt jogutód, mert hiszen ellene nem az actio venditi-t, hanem az actio ex stipulatu-t indította a felperes, de tartalmilag olyan volt a jogállása, mint az igaz jogutódnak. Így volt a római jogban. Így van-e manap is? Ez az a kérdés, a mely körül,

a mióta *Dellbrück* (Die Übernahme fremder Schulden stb. 1853) az első lökést megadta, egész irodalom harcol. Akik a kötelemben való utódlást «fogalmi lehetetlenségnek tartják, mint *Kuntze* (Obligation u. Singularsuccession 324/25. 1.), *Bähr* (Jahrb. f. Dogm. VI. köt. 171/72. 1., Arch. f. civ. Pr. 67. köt. 183/84. 1.), sőt még az ötvenes évek elején úgyszólván az egész világ: azok természetesen az adósságvállalást ma sem ismerik el successiónak; viszont *Windscheid* ^ki azonban első irodalmi korszakában ugyancsak amaz-előbbi nézet híve volt),¹ *Brinz*, *Gürgens* és utánuk egy sereg író az utódlást hirdetik. Mármost látnivaló: ez az egész nagykiterjedésű és szenvedélyes irodalmi vita egy olyan probléma körül forog, melyet a német bölcsélet nyelvén «erkenntnistheoretisch»-nek lehetne nevezni. Itt tisztán egy tüneménynek elméletileg helyes kategorizálásáról van szó, gyakorlati következményeiben azonban mindkét felfogás egyetért. A dolog gyakorlati magva tudniillik a következő kérdésben áll: élhet-e az átvállaló ugyanazokkal a kifogásokkal, mint az eredeti adós? Minthogy pedig e kérdésre mindkét párt igennel felel, puszta szóvita marad, vajon jogautódnak nevezzük-e az átvállalót vagy önálló jogalapú adósnak: A német törvénykönyv ezen egyedül fontos kérdésre külön §-ban meg is felel:

§ 417. Der Übernehmer kann dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben.

Ezzel pedig meg van mondva minden, a mit mondani kellett. Hogy *miért* élhet az átvállaló e kifogásokkal? azért-e, inerte ő valóságos jogutódja az eredeti adósnak vagy más okból-e? — ezt kisütöni a doctrina feladata, ez konstruktív

¹ *Windscheid* az 50-es évek elején még így írt: «Die Obligation ist so fest an die Person des Gläubigers und Schuldners geknüpft, dass sie von ihnen nicht getrennt werden kann, ohne unterzugehen. Eine Übertragung derselben ist nur in der Weise möglich, dass der Gläubiger die Ausübung seines Forderungsrechtes einem andern zu eigenem Rechte «überträgt» (Krit. Übersicht I. köt. 27. és 28. 11.). Később az ellenkező nézetre tért: Die Actio stb. 148. kv. 11. Pand. II. § 329.

kérdés, melyre a törvénykönyvnek nem kell megfelelnie, és ha meg is felel, nincs foganatja, mert nem kötelez.

Ezzel a 414. §. tárgyalását befejeztük. Térjünk át a 415. §-ra, mely e kérdés sedes materiseja.

§ 415. «Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Bis zur Genehmigung können die Partéien den Vertrag ändern, oder aufheben.

Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Fordért der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erk árung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.»

Elemelve e §-t, jöjjünk tisztába először is *tényállása*, azután pedig *joghatása* tekintetében. *Tényállását* a §. Így írja körül: «Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart». A tényállás tehát abban áll, hogy az adós és a «harmadik»^x megállapodnak abban, hogy adósságátvállalás történjék. Ez magában véve kétfélét jelenthet: vagy azt, hogy megállapodnak, hogy a harmadik az adósságot (a hitelezővei kötendő ügylettel 414. §. szerint) át *fogja* vállalni; vagy azt, hogy megállapodnak abban, hogy az adósságátmenetel *már most végbemegy*. E kettő közül melyik a 415. §. tényállása? Az *utóbbi*. Ezt mutatja a) a «Schuldübernahme» szó használata. Minthogy ugyanis ezt a szót használja a 414. §. tényállásának jelölésére is, ugyanaz a szó pedig különböző két tényállást nem jelenthet; mint-

¹ «Harmadik» alatt a német qodex a fenálló jogviszonyon kívül álló személyt érti: v. ö. 122., 123.,² 167., 171. §§-ok.

liogy továbbá a 414. §-ban a «Schuld übernehmenw kifejezés nyilván nem kötelmi szerződést (pactum de succedendo) "hanem nyomban realizálódó (u. n. «dologi») utódlási szerződést (pactum successorium) jelent: ennél fogva ugyanily tartalmúnak kell lenni a 415. §. esetében végbemenő megállapodásnak is. Ezt mutatja *b)* az is, hogy e megállapodás érvényességéhez a hitelező beleegyezése («jóváhagyása») kívántatik, holott a harmadik részéről történő *kötelevállaléshoz* nyilván senkinek jóváhagyására szükség nincs.

A tényállás tehát, melyet a 415. §. feltesz, az, hogy az adós és a harmadik megegyeznek: nem abban, hogy a harmadik magát valamire *kötelező*, hanem abban, hogy *mostantól fogva az adós nem többé adós, hanem helyette adós a harmadik.*

Már most *ilyen* tényállás, *ilyen* tartalmú megegyezés úgyszólván sohasem fordul elő a felek közt; és ezért, ha szorosán akarnók venni a 415. §. feltételezte tényállást: e §-t úgyszólván sohasem lehetne alkalmazni. Józan emberek sem nem kivannak egymástól, sem nem Ígérnek egymásnak olyat, amiről tudják, hogy nem adhatják. Már pedig az adós is tudja, a harmadik is tudja, hogy ők egymás között az adóscserét el nem végezhetik. Ezért, amiben a felek az «adósságátvállalás» neve alatt megegyeznek, nem a ((nyomban végbemenő» adóscserében szokott állani. Hanem megegyezésük értelme az szokott lenni, *a)* hogy az adós tartozását a harmadik *fogja* rendezni és *b)* hogy ezt előkészítőleg a tartozást közvetlenül a hitelezővel szemben át *fogja* vállalni. A harmadik tehát csakugyan *kötelezettséget* vállal és az adós ezt a *kötelezettségvállalást* fogadja el; maga az *utódlás* mint «dologi» ügylet nem az adós és a harmadik, hanem a harmadik és a hitelező között megy végbe.

Hogy ímhol van az igaz tényállás; hogy ez az, mi a felek szokásos szándékának megfelel: teljesen a német törvényhozó sem ismerte félre. A 415. §. 3. bekezdése szerint ugyanis: az adós és a harmadik között végbemenő adósságátvállalásban benne van annak átvállalása is «hogy a harmadik .az adós hitelezőjét ki fogja elégíteni. Honnan vette ezt a törvényhozó? Nyilván a felek szándékából, melyet ez a

szabály csak megértelmez. A kifejtettük valódi tényállás^a alatti részét fenforgónak látja tehát a német törvény is. Ami pedig a fent *b)-vel* jelölt tényállást illeti: a törvény, bár a tényállás ezen részét másképp nézi, mint mi, a jogkövetkezményeket (mint látni fogjuk) mégis több tekintetben úgy szabja, mintha a tényállás ezen részét is a mi szemüvegünkön keresztül nézte volna. Ez a körülmény, valamint az, hogy a tényállás a 415. §-ban nincs tüzetesen körülírva, hanem e kétértelmű kifejezéssel «wird die Schuldübernahme *vereinbarh* eltakarva, gyakorlatilag némileg ellensúlyozzák a tényállásbeli tévedést. A gyakorlat ugyanis előreláthatólag nem igen fogja kutatni: «dologi »» szerződést akartak-e a felek vagy kötelmit, hanem alkalmazni fogják a törvényt, mihelyt a felek adósságátvállalásban «megegyeztek». De azért a tényállás ferde szemlélete hatással volt mégis a jogkövetkezmények szabályozására is. Ez átvezet a 415. §-ban szabályozott *jogkövetkezmények* elemzésére.

1. «Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, *so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab.*» Minthogy a harmadik — a törvény felfogása szerint — nem *kötelezi* magát az adósság átvállalására, hanem azt nyomban *átvállalja*, és minthogy az adós nem felszabadítást *követel* a harmadiktól, hanem legott maga-magát *szabadítja*: az ügylet a hitelező beleegyezése nélkül érvényesen meg nem történhetik. Az ügylet tehát csak úgy érvényes (hatályos), ha a hitelező «jövőhagyja»; ha nem hagyja jóvá, akkor érvénytelen (hatálytalan).¹

Ez ellen két ellenvetés van. Egy az, hogy az adósságátvállalási szerződés, még ha nem is jön meg a «jövőhagyás», *nem* hatálytalan. Mert ez esetben is megmarad az a hatálya, melyet a § 3. bekezdése körülír: hogy a harmadik a hitelezőt *kielégíteni köteles*.

¹ A német codex nem különböztet «érvényesség» és «hatályosság» közt. A mit az első javaslat még «Ungültig»-nek nevezett (§. 108—114.), az a törvényben «Unwirksam»-má lett (pl. in. f. 174., 319., 779., 025.^a 1831. §§.) A 122. és 308. §-ban olvasható «Gültigkeit» nyilván csak fele—désből maradt meg; az is helyesen a törvény nyelvén: «Wirksamkeit» — *Endemann Einführung* 3. kiad. 1. köt. 317 l.

Sőt egy másik *feltétlen* hatását is kellene elismerni véleményem szerint ez ügyletnek. A hitelező többnyire csak úgy lesz hajlandó az adóst az obligóból kiengedni, ha az átvállaló az átvállalást közvetlenül *vele szemben* elismeri (és látni fogjuk, hogy ezt igen okosan teszi). Ami jelzálogintézetekünk például — igen helyesen — csak úgy engedik ki a jelzálogadóst az adósságból, hogyha az új tulajdonos egy külön «átvállalási nyilatkozatot» ír alá. Köteles-e az átvállaló ezt aláírni? A német 415. §. szóhangzata szerint erre *nem köteles*. A hitelező e §. szerint vagy «jóváhagyja» az adós és átvállaló közt kötött szerződést, vagy nem hagyja jóvá — feltételek szabására sem a hitelező nincs jogositva, sem teljesítésére az átvállaló nem köteles. Nem tudom, ily mereven fogja-e értelmezni a gyakorlat e §-t; de ha így értelmezné, megsínylené a gyakorlati élet. Mert az adósságátvállalási szerződésre is áll, amit a 157. §. mindennemű szerződés főértelmezési szabályául felállít: «Vertragé sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.» Már pedig forgalmi szokás — és mint látni fogjuk, igen értelmes szokás — hogy a hitelező azt követeli, hogy a harmadik közvetlenül *vele szemben* ismerje el az adósság átvállalását. Más szóval: a harmadik köteles arra, hogy a hitelező kívánságára vele a 414. §. szerinti adósságátvállalást megkösse. Ezzel a harmadik új terhet nem vállal magára, szóra érdemes fáradsztásával nem jár, megtagadása merő ujjhuzás volna az átvállaló részéről. Ez is tehát az adósságátvállalási szerződésből folyó *feltétlen* kötelezettség, mely a hitelező «jóváhagyásától» független. E szerződésnek tehát vannak *inter partes feltétlen* hatásai és ennyiben a jelennél pontosabb volt az első javaslat szövege (315. §.): «Ein solcher Vertrag wird für und gegen den Gläubiger erst mit dessen Genehmigung wirksam».

Második ellenvetésem: ez az u. n. «jóváhagyás» nem jóváhagyás. A jóváhagyás tisztán egyoldalú jogügylet, amelynek meg- vagy meg nem adása proprio motu történik: a jelen §. «jóváhagyása» csak akkor történhetik érvényesen, ha a felek valamelyike a hitelezőt erre *felszólította*. Ha valamely ügylet, melynek érvénye más valakinek jóváhagyásától

függ, megkötöttet, akkor a felek mindaddig, míg a jóváhagyás kérdése el nem dől, kötve vannak: a jelen §. esetében a felek a szerződést megváltoztathatják vagy megszüntethetik. Ennyiben a törvény, érezve, hogy a «jóváhagyás» kategóriája itt gyakorlatilag ki nem elégítő következményekre vezet, tényleg *más* szabályokat alkalmazott és jóváhagyásnak *nevezett* olyasmit, ami nem az. Amennyiben pedig — más tekintetben — komolyan alkalmazta a «jóváhagyás» szabályait: gyakorlatilag elvetette a sulykot, mint látni fogjuk.

2. «Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgetheilt hat.»

Amit az imént az előbbi pont végén mondtunk, mindjárt e helyütt válik meg. Ha a «jóváhagyás» kategóriáját komolyan akarták volna alkalmazni, meg kellett volna adni a hitelezőnek a jogot, hogy bármikor, bárhogyan értesül az adós és a harmadik közt létrejött szerződésről: jóváhagyását kijelentse és ez által «hatályossá» tegye az adósságba való utódlást. így tanítják is *Windscheid* és követői, mint láttuk.¹ A német törvény ezt nem követte és helyesen, mert ez a gyakorlatban túrhetetlen volna. Mi köze is van a hitelezőnek ahhoz, amit az adós és a harmadik egymás között megállapított szóhoz? Hiszen, amiben megegyeztek, azzal saját érdeküket kivánták szolgálni, nem pedig a hitelezőét; és ha későbben — sőt talán nyomban a kötés után — másban látják érdeküket: igazságos-e, hogy amaz megakaszthassa?

Ezt megfontolva, e §. csak akkor adja a hitelezőnek a jóváhagyás jogát, ha az adós vagy a harmadik őt az adósságátvállalásról *értesítette*. Amennyiben az értesítés az átvállaló részéről történik, csak a kifejezés ellen van kifogásom, mert az «értesítés» valóságban nem értesítés, hanem *ajánlat*, ép úgy mint a hitelező «helybenhagyása» nem helybenhagyás, hanem *elfogadás*. De hogy az «értesítés» jogát megadta az *adósnak*

¹ Fr. 23. (24.) de neg. gest. 3, 5.; *Windscheid*: Pand. I. § 74, 4» Jegyz-

² *Windscheid*- Pand II. § 338. 7. jegyz.

is, gyakorlati hibának tartom. Mert ennek tni lesz a következése? Az, hogy az adós, kinek hiszen eminens érdekében van, hogy a hitelezőnek «jóváhagyása» által adóssága alól szabaduljon, «értesíteni» fogja őt a harmadikkal kötött átvállaló szerződésről, a hitelező jóvá fogja hagyni és csak később — talán hónapok vagy évek múlva — midőn a hitelező a harmadik ellen fordul, sül ki, hogy a szerződés valami hibában szenvedett, megtámadtatik, stb., a hitelező pedig, ki az értesítésére adott adósságátvállalás folytán az adóst a kötelemből kiengedte, két szék között a földön ül. A jogbizonytalanság, amelybe a hitelező ily esetben jut, oly szembeszökő, hogy el se képzelhetem, hogy értelmes hitelező az adós «értesítésével» beérje. Hiszen, bármi hiteles alakban mutassa is be az adós az átvállalóval kötött szerződést: a hitelező sohasem tudhatja, meg volt-e a harmadikban a cselekvőképesség, tévedés, csalás, kényszer nem játszott-e közbe, a felek utóbb nem léptek-e vissza a szerződéstől stb., pedig világos, hogy ha a törvény szerint az átvállalás *alapjául* fekvő jogviszonyból nem is kovácsolhatni kifogást (417. §. 2. bek.): magának az *átvállalást ügyletnek* hibái a hitelezővel szemben is fel *kell* hogy hozathassanak. A gyakorlatban ezért tudtommal elő sem fordul, hogy a hitelező tisztán az *adós* értesítésére kiengedje őt a kötelemből, hanem a hitelező, mielőtt ilyet tenne, közvetlenül az *átvállalóval* szokta magát érintkezésbe tenni és, mint látjuk: okosan. Ezt a praxist fogja követni, alighanem, a német üzleti élet ezentúl is, az adós «értesítése» pedig papirosjog fog maradni.

Másban is hibintottak a «jóváhagyás» szóval. A «jóváhagyás» csak utólagosan adható; de hátha a hitelező már *előzetesen* vagy a főszerződéssel *egyidejűleg* egyezik az adósságátvállalásba? Bármi hihetetlen is: a német kódex szerint az ilyen adósságátvállalás érvénytelen. A törvénykönyv ugyanis két nemét különbözteti meg a beleegyezésnek: az előzetest [*Einwilligung* § 183) és az utólagosát [*Genehmigung* §. 184); mindkettőt közös névvel *Zustimmungnak* nevezi: § 183: «Die vorherige Zustimmung (Einwilligung)», §. 184: «Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung)». Már most a 415. §. első mondata szerint az adós és a harmadik között megállá-

pitott adósságátvállalás érvénye a hitelezőnek nem «Zustimmung»-jától, hanem «Genehmigung»-jától függ, és ez a «Genehmigung» — mint jelen tételünkben olvassuk — a megkötött szerződésről való értesítés *előtt* érvényesen meg sem adható; tehát *kélszer* is meg van mondva, hogy a hitelező beleegyezése csak *utólag* történhetik. Még kétségtelenebb lesz a dolog, ha összevetjük a 182. §-t:

§ 182: «Hängt die Wirksamkeit eines Vertrag-svon der *Zustimmung* eines Dritten ab (so kann die Ertheilung sowie die Verweigerung der *Zustimmung* sowol dem einen als dem anderen Theile gegenüber erklärt werden)».

a 415. §-al: ... So hängt ihre Wirksamkeit von der *Genehmigung* (= *nachträgliche* *Zustimmung* § 184) des Gläubigers ab».

Amily kétségtelennek látom ez eredményt, oly kevésbé hihetem, hogy a szerkesztők ezt így *szándékolták*. Mi oka és mi célja is lehetne annak, hogy a hitelező csak *utólagosan* járulhasson az adósságátvállaláshoz? Óvatos emberek nem kötnek feltételes ügyletet, ha feltétlenül is köthetik. Az óvatos vevő ezért a vétel megkötése *előtt* fogja megkérdezni a hitelezőt, hajlandó-e őt az eladó helyett adósául elfogadni? Ha pontos ember, talán levelet is fog magának adatni, melyben a hitelező kijelenti, hogy az esetre, ha a czimzett ennyianyi idő alatt azt a bizonyos házat megveszi, a bekeblezett x forint erejéig őt a jelen adós helyett személyes adósul elfogadja, stb. Es az ilyen levél hatás nélkül való legyen? Mire való volna ilyenkor utólag *még egyszer* kérni a hitelező beleegyezését? Itt, úgy látszik, szerkesztési hiba esett és a §. *első* mondatában a «Genehmigung» helyett «Zustimmung»-ot kellett volna írni.

További baja a «jóváhagyásnak», hogy a hitelező a «jóváhagyást» nem köteles *azon féllal szemben* kijelenteni, ki őt az adósságátvállalásról «értesítette». E szerint: az átvállaló levélben értesíti a hitelezőt az adósságátvállalásról és kéri, hogy azt «legkésőbb 14 nap alatt» jóváhagyni szíveskedjék. A 14 nap elmúlik, válasz nem jön. A törvény szerint a jóváhagyás, ha az értesítő fél által tűzött határidőben meg nem adatik, megtagadottnak veendő. Utóbb kisül, hogy a hitelező

a 14 napon belül az *eladónak* megmondta, hogy a dolgot jóváhagyja. Megfelel ez a forgalomban megkívántató jóhiszemnek és szabad-e a törvénynek az ilyet szentesíteni? Ez is, azt hiszem, szándékolatlan következménye annak, hogy a törvényszerkesztők a «jóváhagyás» kategóriájával operáltak. Mikor ugyanis a «jóváhagyás és beleegyezés» fejezetét (182 —185. §§.) kidolgozták, azt a rendszerinti esetet tartották szem előtt, amidőn a jóváhagyás önként, felszólítás nélkül, történik; ilyenkor persze a szerződés jóváhagyása bármely szerződő féllel szemben történhetik (182. §.) — hisz semmi ok sincsen, miért hogy épen csak az egyik vagy a másik irányában r Az adósságátvállalásnál azonban az értesítés (eltérőleg a jóváhagyás többi eseteitől) *szükséges* előfeltétele a jóváhagyásnak; ide azért a 182. §. szabálya már nem illik, de minthogy a törvény «jóváhagyásról» szól, ennek általános következményeként meghagyták.

3. «Bis zur Genehmigung können die Partéiën den Vertrag ändern oder aufheben.»

A törvény nem követte azok tanítását, kik — mint Windscheid és Regelsberger (Arch. f. civ. Pr. 67. k. 36. 1.) — a hitelezőnek nyomban az adós és a harmadik közti szerződés megkötése után megadják a jóváhagyás jogát, úgy hogy a szerződéstől, mihelyt azt megkötötték, a hitelező beleegyezése nélkül sem vissza nem léphetnek sem rajta nem változtathatnak. Ezt a tant, mondom, a törvény nem követte, még pedig, mint láttuk, helyesen. De a fenti tétellel az ellenkező hibába esett. A törvény szerint a felek nemcsak az értesítések *előtt* nincsenek a hitelezővel szemben kötve a szerződéshez (ami helyes), de nincsenek kötve az értesítés *után* sem mindaddig, míg a jóváhagyás meg nem érkezik. De akkor mire való az egész «értesítés»? Az «értesítés» követelménye azon megfontoláson alapszik, hogy az adós és a harmadik azzal, a mit *egymás közt* kicsinálnak, kezüket a *hitelezővel* szemben nem akarják megkötni; hogy méltánytalan volna, ha a hitelező jogot akarna formálni olyan ügyletből, a melyet amazok *egymás közt*, nem pedig a *hitelezővel* szemben, a *saját* érdekükben, nem pedig a *hitelezd* érdekében kívántak kötni. De az «értesítés»-sel a helyzet változik.

A szerződés most többé nem magánügye a két szerződő félnek. Az értesítő fél belevonta az ügybe a hitelezőt is azzal, hogy a szerződést «hagyja jóvá». A hitelező itt méltán kívánhatja, hogy az ilyen értesítésbe bízassék is és ha az ügy megfontolása után azt közli az értesítővel, hogy a szerződést «jóváhagyja», ez ne vághasson vissza azzal, hogy a szerződést időközben visszaszívták.

Ha az átvállaló a 414. §. értelmében átvállalási *ajánlatot* tesz közvetlenül a hitelezőnek, akkor az ajánlattevő ajánlatához kötve marad (§ 145.). Már pedig az «értesítés» is — mint kifejtettem — igazában *ajánlat* és tényleg: a kötöttség itt gyakorlatilag époly méltányos és époly szükséges mint minden ajánlat esetében. Hiszen a kettő a gyakorlatban meg! sem lesz különböztethető. Vegyük a következő esetet:

Egy a csőd küszöbén álló adósnak, X-nek hitelezője a következő köröz vényt kapja: «Tisztelettel értesítem, hogy X. rokonom adósságait rendezendő, vele ma Y. közjegyző előtt ... szám alatt szerződést kötöttem, mely szerint A gyáranak átvétele ellenében köteleztem magamat, hogy összes üzleti adósságainak 75%>-ját mint egyedüli személyes adós kifizessem, azon feltétel alatt, hogy az összes hitelezők beleegyeznek abba, hogy ezen 75% erejéig engem kizárólagos adósnak elfogadnak, a hátralékos 25%-ot elengedik és X-et eddigi kötelezettségéből végképen kibocsátják. Midőn megjegyozném, hogy uraságod követelése az üzleti könyvek szerint 1000 frtot teszen, tisztelettel kérem, hogy a fenti megállapodáshoz hozzájárulni és elfogadó nyilatkozatát 8 nap alatt hozzám juttatni szíveskedjék. Tisztelettel Z.» A hitelező kellő időben elküldi igenlő válaszát, mire a második levelet veszi: Becses levelére értesítem, hogy a benne foglalt nyilatkozatát tudomásul nem vehetem, minthogy az előbbi levelemben foglalt megállapodástól a körözüvény szétküldését követő napon visszaléptünk.»

Érvényes ez a visszalépés? Ha *ajánlatnak* minősítjük az első levelet, akkor érvénytelen (145., 148. §§.); ha *értesítésnek*, akkor hatályos (415. §.). Pedig melyik a kettő közül? — , ezt önkény nélkül eldönteni nem lehet. A levél *szavat* persze nem határoznak, különben is olyanok, hogy mindkét értel-

mezesre nyújtanak támaszt («*értesítem*» — *elfogadó* nyilatkozatát»). Az alapul fekvő közjegyzői okirat sem segíthet az értelmezésen. Mert mellőzve azt, hogy ez okirat a hitelezővel nem közöltetvén, vele szemben csakis a hozzá intézett levél tartalma mértékadó: a levél annyiban is független a közjegyzői szerződéstől, hogy bárminek értelmezzük is az utóbbit (a 415. §. szerinti «dologi» adósságátvállalásnak a német törvény értelmében, vagy csak a 414. §. szerinti ügyletre kötelező szerződésnek) — az «*ajánlat*» mindkét esetben egyformán lehetséges. Ha pedig a levélíró «intentióját» keressük, az a 415. §. szerinti «*értesítés*» és a 414. §. szerinti «*ajánlat*» esetében ugyanegy: ő tudja, hogy ha a hitelező a levél tartalmába «beleegyezik» (vagy «tudomásul vészit vagy «elfogadja» vagy «helybenhagyja» vagy «jóváhagyja» s a többi — a kifejezés nem határoz), akkor az adóscsere megtörtént, ha megtagadja, akkor nem történt és tudja továbbá, hogy ezt a lehetőséget saját elhatározásából ő adja oda a hitelezőnek: ebben pedig benne van minden kritériuma az ajánlatnak. Ezért bárminek minősítjük a törvény terminológiája szerint a fenti első levelet, a visszalépésnek szerintem hatálytalannak kell lennie.

Míg a fenti tétel, imígyen szemlélve, igazságtalan a hitelezővel szemben, kit a felek ingatagságának tesz ki: addig másfelől igazságtalan az «*értesítő*» féllal szemben is, amennyiben a hitelező «jóváhagy ásat» *időhöz nem köti*. A mi felfogásunk szerint az «*értesítés*» csak mint ajánlat kötelező, és ezért csak addig köti az értesítőt, mint minden más ajánlat. És ez igazságos is. Ha a hitelezőnek megengedjük, hogy hallgatása által az adósságátvállalás hatályát neki tetsző ideig függőben tartsa, akkor az értesítésre egyszerűen hallgatni fog és ez által eléri, hogy in infinitum választhat az adós és az átvállaló között, más szóval: eléri végeredményben majdnem ugyanazt, mintha a felek *cumulative* akarták volna az adósságátvállalást, nem pedig *privative*. Így előállhat az az eset, sőt ez az ingatlan forgalomban igen gyakori, hogy pl. egy ház öt-hat vevő kezén megy keresztül egymás után, a vevők egymás után átveszik a vételár fejében a betáblázott adósságot és erről módja-rendje szerint

értesítik a hitelezőt, a hitelező pedig egyiknek sem felel, hanem nyugodtan őrzi az értesítő leveleket, hogy azután, a mikor a követelés behajtására kerül a dolog, azt válaszsza ki az öt-hat adós-jelölt közül, aki jobban tetszik. Pedig ezt nyilván nem így gondolták a felek: ők nem a hitelező helyzetén akartak javítani, hanem a magukén.

4. «Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt.» Ha ajánlatnak fogjuk fel az értesítést és elfogadásnak a jóváhagyást, akkor e tételre szükség nincsen, mert minden ajánlat — a német kódex 146. §-a szerint — hatályát veszti, ha kellő időben el nem fogadtatik vagy ha visszautasítottatik. A német törvénykönyv konstrukciója szerint persze e tétel szükséges; mert abból, hogy a jogosult fél a «jóváhagyást»-egy ízben megtagadja, még nem következik, hogy azt másod ízben ne pótolhassa; sőt az első javaslat (315. §. 2. bek.) az egyszer megtagadott jóváhagyás utólagos pótlását kifejezetten megengedte. A helytelen konstrukció tehát itt oly tétel felállítását tette szükségessé, mely helyes konstrukció mellett magától volt érthető. Egyébiránt ez a fictio «so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt» elnagyolja a dolgot. Valóságban a jóváhagyás megtagadásának csak az a következménye, hogy a «Schuldübernahme» a *hitelezővel szemben* nem áll be, helyesebben, hogy *adóscsere* nem áll be; de a szerződő felek közt a «Schuldübernahme» (helyesebben a «Schuldübernahmevertrag») a 415. §.3. bekezdésében jelölt hatással *érvényben marad*. Hogy a szerződő felek között a jóvá nem hagyott adósságvállalási szerződés is «adósságvállalási szerződés» marad, mutatja e §. 3. bekezdése, ahol az átvállaló a jóváhagyás megtagadása *után* is «átvállalódnak (Übernehmer) neveztetik.

5. «Fordért der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.»

Helyes konstrukció (ajánlat, elfogadás) mellett e tétel is elmaradhatott volna, minthogy nem egyéb, mint ismétlése

tannak, mit a 148. §. az ajánlatra kimond: «Hat der Antravende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen.» Egyébiránt itt is visszásságra vezethet, hogy az értesítés joga nemcsak az átvállalónak, hanem az *adósnak* is adva van. Mert mi történik akkor, ha *mindketten* élnek e joggal és a hitelező az egyikkel szemben jóváhagyja, a másikkal szemben nem? Vagy ha ketten különböző időhatárt szabtak a jóváhagyásra és a hitelező az egyik, kinek határideje hamarabb jár le, válasz nélkül hagyja, a másiknak pedig (igenlőleg) felel? Melyik értesítés és melyik határidő lesz itt a, döntő? A törvény erre nem felel és a praxis így kezdettől fogva egy «érdekes» vitakérdéssel lesz gazdagabb. Szövegezés szempontjából a kettős fictio halmazása is figyelemre méltó e bekezdésben: «wird (die Genehmigung) nicht erklärt, so *güt sie ah verweigert*; wird sie verweigert, so *gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt*».

6. «Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Unternehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.»

Például: *A.* elad egy ingatlant *i?.*-nek, a vételár fejében *B.* átveszi az ingatlanra betáblázott követelést, mely 3 hó múlva esedékes. Erről *A.* a hitelezőt értesíti, 3 hónapig nem jó válasz. Az esedékesség előtti napon *B.* elmegy a hitelezőhöz, megegyezik az adósságvállalás feltételei iránt és aláír neki egy «adósságvállalási nyilatkozatot», miről a hitelező az adóst értesíti. (Vagy: *A.* értesítésére a hitelező «lőbb megtagadta a jóváhagyást; az esedékesség előtti napon azonban *B.* elment a hitelező stb. úgy mint az iménti példában.) Most *A.* pert indít *B.* ellen szerződésteljesítés iránt: *B.* köteles volt — úgymond — a hitelezőt «kielégíteni» («befriedigen»), a 414. §. szerinti átvállalás pedig nem kielégítés.

Ezt a keresetet nyilván el kellene utasítani; de a törvény alapján nem látok reá módot.

Bárhogy feszegessük is a «befriedigen» kifejezést, ez csak teljesítést vagy teljesítési surrogatumot (*datio in solutum*,

novatio stb.) jelent. De ha a hitelező beleegyezett abba, hogy eddigi adása helyett új adós álljon be a kötelembé, akkor a hitelező a maga követelésére nézve még nincs «kielégítve». Hogy ez így felel meg a német törvény szóhasználatának is, mutatja a § 329. is: «*Verpflichtet sich in einem Vertragé der eine Theil zur Befrúdigung eines Gláubigers des andern Theils, ohne die Schuld zu úbernehmen...*» amiből világos, hogy az «adósságátvállalás» nincs benne a «Befriedigung» fogalmában. Mégis: kételkedhetünk-e benne, hogy a fenti két példaesetben *B.* eleget tett köteletségének, mihelyt az adósságátvállalási nyilatkozatot aláírta? Mit akart *A.* midőn *i?.*-nek eladta az ingatlant? Szabadulni akart a tartozásától. Es hogy e tartozásától megszabadítsa: *erre* kötelezte magát *B.* Hogy *miképen* szabadítja meg: fizetés, újítás, *datio in solutum* által, az *^.*-nak teljesen mindegy lehet. Es ezért, ha *B.* kieszközli a hitelezőnél, hogy ez *.4.*-nak a tartozást *elengedi:* noha ez sem «kielégítése») a hitelezőnek, *B.* mégis eleget tett köteletségének. Annál inkább eleget tett tehát a jelen esetben, amidőn egyenesen azt tette, amit a felek kifejezetten első sorban kívántak: átvállalta *A.* tartozását. A különbség a között, amit a felek — a törvény felfogása szerint — kikötöttek és ami igazában történt, csak az ügylet *formájára* vonatkozik: a felek az adósságátvállalást a hitelező pusztá «jóváhagyása» által kívánták létrehozni, holott *B.* azt valójában» külön szerződés útján hozta létre. De ez a forma nem határozhat. *B.* megszabadította, még pedig érvényes adósságátvállalás útján megszabadította *A.-t* tartozásától, nincs tehát *.4.*-nak többé mit követelnie.

Nem így a német törvény itt szóban forgó tétele szerint. A «jóváhagyás» meg nem jött, sőt (a második példaesetben) megtagadtattott. Ily esetben pedig, a törvény szerint *A.* a hitelező «kielégítését» követelheti és *B.* mindaddig nem teljesítette köteletségét *A.* irányában, míg a hitelezőt ki nem «elégítette». Tehát ha a hitelező a mi fenti példánkban évekig prolongálja az átvállalt tartozást: *A.*, noha már évek óta ki van bocsátva a kötelemből és a most *B.* és a hitelező között fenálló követelésben többé egyáltalában érdekelve

tiincsen, évek után is keresetileg fel fog léphetni *B.* ellen az iránt, hogy az átvállalt követelést *kifizesse!* Ehhez nem kell kommentár.

A hiba itt is onnan eredt, hogy a törvény különbséget tesz a «jóváhagyása és az «elfogadás» által létrejövő adósságátvállalás között. Nem attól, hogy a «jóváhagyás» létrejött-e, hanem attól, hogy (bármilyen formában) az «adósságátvállalás» létrejött-e: ettől függ, hogy van-e még ^{4.}-nak valami keresni valója *B.* irányában. Ha létrejött (akár az «értésítésre» azt mondta a hitelező, hogy «jóváhagyom», akár az «ajánlatra» azt mondta, hogy «elfogadom»), akkor nincs mit keresnie. Ha nem jött létre, akkor van mit keresnie. De mit? Ismét nem azt, amit a törvény mond: hogy a hitelezőt «kielégítse», hanem csak azt, hogy *A-t* bármilyen módon adósságától megszabadítsa (exnexusálja). *Bármilyen módon:* tehát akár kielégítés, akár elengedés által. Ha pl. *B.* a hitelezővel oly szerződést köt, hogy *cumulatíve* mint *adóstårs* lép az eredeti adós mellé (nem *helyébe*), később pedig reábirja a hitelezőt, hogy *A-t* a kötelemből kiengedje (pactum de non petendo in personam): sem a törvény értelmében való «adósságátvállalás», sem «kielégítés» nem történt, de *B.* mégis eleget tett annak, amit elvállalt.

A fenti tüzetes elemzés után mármint kipontozhatjuk a viszonyt a mi felfogásunk és a német törvény felfogása között.

Midőn *A.* és *B.* (többnyire valamely egyéb tartalmú szerződés kisérétéképen), abban állapodnak meg, hogy *B.* *A.-nak* valamely adósságát átvállalja: én ebben *obligatorius* szerződést látok, mely *B.-t kötelezi* arra, hogy a hitelezőnek az adósságátvállalást felajánlja, amennyiben pedig a hitelező ez ajánlatot el nem fogadná, *A-t* más módon exnexusálja. Maga az adóscsere nem az *A.* és *B.*, hanem a *B.* és a hitelező közti szerződésben megy végbe.

Ily *obligatorius* szerződés *lehetőségét* persze a német törvény sem tagadja, mert noha kifejezetten nem tesz róla említést, a szerződési szabadság elvénél fogva, melyet a törvény elismer, az ilyen tartalmú szerződés is érvényes. De a törvény in dubio *másképen* értelmezi a szerződés tar-

talmát. Úgy értelmezi, hogy általa a felek — az értesítéstől és jóváhagyástól feltételezetten — magát az adóscserét hozzák létre.

Hogy ez értelmezés a felek tapasztalatszerű szándékának nem felel meg, azt már kimutattam. De most nézzük, hogy az ezen értelmezésen épült törvényes rendezésnek mik a gyakorlati előnyei az általunk elfogadott állásponttal szemben?

Szerintünk: akár saját jószántából vállalta át a hitelezővel szemben *B.* az *A.* tartozását, akár pedig az *.14.*-val előzetesen kötött obligatorius szerződés következtében: maga az átvállalási szerződés mindkét esetben ugyanaz, és egyféle szabályok szerint bírálendő el.

A német törvény két fajtát ismeri az adósságvállalási szerződésnek: az egyiket, mely közvetlenül az átvállaló és a hitelező közt, a másikat, mely az átvállaló és az adós közt megy végbe. Maga az adóscsere az első esetben az ajánlat és elfogadás, a másik esetben az értesítés és jóváhagyás szabályai szerint megy végbe. Minthogy pedig a gyakorlatban az ajánlat akárhányszor az «értesítés» formájában, az elfogadás pedig a «jóváhagyás» formájában történik és viszont: ugyanaz a tényállás a legkülönbözőbb elbírálás alá esik, a szerint amint — hajszálnyi finomságú distinctiók alapján, melyekre az élet nem szokott tekintettel lenni — az első vagy a második szerződés alá fogjuk.

Ennek a második szerződésnek, mint *sui generis* adósságvállalási szerződésnek az elismerése tehát bonyolultabbá és az alkalmazásban nehezebbé és bizonytalanabbá tette a törvényt. És most nézzük: Szükség volt-e ezen külön szerződésre? Elismerésével kinek használt a törvény?

A *hitelezőnek* nem használt. Mert az értelmes hitelező ezentúl is csak akkor fogja «jóváhagyni» az adósságvállalást, ha a róla való értesítést az *átvállalótól* veszi —r ez pedig lényegileg a hitelező és átvállaló közti szerződésre megy ki. Sőt az által, hogy az értesítés dacára a szerződő két félnek a visszalépést vagy módosítást fenhagyja, a hitelezőt gyengébb helyzetbe hozza, mint amilyet neki az átvállaló «ajánlata» nyújtana.

Az *adósnak* sem használt. Mert — mint kifejtettük — az adós egyoldalú «értésítése» és hiszen ez az egyetlen előny, amit ez a szerződési forma neki nyújt) nem fogja rábírní az értelmes hitelezőt, hogy a szerződést jóváhagyja és ez által az eddigi adóst a kötelemből kibocsássa. Sőt, ha a bíróságok nagyon a törvény szavaihoz tartanak magukat, féltő, hogy a 415. §. alapján még annyit sem fog elérhetni, mint nála nélkül. Példa: *A.* (adós) és *B.* (átvállaló) közt létrejön a 415. §. szerinti adósságátvállalás, erről *A.* a hitelezőt értesíti. A hitelező azt válaszolja, hogy nincs kifogása az adóscsere ellen, kívánja azonban, hogy e célból *B.* közvetlenül a hitelezővel szemben Írásban vállalja át a tartozást. *B.* kivel *A.* a hitelező ezen feltételét közli, megtagadja teljesítését. Mit csináljon most *A.*? Ha a 415. §. nem volna, világos, hogy *A.* most *B.-t* perelhetné arra, hogy az adósságátvállalási szerződést (414. §.) a hitelezővel megkösse, azaz a hitelezőtől követelt okmányt aláírja, sőt a keresetet részéről megadandónak vélem neki, mint fentebb kifejtettem, még a 415. §. daczára is. De hátha *B.* Így védekezik: Én nem obligatorius szerződést kötöttem, amelyben magam az adósságátvállalásra *köteleztem*, hanem » dologi» átvállalási szerződést, melyet a hitelező jogosítva Volt az adós értesítésére jóváhagyni vagy jóvá nem hagyni — minthogy pedig a kínált formában jóvá nem hagyta, én a 415. §. 3. bek. szerint most már csak arra vagyok köteles, hogy a hitelezőt kellő időben *kielégítsem*». Más szóval: ha a tartozás csak tíz év múlva esedékes, *A.* tíz évig marad obligóban és ezen idő alatt semmit sem tehet *B.* ellen! Már fentebb mondtam: nem tudom, mennyire fogná magát a bíróság ily érveléssel szemben a törvény szava alól emancipálni, de a törvény ily érvelés *mellett* szól. És ha így alkalmaznák: akkor vesztére lenne az adósnak, akin segíteni akart.

Végül, hogy a 415. §. szerinti ügylet igen veszélyes a maga következményeiben az *átvállalóra* nézve, azt még később, a 417. §. megbeszélésénél fogom kimutatni.

A törvény indokolása és a tanácskozási jegyzőkönyvek a 415. §. szerinti ügylet előnyeit abban látják, hogy az átvállaló már az adóssal kötött szerződés által «kötve van»,

úgy hogy azontúl az ő közreműködése nélkül, tisztán az adós. és a hitelező között mehet végbe az adócsere véglegesítése. Hát hiszen ez előny is, szó sincs róla. De e célra nem kellett a 415. §. szerinti külön ügylet, elérhető e cél a mi obligatorius szerződésünk útján is, sőt biztosabban és igazságosabban. Az adós, kivel szemben a harmadik az adósság átvállalására kötelezkedett, ezen szerződésbeli követelését a hitelezőre *engedményezheti*: a hitelező ezen alapon a harmadiktól az adósság átvállalási ügylet megkötését (414. §.), vagy ha ezt nem akarja, a maga kielégítését fogja követelhetni. Biztosabb» ez az út az adóásra nézve, mert erre az engedményre a hitelező érhető okokból könnyebben fog rá állani, mint a jóváhagyásra. És igazságosabb ez az út: mert az átvállalónak meghagyja az alapul fekvő ügyletből folyó kifogásokat, melyektől a 415. §. szerinti ügylet őt, mint látni fogjuk, *igazságtalanul* megfosztja.

A 415. §. szerinti ügylet elismerése tehát felesleges, sőt veszedelmes. Ezzel azonban nem mondtam — és ezt félreértés kikerülése céljából jó lesz hangsúlyozni — hogy az adócsere *csakis* a 414. §. szerinti ügylet útján érhető el. Az adócsere céljához több út képzelhető. Képzelhető, hogy a harmadik *cumulative*, mint egyetemleges *adóstars* lép a fenálló kötelembé és hogy a hitelező utólagosan *kiengedi* az eredeti adóst; ez által is in effectu adócsere áll elő. Ha az ilyen szerződés a harmadik és a hitelező közt köttetik, akkor a római adstipulatioval van dolgunk. A német törvény e szerződést (mely az újabb elméletben «cumulative Schuldübernahme» néven ismeretes) nem említi ugyan, de érvényesnek nyilván az ilyen is érvényes, mert a törvény nem tiltja. Hogy az ilyen «hozzáállalás» (így lehetne az ilyet nevezni az «átvállalással» szemben) az eredeti adós beleegyezése nélkül történhetik, szerintem, noha a törvény egyenesen ki nem mondja, a 267. és 414. §-okból per argumentum a majori ad minus következik. Az eredeti adós *kiengedése* persze ennek beleegyezése nélkül nem történhetik (397. §.)»

¹ Mi az oka annak, hogy a német törvény az *egyoldalú* elengedést nem ismeri el, hanem ehhez elengedési «szerződést» kivan (397. §.) —

Ily hozzávállalási szerződés létrejöhet az adós és a harmadik közt is, és erről már a törvény is említést tesz (miért erről igen, amarról nem?) a 329. §-ban. Képzeltető az is, hogy az adós és a harmadik között létrejött átvállalási szerződésben a harmadik felhatalmazza az adóst, hogy a 414. §. szerinti szerződés ajánlatot e harmadik nevében közölje a hitelezővel — itt az adós mint a harmadik képviselője maga-magát expromittálná. Képzeltető az is, hogy az adós és a harmadik az átvállalási szerződésben kijelentik, hogy a hitelező azon *feltétel* alatt, ha az eredeti adóst a kötelemből kiengedi, már a jelen szerződés alapján és minden további jogi actus (értesítés, hozzájárulás stb.) nélkül tekinthesse magát az átvállaló hitelezőjének — ez volna az igazi «Anwachsungstheorie» szerinti harmadik javára szóló szerződés»; és *ha* a felek így állapotnak meg, ez is érvényes a német törvény szerint is (328. §). Az adóscserének tehát több útja van, és ez utakat nem kívánom elzárni, valamint nem zárja el a német törvény sem. De amit vitatok és mit eddigi fejtegetésem kimutatni iparkodott, abban van, hogy: amikor a felek nem úgy állapotnak meg határozottan, amint azt íme körülírtuk; amikor ők egyszerűen abban egyeznek meg, hogy ezennel *B.* (többnyire valamely alapul fekvő szerződés ellen értékeken) *A*-nak bizonyos *X* irányában való adósságát «átvállalja»: a felek rendszerint sem «hozzávállalást», sem expromissióra való felhatalmazást, sem feltételes «Anwachsung»-ot nem akarnak, sem pedig azt a jóváhagyásos» mixtum compositumot nem akarják, mit a német 415. §. kodificál. A felek az efféle szerződésben rendszerint csak a magok belső viszonyát rendezik; a hitelező az ilyen tényállás esetében csak akkor nyer jogot a harmadik ellenében, ha ez az adósságot közvetlenül *vele szemben* elvállalja.

nem egészen világos. Gyakorlatilag e §-t a 414. §. paralyzálja; ha az adós az felengedésbet beleegyezni nem akar, a hitelező a maga inasával tátvállaltatja» a tartozást a 414. §. szerint, nyomban reá pedig *ezzel* köti a 397. §. szerinti «elengedési szerződést». És így mégis csak eléri, hogy az adósnak tartozása ennek akarata ellenére is megszűnt!

E két §., Shakespeare szavával élve, nem egyazon napon született.

Az adósságvállalásnak különösen gyakori és fontos esete az, midőn valamely *ingatlan vevője* a reá bejegyzett *jelzálogtartozást a vételár fejében* (in partém pretii) *átveszi*. A német törvény ez esetről a 416. §-ban külön intézkedik. Célja e §-nak, hogy az eladónak a kötelemből való kilépést megkönnyítse és a személyes és a dologi tartozást (actio hypothecaria in rem) lehetőleg egy kézben egyesítse. E célra vélelmet állít fel, hogy a hitelező a vele tudatott adósságvállalásba, hacsak az ellenkezőt nem jelenti ki, *beleegyezik*. E vélelem a jelzálogforgalomban észlelhető tapasztalatnak nagyjában meg is felel. A jelzálogos hitelező, *ha jó helyen van bekeblezve*, rendszerint inkább a jelzálogot nézi, mint az adós személyét, az adóscserébe ezért itt könnyebben is szokott egyezni. Elég-e azonban ez az észlelet arra, hogy általánosságban minden «jelzálogos hitelező» terhére vélelmezzük e beleegyezést? A jelzálogintézetek, melyek csakis *első helyre* adnak pénzt, elbirják ezt a vélelmet; de a második helyen levő hitelezőnél a dolog már bajosabb, és hol van még a hatodik és a hetedik! Ennyiben már az elv maga nem aggálytalan. A kivített azonban éppen szerencsétlénnek tartom, amint a következő elemzés mutatja.

«§ 416. Übernimmt der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mittheilt. Sind seit dem Empfange der Mittheilung sechs Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als ertheilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat; die Vorschrift des § 415, Absatz 2, Satz 2 findet keine Anwendung.

Die Mittheilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist. Sie muss schriftlich geschehen und den Hinweis enthalten, dass der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt.

Der Veräußerer hat auf Verlangen des Erwerbers dem Gläubiger die Schuldübernahme mitzutheilen. Sobald.

die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen».

Tehát:

1. A jóváhagyás csak akkor kérhető és adható, midőn a tulajdonjog *már át van írva a vevőre*. A baj, melyet már a 415. §-nál kimutattam, itt hatványozódik. Láttuk, hogy a 415. §. szóhangzata szerint («so hängt ihre Wirksamkeit von der *Genehmigung*.., ab») a hitelező előzetes vagy egyidejű beleegyezése nem teszi érvényessé az adósságvállalást. Ha jelzálogos követelésről van szó — mint most látjuk — még az *utólagos* beleegyezés sem feltétlenül elegendő, hanem kell hogy már *az átírás is megtörtént legyen*. Miért? erre nincs felelet. Itt is alighanem a fogalmazásban történt botlás. Az eredeti szöveg ugyanis, úgy mint azt a kodifikáló bizottságban indítványozták (Prot. I. 413. 1.), csak annyit mondott, hogy a *beleegyezés véelmének* prsejudiciumát csak oly értesítés vonja maga után, mely a telekkönyvi átírás után történik — és ennek okát még érthetem.¹ Nem tudom, mikor és hol nyerte a §. jelen alakját. De úgy, amint most hangzik, azt mondja, hogy a telekkönyvi átírás előtti jóváhagyás érvénytelen. (V. ö: «so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm *mittheilt*... Die *Mittheilung*... kann erst erfolgen, wenn der Erwerber eingetragen ist»). Az ingatlan tulajdonosa tehát, ki azt (nagyon érthetően) csak azon esetben kívánja eladni, ha a jelzálogtartozás alól mint személyes adós is szabadulhat, hiába szerezte be a hitelező előzetes beleegyezését, hiába hagyatta jóvá a szerződést annak megkötése *után*: eladhatja-e nyugodtan az ingatlant, csak akkor tudhatja meg igazán,

¹ «Dem Zwecke der Sondervorschrift gemäss — mondják a Prot. I. 415. 1. — die Vereinigung der obligatorischen Haftung mit dem Eigentum an dem der Hypothek unterworfenen Grundstücke in einer Person zu fördern, dürfe die Mittheilung erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen sei. Solange die Eintragung noch ausstehe, könne man dem Gläubiger billiger Weise *nicht zumtithen, sich über die Schuldübernahme zu erklären*».

amikor már — át is írták! Ha ekkor a hitelező a jóváhagyást megtagadja, a felek ismét *felbonthatják* a szerződést és *törölhetik* a vevő tulajdonjogát! És mindezt az ingatlan forgalom «könnyebbítése» céljából! •

2. Az » értesítés» csak az eladó részéM történhetik. Már fentebb kimutattam, hogy az adós tértesítési» joga aggályos és hogy óvatos hitelező az ilyen értesítésre nem igen fogja megadhatni a (jóváhagyást». Midőn tehát e §. az adós értesítési jogát *kizárólagossá* teszi, ismét tetézi a bajt. És mi az oka e *kizárólagosságnak*? Az értekezleti jegyzőkönyvek okul felhozzák: hogy a jóváhagyás főleg az eladónak van érdekében és hogy ezért kell, hogy biztosan megtudhassa, megadatik-e a jóváhagyás vagy sem? Ezt pedig csak úgy tudhatja meg biztosan, ha a kérdés joga csakis neki adatik és a felelet kötelezettsége csakis ő irányában állapittatik meg. (Prot. I. 415. 1.) Ebből annyi igaz, hogy a jóváhagyás elnyerése elsősorban az adósnak (eladónak) van érdekében. De ezzel szemben igaz az is, hogy e jóváhagyás elnyerésére az adós értesítése igen kevésbé kilátásos eszköz. Továbbá a vevőnek sem közömbös megtudni, áll-e az átvállalás vagy sem? Hogy ezt megtudhassa, legegyszerűbb útnak fogja gondolni, hogy kérdést tegyen a hitelezőnél, beleegyeznek-e az átvállalásba? Nem, mondja a német törvény, ez az út nem vezet célhoz; hanem a vevőnek *fel kell hívnia az eladót*, hogy ez kérje ki a jóváhagyást! Nem túrhetetlen formalismus ez? Annyira túrhetetlen, hogy az életben minduntalan ki fogják játszani. Mert ha a vevő értesítésére a hitelező jóvá fogja hagyni az átvállalást, akkor a bíróság ezt előreláthatólag a 414. §. alapján fogja érvényesnek elismerni. Az «értesítést» itt is «ajánlattá» fogja konvertálni és ezt helyesen fogja tenni; a 416. §-nak jelen passusa pedig üres füst marad.

3. A z értesítésnek írásban kell történnie és magában kell foglalnia azt a figyelmeztetést, hogy az esetre, ha a hitelező' nem válaszolna, az átvállaló az eddigi adós helyére lép.

Ismét áll az, amire 1. alatt utaltunk: az itt előírt formának elhanyagolása nemcsak azzal a prsejudiciummal jár, hogy a hallgatás a jóváhagyás vélelmét nem vonja maga után,

lianem az alaktalan értesítés *egyáltalán érvénytelen.*» A szóbeli értesítés tehát érvénytelen; a közjegyző által szóbelileg — tanúsítvány mellett — történt értesítés érvénytelen; sőt az írásbeli értesítés is érvénytelen, ha az a bizonyos figyelmeztetés nincs benne. Minthogy pedig a jóváhagyás érvényesen csak az értesítés *után* történhetik (§. 415. második mondat): ennél fogva a hitelező *kifejezett jóváhagyása* is érvénytelen lesz, hogyha az értesítés a jelzett alaki hiányok valamelyikében szenvedett! Mindez annyira lehetetlen, hogy a praxis kénytelen lesz magát e §. szóhangzatán egyszerűen túltenni.

4. Stylaris szempontból helytelen, hogy a hallgatás praedudiciuma a 416. §. első és második bekezdésében másképen van formulázva. Az első bekezdés fictióval fejezi ki a jogkövetkezményt: «*so gt'lt die Genehmigung als ertheilt*»; a második bekezdés közvetlenül rendeli a jogkövetkezményt: «*der Übernehmer tritt an die Stelle des bisherigen Schuldners*». Ha ez utóbbi kifejezés helyes: mire való a mesterséges fictio az előbbi bekezdésben? Ha pedig ott szükséges: miért nem szükséges az értesítés szövegében?

§ 417. Der Übernehmer kann dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben...

Aus dem der Schuldübernahme zu Grundé liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber. Einwendungen nicht herleiten.»

Mindkét tétel ellen van észrevételem.

1. Az első tétel helyes olyankor, amikor *B.* általánosságban «az *A.* adósságát» vállalta át. Ilyenkor ő csak annyiban és annyival lesz a *C.* adósa, amennyiben és amennyivel neki *A.* tartozott. De amikor *B.* az *A.* adósságát *B.*-el szemben *jix összegben* vállalta át: ilyenkor novatio történt és az eredeti jogviszony címén *B.* többé kifogással nem

¹ «*Sie muss schriftlich geschehen stb.*» a német kódex szóhasználata szerint annyi mint: «*sie kann nur schriftlich geschehen*». Lásd *J. Südemann*: Einführung I. köt. 36. 1.

élhet. Pedig ilyen lesz többnyire az eset, valahányszor *B*-az adósságátvállalást közvetlenül *X*-el szemben kijelenti. Ez a dolog ma is úgy áll, mint Rómában: ha *X*, *B*-vel ily stipulatiót kötött »*Centum, quae Titius mihi debet, dare spondesne?*» — ilyenkor *B*. feltétlenül százat volt köteles fizetni és Titius személyéből többé kifogással nem élhetett; ha ellenben így szólt a stipulatio *tiquidquid* Titius mihr debet, dare spondesne?» akkor a Titius kifogásait az új adós is érvényesíthette. Ezt a rendezést gyakorlatilag" is egyedül megfelelőnek tartom. Mert ha *B*. a fix összegben átvállalt adóssággal szemben is *élhet* az *A*-t illető kifogásokkal, akkor *kötelessége* is élni velők, mihelyt tudomásukra jut. Az ellenkező az *A*, és *B*. közt fenálló szerződési viszony megsértése volna, mert *A*. méltán követelheti, hogy *B*. ne hanyagolja el tudatosan az olyan jogeszköz érvényesítését, amelyet a törvény neki az *A*. érdekében kézbe adott. Csakhogy hova vezet *ezt B*. ki a házra bekeblezett 10,000 forintot *X*-él szemben átvállalta, később értesül j»4.-tól, hogy neki e követelés ellen kifogásai vannak. *B*. e pillanat- I tói fogva nem fizethet többé -ST.-nek se kamatot, se tőkét., | hanem kell, hogy bepereltesse magát JT.-től, e perbe . *A*-t pertársul kell behívnia és magát a per kellemetlenségeinek és költségeinek kitennie. Pedig ugyan miért? Neki e perben , semmi érdeke, ő mindenképen 10,000 frtot köteles fizetni, ! ha *X*-nek nem, akkor *A*-nak — ő e perben egy krajczárt sem nyerhet, neki csak baja és költsége lesz belőle: hogyan jut ő hozzá, hogy az *A*. szennyését mossa? Ő épen azért vállalta el *fix* összegben a 10,000 frt adósságot, hogy egyszerismindenkorra tudja, mit kinek kell fizetnie. Ha *A*. utóbb úgy látja, hogy *X*-nek nem jár az egész 10,000 frt: sokkal helyesebbnek tartom, *ha*. *A*. a többletet *C*-től a *condictio* elvei szerint visszaköveteli. A dolog teljesen úgy áll, mint az u. n. tőkéletes utalványnál: ha az utalványozó-többet utalványozott, mint amennyi az utalványosnak jár, az utalványozott kifogással nem élhet, de az utalványozó kondikálhat.

Mindezt egyébiránt talán a német törvény is így szándékolja; mert hiszen ez észrevétel csak a *novatio* (*expromissio*)

esetére áll, erről pedig a 417. §. valamint az egész «Schuld-übernahmest fejezete nem intézkedik. Csak féltő, hogy a gyakorlat e §-t, éppen *mert* a törvény a novatióról külön nem szól, reá is fogja alkalmazni — és ennyiben veszélyes az első tétel.

2. Határozottan helytelen azonban e §. második bekezdése. E szerint az adósságátvállalás érvényessége *X.-et* szemben független attól az *A.* és *B.* között fenálló jogviszonytól, melynek következtében az átvállalás történt. Példában beszélve: Ha az adásvételi szerződés, melynek alapján *B.* a házra bekeblezett 10,000 frtot személyes adósságul átvállalta, érvénytelen isi *X.* a 10,000 frtot *B.-től* mégis követelheti. Ily általánosságban ez a tétel nem» tart» ható. Igen, ha *B.* közvetlenül *X.-el* köti meg a szerződést, aggálytalannak tartom. Ha *B.* kijelenti *X.-nek*, hogy az *A.* tartozását átvállalja — ő tudja miért és ha később kisül, hogy az *A.-hoz* való viszonyában tévedett vagy csalódott magára vessen, *X.* csak azt követeli, mit *B.* maga neki ígért; Az ilyen adósságátvállalás méltán tekinthető «abstract»-nak» *X.-nek* nincs köze kutatni, *miért* vállalta át *B.* az adósságot; de viszont *B.* ezen alapul fekvő, *X.* előtt ismeretlen viszonyból . kifogást sem kovácsolhat. Vagyis teljesen úgy áll a dolog, mint a római delegátiónál: a delegatáriusnak nincs köze a delegans és a delegátus közti viszonyhoz: «in privatis contractibus non facile scire petitor potest, quid inter cum qui delegatus est et debitorem actum est, aut etiamsi sciat dissimuláre debet, ne curiosus videatur». (fr. 19 de novat. 46, 2.) »

Ez így van, mondom, ha *B.* *X.-el* szerződött. (414. §.) Ám a német törvény akkor is így tartja, amikor ily szerződés *nem* történt (415. §.) — és ez az, ami szerintem megf nem állhat. Nézzük a példát. *B.* aláírta a szerződést, mefilyyel az ingatlant *A.-től* megvette és a bekeblezett 10,000 frtot a vételár fejében személyes tartozásul átvállalta. Később kisül, hogy *A. B.-t* a vétel körül több mint 10,000 frt erejéig megcsalta, vagy *A.* bizonyos mellékszolgáltatásokat, mikét a vételi szerződésben vállalt, és miknek értéke 10,000 frtot

¹ V. ö. fr 12, 13 cod. fr 4 § 20 fr 5 § 5 de dolo m. 44, 4. ¹

meghalad, nem teljesít, vagy az ingatlant át sem adja, vagy az ingatlanon levő ház az átadás előtt leég és így át sem adható stb. stb. — *B.* tehát a még hátralékos 10,000 forintot sem köteles fizetni. Mit csinál *A.*? Fogja magát és «értesíti» hamarosan *X.-et* az átvállalásról. Most *B.* feltétlenül fizetni köteles, az alapul fekvő jogviszonyból» kifogás nem emelhető. Igazságos, elviselhető jogállapot ez? Hisz *B.* még szóba sem állt *X.-él*, még egyelőre *sehogysen* akarta magát *Jf.-el* szemben kötelezni és mégis már épen «abstract» módon azaz *feltétlenül* és *védekezés lehetősége nélkül* volna kötelezve? *B.* egyelőre még csak ^.-val állott szóba és mégis: kötelezettsége elbírálásánál az *A.-hoz* való viszonya szóba se volna hozható? Ez az egész elkülönítés adósságvállalás és adásvétel között az ilyen esetben nem talál. Amit a törvény itt adósságvállalásnak mond, az nem külön jogügylet, hanem az adásvételi szerződésnek egy *része*. A vevő a vételár *fejében* akarja átvállalni az adósságot és csak *annyiban* akarja átvállalni, *amennyiben* vételárral tartozik. «*Abs/raete*», azaz *függetlenül az eladó ellenszolgáltatásától 8 semmire sem kötelezte magát az eladóval szemben* és így az eladó sem adhat tovább a maga egyoldalú értesítése által «abstract» kötelezést. Mi indíthatta vajon a német törvényhozót ily vastag igazságtalanságra? Alighanem a következő. A törvény lehetővé akarta tenni, hogy a hitelező az adós egyoldalú «értesítésére» is «helybenhagyhassa» az adósságvállalást. A hitelező pedig csak úgy hagyhatja azt helyben (azaz: az eredeti adóst csak úgy bocsáthatja ki a kötelemből), ha lehetőleg *biztosan* szerzi meg az új adóst a régi helyébe. E biztonság pedig nincs meg, ha az átvállaló az «alapul fekvő jogviszonyból» kifogásokkal állhat elő. Ezért e kifogásokat el kellett tiltani.

Pedig a helyes okoskodás — épen megfordítva — ez lett volna: A vevő, ki az adásvételi szerződésben az eladónak adósságát a vételár fejében átvállalta, mindaddig, míg az eladó hitelezőjével szóba nem állt, meg nem fosztható az Adásvételi szerződésből folyó kifogásaitól; ily kifogásoktól függő adósságvállalás ellenében pedig a hitelező az eredeti adóst nem bocsáthatja ki a kötelemből; az eredeti adós tehát nincs abban a helyzetben, hogy egyoldalú értesítése

által a vevő adósságvállalását a hitelezővel szemben perfectté tegye. Vagyis más szóval: a privatív adósságvállalás csakis a hitelező és átvállaló közötti szerződés által történhetik.

A német törvény ezt az eredményt nem akarta. Ezt csak a 417. §. 2. bek. árán kerülhette ki. Ezt pedig igen drága árnak tartom.

§ 418. In Folge der Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestéiken Bürgschaften und Pfandrechte Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt.

Konstatáljuk mindenekelőtt, hogy a törvény ezen tételelogikailag nem egyezik az adósságvállalás fogalmával. Mert ha az adósságvállalás a kötelemben való *utódlást* alapítja meg, vagyis ha a kötelem a *régi* marad és csak az adósszemélye változik: akkor logikailag, valamint a kötelemből folyó *kifogások* fennmaradnak (§ 417.), fenn kell maradniuk a kötelem járulékeinak (kezesség, zálogjog, csőd privilégiumok) is.

Ez ellen a logikai következtetés ellen az irodalomban majdnem egyhangúlag¹ a *méltányosságra* hivatkoznak. Rendszerint — mondja Windscheid id. h. — az, ki egy bizonyos adós javára kezességet vállal vagy zálogot ad, csak azért a *bizonyos* adósért akar közbenjárni, nem azokért is, kik az ő adósságát későbbben esetleg átvállalják. Ennek megfelelőleg a törvény első javaslata még így formulázta e §-t (317. §.): «Nicht bestehen bleiben die Rechte aus einer von einem Dritteiv für die Forderung geleisteten Bürgschaft oder bewirkten Verpfandung, es sei denn, dass ohne Rücksicht auf die Person des bisherigen Schuldners die Bürgschaft geleistet und das Pfand bestellt worden ist, oder dass der Gegenstand des Pfandrechtes zur Zeit der Schuldübernahme dem Schuldnerrechtlich zugekorh.

Én ez elvnek, sem abban az alakban, amint az első javaslat szövegezte, sem abban, amelyben törvénynyé vált, méltányosságáról nem tudok meggyőződni. Próbáljuk csak,

¹ Az uralkodó véleményt itt is *Windscheid* adja: Pand. II. § 339.

alkalmazni a törvényt. *A*, tartozik *X*-nek egy összeggel, melyet *A*. kézizáloggal biztosított. Minthogy *A*, idejében nem fizet, *X*. a kézizálogot el akarja árvereltetni. Ekkor 2?., hogy *A*-t az árveréstől megkímélje, átvállalja az adósságot *X*-éi szemben. (§ 414.) Ha erről *A*-t nem értesítik és beleegyezését ki nem kérik, *X*. elveszti a zálogát. Miért? Az a fentidézett indokolás, hogy a zálogadó csak az eredeti adósért, nem utódjaiért is akar szavatolni, itt elesik — hiszen

A, itt a *B*. átvállalása által csak jobb helyzetbe juthat mint volt, nem rosszabbá; mert hiszen, ha a dolog *A*-nak nem tetszik, ő azontúl is *fizethet* A törvény itt nem is segít *A*-n, csak árt neki. Mert hatása az lesz, hogy *X*. kétszer is meg fogja gondolni, mielőtt *B*. átvállalását elfogadja — ez a tétel a gyakorlatban illusoriussá fogja tenni az egész 414. §-t.

Más példa. *A*-nak van két háza, ezekre egyetemleges betáblázás mellett 10,000 frt kölcsönt vett fel *X*-től. Az ilykép terhelt egyik házat eladja -5.-nek, ki a vételár fejében a 10,000 frt adósságot átvállalja, erről a felek *X*-et értesítik. *X*. azonban, ki *B*-t szédeltetőnek ismeri, nem hagyja jóvá az adóscserét és kijelenti, hogy ő *A*-t az obligóból ki nem bocsátja. A következőzés igazat ad *X*. rossz véleményének.

B. nem fizet, intések nem használnak, *A*. kénytelen *B*-t az adásvételi szerződés alapján beperelni. Minthogy azonban *X*. szorítja *A*-t az időközben felhalmazódott hátralékrészletek iránt, *A*. a még kezén levő második házat is eladja *C*-nek, ki az adásvételi szerződésben ugyancsak a 10,000 frtos tartozást mint személyes adós átvállalja. Ezt az átvállalást *X*. jóváhagyja. Az ember azt gondolná, úgy-e bár, hogy az utóbbi alku érintetlenül hagyja a *B*. positióját? Nem, a *B*. háza ez által megszabadul a zálogteherreltől és *X*. elveszti a zálogjogát. Vagyis az eredmény ez: *B*., nemcsak hogy a maga szerződési kötelességének nem tesz eleget, amennyiben az eladó tartozását, melynek kifizetésére magát kötelezte, az adós nyakán hagyja: de még *C*. se vállalhatja át az ő beleegyezése nélkül az adós tartozását, mert különben a hitelező elveszti a zálogjogát! Ez annyit jelent, mint az eladót a kötelességszegő vevő kegyelmének kiadni.

E két példa esetében a törvény első javaslata igazságo-

sabb volt: a zálogjog szerinte mindkét esetben fenmaradt, csak a *harmadik* személy által adott zálogjog veszett el az átvállalás esetében. De még ez utóbbi intézkedés — melyet a törvény megtartott és mely a Windscheidtől idézett uralkodó véleménynek felel meg — sem minden kétségen felül való. Miért szűnjék meg a harmadik személy által vállalt zálog vagy kezesség, ha az adósság másra száll? Mert a kezes (vagy zálogadó) csak az eredeti adós személyében bizott? De hiszen az eredeti adós neki továbbra is felelős; ha a kezes fizet, ő továbbra is azj eredeti adós ellen fog fordulhatni visszkeresetével, ami adós és átvállaló között történt, a kezes és az adós közti viszonyt meg nem változtattá. Sőt a kezes helyzete az átvállalás folytán még javult is, mert ha a kezesnek ezentúl fizetni kell, ő a maga regres¹usát nemcsak az eredeti adóson (a megbízás, vagy egyéb köztük fenforgó viszony alapján) hanem *ezenfelül* (elective) az átvállalón (mint negotiorum gestor) is fogja megvehetni. De bármint vélekedjünk az elvi álláspontról: a 418. §. még a törvény álláspontja szerint is elhibázott alkotás. íme:

1. A kezesség vagy zálogjog fenmaradására kell, hogy a kezes vagy a zálogtulajdonos *az adósságátvállalásba* beleegyezzen.

Jog eset: A. tartozásáért B. kezességet vállalt. A tartozást később B.-nek testére C. át akarja vállalni. A hitelező erről a szándékról B.-t értesíti és kérdi: beleegyeznek-e B. az adósságátvállalásba és fentartja-e kezességét C. javára is? B. azt válaszolja: «Épenséggel nem egyezem abba, hogy testvérem az A. adóságát magára vállalja. Ami azonban a kezességet illeti, azt — miután egyszer vállaltam — mindenesetre továbbra is fenállónak jelentem ki.» A német törvény szerint az utóbbi nyilatkozat daczára a kezesség megszűnnék, mert a kezes *az adósságátvállalásba* nem egyezett. Itt a törvényhozó nyilván mást mondott, mint amit akart.

2. Megfordítva: A kezes később magára vállalja az -adósságot mint egyedüli adós. Minthogy a kezes itt az átvállalásba *«beleegyezett»* a kezesség itt fenmaradna. Nem

¹ A 418. §. az «einwilligt» szót nemcsak az átvállalási szerződésen kívül álló kezesre vagy zálogadósra érti, hanem arra is, ki maga is részt vesz az átvállaló szerződésben, sőt a főeset, melyre a törvény gon-

tartok ugyan tőle, hogy ezt valaki így fogná hinni. De a stylaris inelegantia feltüntetése végett említésre méltó.

3. Az »einwilligt« szó is helytelen. Mert ez a törvény terminológiája szerint *előleges* beleegyezést jelent (188. §.), holott alig képzelhető, hogy a törvényhozó az utólagos beleegyezésnek ne akart volna hatályt adni.

4. «Zur Zeit der Schuldübernahme gehört». Jogeset:

A. eladja a 10,000 firtal terhelt házát *B.*-nek, ki a jelzálogos adósságot átvállalja. Mielőtt a ház még át volna írva *B.-re*, az utóbbi tovább eladja *C.*-nek, ki a jelzálogos tételt ugyancsak átvállalja. Most megtörténik a kétszeres tulajdonbekebelezés és *B.* a telekkönyvi kivonat kíséretében kéri a hitelezőt, egyezzzék bele a *C.* adósságátvállalásába *C.* kijelenti beleegyezését. Ez mindennapos eset és bizonyára nem mondhatni, hogy a hitelező itt könnyelműen járt el, vagy hogy valami mulasztás terhelné. És mégis, a német törvény szerint mi lesz ennek következménye? *A hitelező elvesztette zálogjogát!* Mert a *B.* és *C.* közötti adásvétel és a benne foglalt adósságátvállalás idejében a jelzálogos ingatlan még az *A.* tulajdonát képezte (mert telekkönyvileg még az ő nevében állt), *A.* pedig a *B.* és *C.* közötti adósságátvállaláshoz (a melyről talán nem is tudott) *beleegyezését nem adta!*

Ez nem mondható másnak, mint törvényhozási baklövésnek.

Foglaljuk most már össze értekezésünk eredményeit. Tételbe szedve az eredmény a következő:

1. Az adós és átvállaló között végbemenő át vállalási szerződésnek csak a szerződő felek között van hatása, a hitelező abból jogot nem szerez.

2. E hatás, ha más ki nem köttetett, abban áll, hogy az átvállaló köteles az adóst (akár a hitelezővel kötendő

dol, épen az, midőn a jelzálogadás az ingatlant eladja és a vevő a bekebelezett tételt mint személyes adós átveszi. Itt a zálogjog a 418. §. szerint fennmarad, mert az eddigi jelzálogadás az által, hogy az átvállalási szerződést *kötötte*, abba »*beleegyezett*«.

átvállalási szerződés, akár fizetés, teljesítés, beszámítás stb; útján) adóssága alól felszabadítani.

3. Az adócsere a hitelezővel szemben csak az által megy végbe, hogy az átvállaló az adósságot vele szemben; azaz közvetlenül vele kötött szerződésben átvállalja. E szerződésre az adósnak (akár előzetes, akár későbbi) tudta és beleegyezése nem kell.

4. E szerződés oly kép is köthető, hogy az átvállaló a hitelezőt az adóssal történt átvállalásról «értesíti» és a hitelező az értesítést «tudomásul veszi».

5. Köthető olykép is, hogy a szerződés kötésére («értesítésre») az átvállaló az adósságot kifejezetten felhatalmazza.

6. Az átvállaló az adósságot rendszerint ugyanazon kifogásokkal együtt veszi át, melyek az átvállaláskor magát az adósságot illetik; e kifogások nem emelhetők, ha az átvállaló rólok lemondott, jelesüi ha az adósságot fix összegben kötelezőleg elismerte.

7. Kezesség és zálog érvényben marad, hacsak a kezes vagy zálogadó kezdettől fogva az ellenkezőt ki nem kötötték.

Kereskedelmi törvényünk 20. §-a szerint «ha kereskedelmi üzlet átruházásánál az átvevő a cég addigi kötelezettségeit magára vállalja, a hitelezőket ezen kötelezettségek tekintetében úgy az átadó, mint az átvevő ellen kereseti jog illetik. A törvény tehát az ilyen megállapodást harmadik javára szóló «hozzávállalási szerződés» joghatásával ruházza fel; Helyesen van-e ez így? Megfelel-e a felek tapasztalatszerű intenciójának? E kérdések a törvény határozott rendelkezésével szemben tárgytalanok.¹ Bármi kétségtelenül jelentse is ki az üzletátadó és átvevő, hogy ők nem *együttesen* hanem csak *vagylagosan* akarnak felelni a hitelezőknek, azaz hogy ők nem *hozzávállalást* hanem *átvállalást* akarnak: ők kétségtelenül kifejezett akaratuk *ellenért* mégis *egyetemlegesen* fognak felelni. De épen ebből látszik, hogy ez a felelősség nem az átvállalási szerződésből, hanem a törvényből veszi magát:

¹ Hibáztatja e tekintetben a magyar törvényt *Simon Zeitschr. f. Handelsr.* 24 köt. 104. 1.

nem ex contractu, hanem ex lege obligatio. Ez okból ezen, különben is speciális törvényben foglalt és ezért az általános magánjogra ki nem terjeszthető, szabályból az adósság-átvállalási *szerződés* jogára semmi sem következik.

X.

A bírói letét tulajdona.

Ha az adós a tartozó pénzüsszeget, akár azért, mert a hitelező a fizetést elfogadni nem akarja, akár azért, mert legitimitációja kétes, akár más hasonló okból bírói kézhez teszi le; mely időponttól fogva lesz az összeg a hitelezőé? Ebben a kérdésben döntött két ítélet, melyek több pontban kihívják a kritikát. Igényszerben keltek és újból mutatják, mily komplikált darab jurisprudentia az, melylyel az igényper bírójának kell amúgy «sommásan» végeznie. Valójában nálunk az ingó vagyonyjog legérdekesebb és legnehezebb kérdései az igényper keretében játszódnak le. A tulajdon- és a kötelemszerzés legkényesebb problémái az igényperbe rejtőznek. A traditio és az engedmény materiális jogát a praxis itt fejti ki; de az olyan «általános» tanoknak, mint a simulatio, az in fraudem legis, jó- rosszhiszemű szerzés stb., itt van buja termő talajuk; a családi vagyonyjog bogos kérdései is itt nyernek elintézés: hozomány, női szerzemény, felelősség a háztartás terheiért stb. — egész mikrokozmosza az igényper az ingó vagyonyjognak.

A tényállás magva a következő: Az adós tartozását kiegyenlítő, minthogy a fizetés ide nem tartozó okból a hitelező, *A.* cég kezeihez nem volt eszközölhető, letétbe helyezte a fizetési hely bíróságánál 2000 irtot és kérte erről a hitelezőt értesíteni. Még mielőtt ez értesítés megtörtént volna, a hitelezőnek egyik hitelezője¹ *X.* a letéti összeget saját 300 frt és járuléka követelése fejében végrehajtásilag lefoglalta.

Egynehány nappal reá a letévő és *A.* közös kérvényt adtak be a letéti bírósághoz, a melyben előadják, hogy a

letevő — mint utóbb meggyőződtek — tévedésből 280 frttal többet tett le a bíróságnál, mint a mennyi a tartozása, közösen kérik tehát: hogy e tévesen letett összeg, melyhez ő jogot nem formál, a letevőnek visszautaltassék. A letéti hatóság a kérelmet elutasította, minthogy X-nek 300 frt és járuléka követelése fejében az egész letéti összeg foglaltatott le, a lefoglalt összegről tehát többé nem rendelkezhetik. Ezután sorban következtek további végrehajtási foglaltások az A. egyéb hitelezői: Y. és Z. javára, kiknek követelései a letétben levő 2000 frtot és letéti kamatait jóval meghaladták.

A letevő most igénypert támasztott X.% V., Z. ellen a tévesen letett 280 frt és letéti kamatainak zár alól feloldása iránt. Az első bíróság elutasította, a kir. tábla elvileg helyt .adott a keresetnek.

Budapesti V. ker. kir. *járásbíróság*: Felperes elutasítottik.

Indokok: Felperest kereseti igényével alperesek kifogása folytán :az általa felhozottak tekintetéből kellett elutasítani. Felperes a.-kérdéses összeget minden jogfentartás nélkül, mint A. czéget illető, a czég részére fizette le. Alperesek a végrehajtást szenvedőt kizárólagos tulajdonul illető s *ilyenül épen felperes részéről a lefizetés által kijelentett összegre vezetvén*, ebből szerzett zálogjoguknál fogva kielégítést igényelni feltétlenül joguk van. Az a körülmény, hogy felperes a végrehajtást szenvedőnek járó összeg kiszámításánál állítólag tévedésben volt s annak folytán a lefizetett összegben 280 frttal többet tett le, mint a mennyi végrehajtást szenvedőnek jár, *közte s végrehajtást szenvedő közti jogviszonyt állapít meg*, s e viszonyból származtatott jogát csakis végrehajtást szenvedő ellen érvényesítheti s nem foglaltatok ellen, kik *teljes jóhiszeműséggel* a végrehajtást szenvedő *tulajdonát képező* s ilyenül maga felperes által megjelölt pénzüsszegre szereztek zálogjogot.

A kir. ítélő *tábla*: Az elsőbíróság Ítéletét megváltoztatja: felperes czég keresetőségi jogát megállapítja, mihez képest utasítja a kir. *járásbíróságot*, hogy ez ítélet jogerőre emelkedésével, a keresetet a netán szükségesnek mutakozó tárgyalás kiegészítése s a további bizonyítási eljárás foganatba vétele után érdemileg bírálja meg.

Indokok: Felperes czég azt állítja keresetében, hogy a budapesti kir. kereskedelmi és váltótörvénytörvényszéknél 97702/91. sz. a. tévedésül 280 frttal többet tett le A. czég részére, mint a mennyi ezt jog-

szerint megilletné. Azt kéri tehát igény keresetében, hogy ezen tévedésből letett többlet az időközben az egész bírói letétre alperesek részérei foganatosított foglalás alól mentessék fel. Minthogy pedig a letett összeg a végrehajtást szenvedő *A. czég tényleges hatalma alá nem került s így annak, hogy jelperes vélt erősebb jogát igénykereset útján érvényesíthesse* mi törvényes akadály a sincs: ennél fogva az elsőbíróság ítéletét, melynek indokolása szerint felperes csupán azért utasított el keresetével, mintha a tévesen letett összegre nézve felperességi jogosultsága a foglaltató alperesekkel szemben nem lenne, megváltoztatni, felperes czég keresethetőségi jogát megállapítani s ehhez képest a kir. járásbíróságot az igénykereset érdemleges elintézésére utasítani kellett. (1892 május 18. 29222. sz. a.)

Mindkét döntés sántikál. Több lábán sántikál először is a járásbíróság ítélete. Még pedig először azért, mert nem áll az indokolás azon tétele, hogy a 2000 forint, mihelyt a letévő azt a bíróságnál letette, a «végrehajtást szenvedő tulajdonát képezte». Az irodalomban réges-régi vitakérdés, hogy a fizetést pótló bírói letét tulajdona mely időpontban száll a letevőről a hitelezőre? A kérdés többnyire ily alakban s?erepel: meddig *veheti vissza* a letévő a letét tárgyát? E kérdésnek *Donellus-on* kezdve egész *Nagy Ferenczig* (Váltójog 311. 1.) tenger az irodalma.¹ A pandektajogi írók nagyjában megegyeznek az iránt, hogy a pusztá letétbelyezés még *nem ruházza át* a tulajdont a hitelezőre, és

¹ Az irodalom összeállítását 1. *Czyhlarz* Grünhut Zeitschr. VI. 673. 1. és *Gruchot* Lehre v. d. Zalung der Geldschuld 258. kv. 11.

² Tévesen mondja *Nagy* (id. m. 1. kiad. 311. 1. 9. jegyzet), hogy a «hires *Donellus* ellenkező nézetén» volna. *Donellus* (Comment. de jure civ. lib. XVI. cap. XIV.) ellenkezőleg szélesen kifejti, hogy a letévő a letét tulajdonosa marad mindaddig, míg a hitelező azt el nem fogadja és hogy addig a letétet vissza is veheti. «Si de debitore prii hum. quaeritur, pecunia obsignata manet ejus, út ante fuit; et quia eandem deponit, necesse est et eum in ea pecunia eodem loco, quo ceteri qui deponunt haberi ... Ac debitorem manere dominum pecuniae obsignatae hinc intelligimus, quod... nemo facto suo invitum dominium rei suae amittit... Manet ergo debitor pecuniae obsignatae dominus qui obsignatione dominus esse non desinit... Quia qui id agit, út festituatur alteri, idem id agit aperte, út quamdiu illi recte restituta non érit, restituatur sibi. Si debitor jure suo usus pecuniam ad se receperit, incipit vetere actione utili teneri creditori.»

az újabb törvényhozások és írók is túlnyomólag ezen az állásponton vannak. Persze, a mi a kérdés *positiv* részét illeti: t. i. hogy *mikor* megy hát mégis át a tulajdon? a bírói értesítéssel? a hitelező elfogadó nyilatkozatával? vagy a bírói kiutalással? erre, a hány fő, annyi vélemény.

Mellesleg mondva: e kérdés ötletéből is sokat vitatkoznak az irodalomban arról, vajon a bírói letébehelyezés a «harmadik javára szóló szerződések» osztályába tartozik-e? *Regelsberger*, *Kohler* és mások igennel szavaznak, *Unger*, *Czyhlarz* és mások nemmel — de így döntsünk, vagy amúgy, a mi kérdésünkre e vitából megoldás nem várható. Mert hogy a harmadik javára szóló szerződésből a kedvezményezett *mikor* szerzi a neki szánt jogot? a szerződés kötésével? az értesítéssel? a hozzájárulással? ez maga is mindenképen vitás és ezért akár e szerződésfaj közé számítsuk a letéti ügyletet, akár nem: a mi kérdésünk ez által nem lesz világosabb.

Ám bármint legyen, egy dolog kétségtelennek látszik: hogy sem a letevő, sem a letéti hatóság fel nem tolhat a hitelezőre oly tulajdont, melyet emez *visszautasít*. A tétel: «*beneficia non obruduntur*» kétségtelen érvényben van nálunk is. Ha tehát a hitelező bármi okból bejelenti a bíróságnál, hogy a letétet *nem* fogadja el, akkor bizonyos, hogy az tulajdonába nem ment át. Pedig a jelen esetben ez történt. A hitelező bejelentette a bíróságnál, hogy a 2000 frtból csak 1720 frtot fogad el, a hátralékos 280 frtot (mi okból: közömbös) nem fogadja el és hozzájárul a letevő kérelméhez, hogy az neki visszaadassék. Ez a 280 frt tehát azontúl semmi esetre sem volt *A-é* és így azok, kik e 280 frtra ezentúl végrehajtást vezettek, nem az *A* -ét foglalták le, és ezért *Y*. és *Z*-vel szemben mindenesetre hely hagyandó az igénykérelemnek.

De hely volt adandó *X*. ellenében is. Mert noha akkor, mikor *X*. a letéti összeget lefoglalta, *A*. a 280 frtot még vissza nem utasította volt: még azok is, kik a bírói értesítéssel menesztik már át a letét tulajdonát a hitelezőre, elismerik, hogy a későbbi visszautasítás a letét idejére hat

vissza.¹ Olyan az efféle szerzés, mint a hagyomány szerzése a római jogban, vagy az örökségé a mi jogunkban: ipso jure történik a szerzés, de a repudiatióknak visszafelé megseramisítő hatása van. Vagy a német birodalmi kódex, szavaival: § 333. Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben.

Eddig egyszerűség kedvéért tulajdoniról beszéltem, mert ezt a kifejezést használja az első Ítélet is. Pedig világos, hogy itt nem tulajdonról, hanem követelési jogról foly a vita. A régi időben a pénz még lepecsételve (pecunia obsignata) helyzetetett letétbe, és ily esetben a mi kérdésünk csakugyan olyanformán szól: kié e pénz tulajdonjoga? De a mai eljárás szerint a bírósági letéthivatal a nála letett pénzeket összekeveri, a pénz tulajdona itt az államra megy át, az ügylet depositum irregulare alakját viseli, és a mi kérdésünk csak az lehet: vajon mily összeg erejéig való követelési jogot (*actio depositi directa utilis*) szerzett A. az állammal szemben?

Az Ítélet azzal érvel, hogy a letevő a 2000 frtot «fentartás nélkül *fizette*». Ez téves. A letevő épen azért teszi letétbe az összeget, mert *nem bir fizetni*. A fizetés a hitelező nélkül nem mehet végbe, a letét igen. De épen ezért a letét által a fizetésnek csak azon hatása érhető el, mely az adósra tartozik, t. i. hogy kötelme alól szabadul, de azon hatás, melylyel a fizetés a hitelezőre nézve jár, t. i. hogy a fizetségtárgyán tulajdont szerez: a pusztá letétel által még be nem áll.

Persze, a «jóhízemű végrehajtató! sem hiányzik az ítéletben. A mi igényperi judikaturánk visszaél ezzel a jóhízemű végrehajtató» speciesével. Más alkalommal kimutattam,³ hogy az a védelem, melylyel a modern jogok és a mi házai praxisunk is a jóhízemű tulajdon- és zálogszerzést körülveszik, a jóhízemű végrehajtatót» meg nem illeti.

¹ *Hasenöhr*l Obi. R. II. 496. kv. 11. *Ehrenzweig* Zweigliedrige Verträge 69. 1.

² Magánjogi fejtegetések 173—179. 1.

Mellőzve az ott kifejtett belső okokat,¹ maga az igénybejelentés intézményének pusztá felállítására végrehajtási törvényünkben is mutatja, hogy a törvényhozó más-másnak nézi a két esetet. A ki az osztr. polg. törvénykönyv 376. vagy 456. §§-ai vagy keresk. törvényünk 299. §-a esetében tulajdont vagy zálogot szerez, azzal szemben a törvény határozott rendelete szerint az, ki előbb szerzett tulajdont vagy zálogot, igényt nem érvényesíthet. De végrehajtást mindenki csak igénybejelentést iránti felhívás mellett vezethet; minden foglaltatónak tehát tudnia kell, hogy ő csak annyiban és csak az esetre szerzett zálogjogot, a mennyiben és a mely esetre a lefoglalt dologra harmadik személy alapos igényt nem fog támasztani. Ennyiben azt lehet mondani: ijóhíszemű» foglaltató magában való ellenmondás, mert minden foglaltatónak tudnia *kell*, hogy esetleg igény fog bejelentetni. Ha igénykeresetnek csak oly esetben adnánk helyet, midőn a végrehajtató a foglaláskor az igény fenállásáról már *tudott*, akkor az egész igényper intézményének java értéke oda veszne.

Mindenképen helytelen a *kir. tábla Ítélete* is. Míg az elsőbíróság a letét «tulajdonjogát» már a *letétel* pillanatában itéli a hitelezőnek, addig a *kir. tábla* szerint a letét csak akkor a hitelezőé, ha az annak «tényleges hatalma alá került». Hogy mit ért ez alatt: vajon azt az időt, midőn a hitelező a pénzt a letétpénztárnál felveszi, vagy már midőn a bíróság részéről a kiutalás történik, vagy midőn a bíróság a hitelező elfogadó nyilatkozatát tudomásul veszi: ez homályos, de annyi bizonyos, hogy a *kir. tábla* úgy találja, hogy a kérdéses 280 frt *nem* a hitelezőé. De hogyha ez összeg (helyesebben: ez összeg iránti követelési jog a letéti hatósággal szemben) nem a hitelezőé, akkor az ellene vezetett végrehajtás czimén le sem volt foglalható. Ennélfogva nemcsak «felperes kereshetőségi jogát» kellett megállapítani, mint a másodbíróság tette, hanem ezen 280 frt iránti rész-követelést a zár alól fel is kellett oldani.

¹ V. ö. azóta: *Krainz System* II. köt. 10a. 1. 15. j. 103. 4. j. és *Schrutka-Rechtenstamm* Freigeubung fremder Sachen 1893, 129. 1.

E helyett a kir. tábla az elsőbíróságot «az igény kereset *érdemleges elintézésére utasította*». De miben álljon ez az «érdemleges elintézés?» Hiszen az elsőbíróság már *érdemleg elintézte* a dolgot, úgy találta, hogy a 280 frt a hitelezőé és ezért felperest «érdemileg» (nem pedig, mint a tábla véli, «csak») «felperességi jogosultsága» tekintetében) elutasította. Ha most a tábla úgy látta, hogy ezen 280 frt a foglaláskor *nem* a hitelezőé, hanem még a letevőé volt (mert e kettőn kívül másé, úgy-e bár, nem lehet?), akkor a táblának az ügyet «érdemben» megváltóztatólágg kellett elintéznie és felperes keresetének helyt adni.

A kir. tábla azonban nyilván másban látta a per «érdemét». Felperes azt állította keresetében, hogy ezen 280 frtot «tévedésből» tette letétbe és az elsőbíróság felperest «az általa felhozottak tekintetéből» utasította el, azaz: a tévedés bizonyítását meg sem engedte, mert úgy találta, hogy *ha* a 280 frt téves «fizetés» folytán jutott is a hitelező «tulajdonába», azért a tulajdon tulajdon marad és a téves fizetés csak a letevő «és végrehajtást szenvedő közti jogviszonyt (értsd: *condictio indebiti*) állapít meg». Ha a kiindulási pontot megengedjük, hogy a 280 frt a foglaláskor csakugyan a végrehajtást szenvedőé volt, akkor ezen döntés következetes is, már a jelen per «érdeme» csakugyan az: kié volt a foglaláskor a 280 frt r A kir. tábla azonban az «érdemet» nyilván nem ebben, hanem a *tévedésben* látja és ez a táblai ítélet főbotlása. Mert a tábla saját álláspontja szerint is világos: hogy a 280 frt nem azért nem jutott a hitelező vagyonába, mert felperes *tévedett*, hanem, mert «még nem került a végrehajtást szenvedő tényleges hatalmába» vagyis, szerintem: mert a végrehajtást szenvedő e 280 frtot soha el sem fogadta, sőt visszautasította. A tévedés kérdése a jelen perben merőben közömbös.

XI.

Ági öröklés és özvegyi jog.

Még egyszer és utoljára kell elszámolnunk a kérdéssel: mit tartsunk meg, mit áldozunk fel hazai magánjogunk évszázados intézményeiből? A következő sorok, a készülő magánjogi törvénykönyv ötletéből két ily intézményre nézve latolják a lét vagy nem lét kérdését. Mindkét intézmény tekintetében az elvi álláspontom ugyanaz: mindkettő a készülő törvénykönyvben fentartandó, de a maihoz képest módosított alakban. Mindenestől elejteni ez intézményeket szerintem ép oly hiba volna, mint változatlanul fentartani.

I.

Jó nyomon járt-e 1861-ben az országbírói értekezet azzal, amit meghagyott, azzal, amit kiforgatott régi örökjogunkból? Különösen az *ági öröklés* tárgyában túllőtt-e, innen maradt-e a czélon, melyet a hazai jogfejlődés és a változott kor kívánalma elébe szabott? Több mint harmincz éve, hogy állandóan és szenvedélyesen tárgyalják e kérdéseket. Vannak, kik sokalják azt, amit az értekezet a régi jogból áldozatul dobott: az ági öröklést szerintök kényszerű erejében kellett volna fentartani, melylyel szemben végintézetnek helye nincs. Mások szerint tövestül kellett volna kivágni az ősi öröklés korhadat fáját és merőben az öröklött — szerzeményi distinctióját nem ismerő «modern» örökléssel helyettesíteni. Az «ági öröklés fentartása vagy elejtése» jelszavai alá sorakozik a hatvanas évek óta hazánk jogászsága. Az elejtés hívei az ági öröklés középkori vagy épen hűbéri eredetére hivatkoznak, melylyel szemben mai fentartását anachronismusnak nevezik; hivatkoznak a modern tulajdon egyéni voltára, míg az ági öröklés a családi tulajdon fogalmán sarkal; és hivatkoznak arra, hogy az ági öröklést, mely hajdan többé-kevésbé egész Európában volt elterjedve, újabban majdnem az összes kultúrnépek elejrtették. Az ági öröklés hívei ezzel szemben ez intézmény nemzeti eredetére, a nemzeti géniusszal való összhangjára utal

nak; vitatják, hogy a vagyonnak a családban való összetartása által fentartja a családok jólétét és vele társadalmi és politikai erejét, fõntartja a családtagok között az összetartozóság érzékét, takarékosagra ösztönöz és a vagyon túlságos elaprózását akadályozza. Rámutatnak végfõl arra, hogy az ági öröklés fentartása hozzájárulhatna országunk különbözõ nemzetiségeinek politikai egyesítéséhez. Igazság és tévedés mind ebben elegyes. Derítsük ki mindenekelõtt mindkét fél túlzásait és ferdeségeit, hogy azután könnyebben dönthessünk a megálló érvek közt.

1. *A nemzeti eredet*

a) A jogtörténet és az összehasonlító jogtudomány mai állásában nem szorul többé bizonyításra, hogy az öröklõtt és szerzett vagyon közti különbösgtétel nem különlegessége a mi hazai jogunknak. Hogy a vagyon elsõ alakulata minden kezdetleges jogban nem egyéni, hanem családi vagyon; hogy e családi vagyon elidegeníthetetlen és mint õsi vagyon száll nemzedékrõl nemzedékre; hogy különösen az ingatlan és annak szükséges felszerelése képezi ezen õsi családi vagyon zömét és hogy csak késõbben fejlõdik ki az egyéni tulajdon az ingó szerzemény alakjában; hogy a családi vagyon átszállása nem az egyéni öröklés, hanem a köztulajdon gondolatán épül; hogy öröklés és végrendelet csak késõbben és az ingó szerzeménybõl veszi kezdetét: ezek az összehasonlító jogtudománynak már közhelyekké vált igazságai.

Az õsi és szerzeményi vagyon megkülönböztetésének elvével az ági visszaszállásé összefügg ugyan, de nem jár mindig vele. Addig, míg a nõ alárendelt állást foglal a családban és személyével-vagyonával férjének családi hatalmában van: addig apai-anyai vagyon külön-külön nincsen és az õsi vagyon csakis az apai ágon száll. Csak késõbben jut elismerésre a gondolat, hogy mindenki két család sarjadéka és hogy az anya családjának õsi vagyona egyenjogosult az apa családjának õsi vagyonával. Így válik az egyik «distinctio bonorum»-ból (õsi, szerzeményi) a másik (anyai õsi, atyai õsi) és mindkettõbõl a tétel: *paterna paternis, materna maternis*—

A római õsjog is ismerte — úgy látszik — az õsi és a szerzeményi vagyon különbösgét: a «familia» e szó régi

értelmében, minden valószínűség szerint, az ősi családi vagyont, a «pecunia» pedig a szerzeményi egyéni vagyont jelentette és e felosztáson alapulhatott alighanem eredeti értelmében a res Mancipi és res nec Mancipi megkülönböztetése is.¹⁾ De a régi római család csakis az atya családja volt és a családi vagyont ott igen korán váltotta fel az egyéni tulajdon, holott a női rokonság csak igen későn talált jogi elismerésre. Ezért a római jog az ági visszazállást nem ismeri és csak a byzanci császárság korában akadunk egyes intézkedésekre, melyek rokon gondolatot képviselnek.²⁾

A germán jogok is szélteben ismerik az ősi és szerzeményi vagyon megkülönböztetését és azon nagyobb fontosságánál fogva, a melyet ott mindig az anyai rokonságnak is tulajdonítottak,³⁾ régtől fogva különbséget tettek anyai és apai ősi vagyon közt. Ezzel pedig meg volt adva az ági elszállás alapja. Mily szélesen el volt terjedve az elv a germán jogokban, arról l. sok más helyett: *Stobbe Handbuch d. deutsch. Privatr.* (2. kiad.) V. 6, 104/5, 118⁶⁰, 116⁵¹, 377"» 11.

A középkori öröklési rend fejlődési története a közép- és újkorban napjainkig megírva nincsen; de nagyjában úgy jellemezhető e történelem, hogy az a nemzeti és a római jog küzdelmének a története. Abban a mértékben, a melyben a római jog valamely nemzet jogába behatol, helyt enged az ági öröklés a rómainak. Innen a jelenség, hogy az ági öröklés-kivész Németországból, hol a római jog teljes diadalt arat; hogy compromissumnak enged Franciaországban, hol a jogélet a mai napig megtartotta félig germán, félig római jogi kettős gyökerét; és hogy épségben maradt oly országokban, melyekben a római jog behatása legkisebb volt: az angol-amerikai, a svájci, az orosz és a magyar jogélet területén.³⁾

Már a Schwabenspiegel is oly megszorítását mutatja a

¹⁾ *Ihering* Entwicklungsgesch. d. r. R. 81. 1.; *Karlowa* Röm. Rgesch. II. j§., 354—360. II.; *Cuq* Les institutions juridiques des Romains I. 92. 1.; *Bonfante* Res Mancipi e nec m. 150. I.; *Long.* Arch. giuridico 1886, 306. 1.

²⁾ L. *Arndts* Pandecten §. 417., 1. és 4.; *Vangerow* Pand. II. köt. 409, IV. 1. jegyzet.

³⁾ *Heusler* Instit. d. deutsch. Privatr. §. 174.

paterna paternis szabályának, mely alighanem a római jog befolyására vezetendő vissza. Míg ugyanis a «kleines Kaiserr recht» a paterna paternis szabályát teljes általánosságban állítja fel (II. könyv 95. cikk: «was gudes von dem vater is komén, das soelent ouch nemen des vaters frunde [frunde = rokonok[^], und daz von der mutter is komén, daz soelent nemen der mutter frunde): addig a sváb tükör (ed. Wacker-nagel Landr. cap. 225) e szabályt csak az esetre tartja, ha az ági rokonnál közelebbi rokonsági fokon álló rokon nin[^] csen; mert ellenkező esetben a közelebbi — bár nem ági — rokon viszi el az örökséget. (Wer aber einer sippe naher ist, ez si von vater oder muoter magén, der sol ze rehte érbén.) Itt tehát a vagyoneredet elve már a rokonsági közelség elve által van megszorítva.

b) *Németországból* nem küzdelem nélkül szorult ki az ági öröklés. Sőt a római jog receptiója után sem szűnt meg az ági öröklés ellenhatása és tudomány és praxis a római jog köntösében is iparkodott azt fentartani. A felmenő rokonok öröklése tekintetében ugyanis az olasz Bartolus és követői tanítása nyomán a doktorok nagy része, köztük első sorban Carpzwow (Jurispr. for. III. 14. def. 2.) azt hirdették, hogy a paterna paternis stb. elve a 118. novella szerint is alkalmazandó; testvérek és testvérgyermekek tekintetében pedig e tanítást a gyakorlat hosszú ideig mint «közönséges császári jogot» széltében alkalmazta.¹

Am a római jog ezen germanizációjával szemben nem maradt ki a reactio, mely a paterna paternis elvét előbb megszorítja, utóbb megtöri. Meg kezdik szorítani az elvet előbb azon vagyon tekintetében, melyet az Örökhagyó nem közvetlenül valamely felmenőjétől, hanem például testvére révén örökölt: majd kizárják a vagyon eredete szerinti kettéosztását oly esetben, midőn felmenők édes testvérekkel együtt, majd midőn csakis felmenők, majd midőn távolabbi oldal-rokonok örökölnék (1. az irodalmat Schirmernél id. h.), míg végül csak arra az esetre tartották fenn az ági öröklés elvét, midőn apai féltestvér és anyai féltestvér (consanguineus és

¹ Schirmer: Handbuch d. röm. Erbr. §. 16, 50 jegyz.

uterinus) vagy ezek gyermekei concurráltak. Ez az eset volt (a 1. 13. §. 2. C. de legit hered. 6, 58 alapján) az utolsó menhelye a paterna paternis elvének a modern római jogban j. míg végül századunk módszeresebb kritikája ez utolsó pontban is helyreállította a justinianusi jog valódi értelmét.¹ Csak ezóta mondható vitánkívülinek a pandektajog területén, hogy «arról, hogy az apai vágyón az apai, az anyai vagy az anyai felmenőkre esik, mitsem tud a római jog».²

c) A múlt század végén és illetve a jelen század elején. végbement *porosz és osztrák codificatio* már nem találták érvényben a visszaháramlási jogot. *Poroszországban*^ illetve ezen állam akkori magvát képező Brandenburgban már 1527-ben az ú. n. constitutio Joachimá rendezte a törvényes öröklést a justiniani jog alapján, ezzel pedig a számos addig érvényben volt német alapú (jobbadán a szász tükörből fejlődött u. n. «közön-séges szász jogon» alapuló) jogok és jogszokások hatályból léptek. A visszaháramlási jogot tehát itt a római jogi receptio temette el, és az 1794. évi porosz Landrechtnek már nem volt mivel megküzdenie, midőn II. részének 2. §. 499-ába felvette a rendelkezést: «Bei der ganzen Erbfolge in aufsteigender Linie und bei der Theilung des Nachlasses unter väterlichen und mütterlichen Verwandten macht es kéirien Unterschied: woher und von welcher Seite das Vermögen dem verstorbenen Kinde zugefallen sei», és IL 3. §. 44.: «Auch kommt es darauf nicht an, ob das Vermögen .des Erblassers demselben von der väterlichen oder von der mütterlichen Seite zugefallen seb.

Ausztriában sem a polgári törvénykönyv vivott meg a paterna paternis elvével. Itt is a római jog a 16. század óta terjedve terjedt és a múlt század első felében a receptio az örökjog terén is be van fejezve. VI. Károly 1720-ban publicálja a «Neue Satz und Ordnung vom Erbrecht ausser Testament und anderer letzter Willen» című törvényt az Enns alatti Ausztria számára, melyet később részben ő, részben-Mária Terézia több más tartományra kiterjesztett és mely

¹ Windscheid Pand. III. 572. §. 22. jegyz.

² Windscheid u. o. 13. jegyz.

lényegében a 118. novella örökrendjét foglalja magában. Jellemző az akkori felfogásra, mely a római jogon kívül elvileg nem ismert el más jogot, e törvény bevezetése, mely a paterna paternis elvét nem benső okokkal czáfolja, hanem röviden tévesnek» (értsd.: a római joggal meg nem egyezőnek) nevezi. (In denen Erbnehmungen, paterna paternis, materna maternis, wie eben in vielen anderen ungleichen Landes-Beobachtungen, auch theils irrigen Landes-Gewohnheiten, öftere Streit- und Irrungen entstanden synd.¹ E törvény a visszaháramlási jogot Felső-Ausztriában, Styriában, Karinthiában és Krajnában megszüntetvén, II. József 1786-ban egy általános és minden országra érvényes örökjogi pátentst tett közzé, mely lényegileg már a későbbi ált. polg. törvénykönyv szabályait tartalmazza.

d) *Franciaország* a Code Napóleon alkotásig kétféle jogrendszerrel uralt: egy része a római jog, másik része a coutumes-ek rendszerét.

A droit écrit területén nagyjában a Justinianus örök joga volt érvényben. A droit coutumier területén számos egymás között eltérő szokásjog rendezte az öröklést. E szokásjogok lezöcs elve volt: a törzsvagyonnak a családban való fentartása. «L'esprit de notre droit coutumier, — mondja *Pothier* (Traité des Propres, Introd.) — est que chacun conserve a sa famille les biens qui lui en sont venus.» És valamint Németországban, úgy itt is a jogi írók szerették a paterna paternis szabályát a római jogra visszavezetni. (így pl. *Lebrun*: Des successions, II. könyv, L fej. sect. II., Nr. 8, 151. 1.'. A szokásjogok különbséget tettek egyrészt az ingatlan ősi (propres), másrészt az (akár ősi akár szerzeményi) ingó (meubles) és az ingatlan szerzeményi vagyon (acquêts) között. Az ingatlan ősi nézve állt a szabály «paterna paternis, materna maternis», melyet a különféle coutumes-ek háromféleképpen alkalmaztak: egyik szerint az ősi csakis az eredeti szerző lemenőire szállt vissza (u. n. coutumes souchère); másik szerint — és ez a rendszer volt legjobban elterjedve — az eredeti szerző mindenféle rokonára szállt vissza (coutumes de cote et ligne); ismét más szerint az eredeti szerzőt nem

¹ A törvény közzölve van: Codex austriacus I. Suppl. 952. kv. 11.

is kellett kutatni, hanem a vagyon, mely az örökhagyóra az ő atyjától vagy atyai rokonától háramlott vala, a legközelebbi atyai rokonra száll vissza, az a vagyon pedig, mely az örökhagyóra az ő anyjától vagy anyai rokontól háramlott vala, a legközelebbi anyai rokonra száll vissza (coutumes de simple cote).

Az ingókra és a szerzeményre (meubles et aquéts) nagyjában a római jogi öröklés szabályai dívtak. A felmenők és oldalágiak öröklése esetében azonban az a sajátosság állt fen, hogy a hagyatékot két egyenlő felerészre osztották (fendre la succession; innen az osztály neve: fente): egyik az apai, másik az anyai rokonságra szállt. Egyes coutume-ek még tovább mentek és az apai és anyai törzset ismét két-két nagyszülei, ezek mindegyikét ismét két-két szépszülei törzsre osztották stb. a végtelenbe és a szerint osztották meg — ha a közelebbi törzs vagy altörzs valamely tagja az örökhagyó előtt elhalt — a hagyatékot is. Ezen alosztályozást nevezték refentenek.

A francia forradalom eltörölte ezt a régi örökjogot. Az «égalité» jelszava alatt, valamint elsöpört minden különbséget tartomány és tartomány, ur és paraszt, férfi és nő, irancia és idegen, vallás és vallás, hűbéri és szabad tulajdon között: úgy az egyenlőség alapján megszüntette az Örökjogi különbségeket is.¹ A II. évi nivóse 17-iki törvény megszünteti *ja.* különbséget, mely addig öröklés dolgában a droit écrit és droit contumier, a propres és acquéts, az ingó és az ingatlan között fennállott és 62. §-ában először mondja ki a tételt, melyet azóta *ja.* modern codexek legtöbbje szószerint ismételt: «A törvény öröklés dolgában nem tekinti a javaknak sem különféle természetét, sem eredetét.» Ezzel el volt ejtve a paterna paternis, materna maternis szabálya. Az egész hagyaték azóta egy egységes tömeget képez, mely egységes öröklési szabályt Jcövet, úgy mint a római jogban. De a forradalom törvényhozói az ági öröklés százados gondolatát teljesen még sem akarták feláldozni. Biztosítékot kerestek az iránt, hogy a paterna

¹ *Sevin* Étude sur les origines revolutionnaires des Codes Napoléon, 1879, 46—ni. II.)

paternis elvének megszűnése után se gazdagodhassák túlságosan az egyik rokonsági ág a másiknak vagyonából. E biztosítékot a «fente» intézményében vélték feltalálni. Ha a hagyatékok így okozták fele részben az apai, fele részben az anyai rokonságnak jut, akkor annyi el van érve, hogy az egyik ágról származó vagyont a másik ág legalább *teljesen* el ne vihesse, a mint ez péld. a római örökjog szerint megtörténhetik. Hozzátették, hogy a vagyon szerzéséhez többnyire hozzájárul az anyai ős csakúgy mint az apai; a mennyit tehát a fente az egyik ágtól a másikra átvisz, ugyanannyit hoz ismét onnan vissza. Ezért e törvény általános érvényre emelte a fente intézményét, melyet a *droit coutumier* csak az ingó és a szerzeményi vagyon tekintetében ismert és ezt mindenmű hagyatékokra terjeszti ki. Minden hagyatéki vagyon — legyen apai vagy anyai, ősi vagy szerzeményi, ingó vagy ingatlan — ha leszármazó nincsen, fele részben az apai, fele részben az anyai ágra száll. Vájjon ezzel el volt-e fogadva és általánosítva a refente intézménye is, vitás volt a «*droit intermédiaire*» jogászai között.¹

Ez a nivóse 17-iki törvény 62. §-a majdnem szószerint átment a Code Napóleon 732. §-ába: «La loi ne considère ni la nature, ni l'origine des biens pour en régler la succession.» Kiegészíti e §-t a reá következő 733. §., mely— ugyan csak a nivóse 17-iki törvény mintájára --- a «fehtet-ot lépteti az ági öröklés helyébe: 733. §. «Toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales; l'une, pour les parents de la ligne paternelle, l'autre, pour les parents de la ligne maternelle ... Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une de deux lignes.»

E szakaszok nem minden ellenállás nélkül váltak törvénynyé. Ha elolvassuk az értekezleti jegyzőkönyveket és azokat a jelentéseket és beszédeket, melyek e szakaszok tárgyában a Code Napóleon anyaggyűjteményében találha-

¹ Demolombe Traité des successions I; 411—425. 11. Laurent Principes de droit civil III. köt. No. 487—509.

tók,¹ meggyőződhetünk arról, hogy ugyanazok az okok, melyeket az ági öröklés védői és ellenségei nálunk felhoznak, felhoztak mintegy száz évvel ezelőtt Franciaországban is, és hogy e reform létrehozásában érv és frázis száz év előtt Franciaországban ép úgy elvegyült, mint a hatvanas évek óta hazánk e tárgyú irodalmában.⁹

Midőn a Code civil így a paterna paternis elvét elejtette, másrészt megtartotta az u. n. *droit de retour* vagy *retour légal* szabályát, a mely amazzal rokon alapon nyugszik és bátran az ági visszazállás egy nemének mondható. A Code civil 747» 766, 351. §-ai szerint ugyanis a gyermektelen örökhagyó után azon vagyondarabok, melyeket ő ingyen kapott (törvényes, illetve természetes vagy fogadó) felmenőjétől, ez utóbbira (illetve ennek leszármazóira) szállnak az esetre, ha természetben (vagy a fenti §-okban felsorolt surrogatumok alakjában) meg vannak a hagyatékban és az örökhagyó rólok másképp nem rendelkezett. A mit tehát az örökhagyó atyai felmenőjétől ajándékba kapott — ide tartozik az örökrészek élők között való előre kiadása is — az ezen atyai felmenőre, a mit pedig az anyai felmenőtől kapott, ezen anyai felmenőre száll vissza: ez nyilvánvaló kivétel a paterna paternis elvének elejtése alól.³

A Code Napóleon újabb utánzatai közül a *hollandi Code* megtartja a visszazállási jogot a természetes szülőktől származott javak tekintetében (Code civil 766. §.), bár a törvényes felmenő visszazállási jogát — miért? erre a törvény-előkészítő anyag feleletet nem ad — eltörli. Megtartotta a visszazállási jogot az olasz codice első javaslata is,⁴ későbbi szerkezetében azonban elejtette és így vált törvénytényé. Elejtette a visszazállás jogát a portugali code is. Annál érde-

¹ V. ö. *Loché* La législation civile etc. ... de la France, éd. 1827., X. köt.; *Fené* Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. V., VI., X. köt.

² Az anyaggyűjtemény bő kivonatát közöltem «Az ági öröklés kérdése» című véleményes jelentésemben 52—65. l.

³ *Demolombe* Traité des succ. I. 537. 1. «la loi considère exceptionnellement l'origine de ces choses».

⁴ *Lavori preparatori del Codice civile* VI. köt. 557. 1.

kesébb, hogy a francia törvénykönyv alapján álló legújabb és legönállóbb két törvényhozási munkálat, a *Laurent* nagy Avant-Projetje (1883) és a spanyol polgári törvénykönyv (1889) ez intézményt megtartják, sőt ez utóbbi jelentékeny módon ki is terjeszti.¹

e) A svájci kantonok tarka jogrendszerei közül ma még Schaffhausen, Neuchatel, Bern és Wallis jogaiban találkozunk az ági öröklés eszméjével. *Schaffhausen* polg. törvénykönyve (1865. évből) a következőt rendeli: az apai törzsvagyon (Stammgut) az apára és az apai oldalon levő örökösökre, az anyai törzsvagyon az anyára és az anyai oldalon levő örökösökre esik, még pedig úgy, hogy a visszaszállás a nagyszülők, szépszülők stb. csoportjaiban is alkalmazást talál. A szerzeményi vagyon (Vorschlag) felerészben apai, felerészben anyai törzsvagyonnak tekintendő és ehhez képest osztandó fel a két ágbeli rokonok között, ősi vagyon a hagyaték azon része, melyet az örökhagyó törvényes öröklés vagy az örökrésznek élők közötti kiadása útján kapott; nemkülönben az a vagyon, melyet végintézkedés útján kapott, a mennyiben azt törvényes öröklés útján is kapta volna. A mi az ősin felül van a hagyatékban, a szerzemény. Ha a gyermektelen örökhagyót ennek apja és anyja túlélilik, a hagyaték eg-észben reájuk esik; ha egyikök (tegyük: az atya) előbb halt meg, a reája jutandott rész az ő leszármazóira esik; ha ily leszármazó sem maradt, akkor meg kell különböztetni, hogy az örökhagyóra atyjáról származott törzsvagyon minő részben képezte az atyának saját apjáról és minő részben saját anyjáról származott törzsvagyonát és minő részben szerzeményét: azon törzsvagyonban, mely az (apai) nagyapáról szállott az apára, az (apai) nagyapa vagy a tőle leszármazók fognak örökölni, azon törzsvagyonban pedig, mely az (apai) nagyanyáról szállt az apára, az (apai) nagyanya vagy a tőle leszármazók fognak örökölni; az apa szerzeménye felerészben az apai nagyatyára vagy a tőle leszármazókra, felerészben pedig az apai nagyanyára vagy a tőle leszármazókra fog esni; végül az örökhagyó saját szerzeménye $\frac{x}{4}$ részben az

¹ L. bővebben idézett véleményes jelentésemet 66., 152—157. 1.

apai nagyatyára vagy leszármazóira, $\frac{x}{4}$ részben az apai nagyanyára vagy leszármazóira, többi $\frac{2}{4}$ részben pedig az anyai rokonokra fog jutni. Hasonló az eljárás a távolabbi parentálákban is.

Látnivaló, ez a rendszer az ági öröklés (még pedig a magyarnak megfelelő u. n. coutumes souchères szerinti ági öröklés) és a visszaoslás (fente és refente) combinatiója: <minden vagyon a szerzőig az ági öröklés szabályai szerint, tovább pedig a visszaoslás (fente, refente) szabályai szerint száll a felmenő és oldalági rokonságra. A *neuchateli code civil* (1854) szerint az atyáról vagy az atyai rokonokról hárult vagyonban (bien páternél) az atya, az anyáról vagy az anyai rokonokról hárult vagyonban (bien maternél) az anya örököl; ha pedig az atya vagy az anya előbb meghalt, akkor az atyai vagyonban a legközelebbi atyai, az anyai vagyonban pedig a legközelebbi anyai rokon örököl tekintet nélkül arra, hogy a vagyon *melyik* atyai, illetve anyai oldalú rokontól származott le (coutumes de simple cõté); a negyedik foknál távolabbi rokon ágiság czimén fel nem léphet. A szerzemény (biens d'aquêts) egyenlően oszlik fel a két oldal között. Megjegyzendő, hogy a neuchateli code — mely nagyjában a francia code civil utánzása — e mellett a droit de retour is teljes terjedelemben átvette. *Bern* törvénykönyvében is nyoma maradt az ági öröklésnek. A berni polg. törvk. 160. §-a ugyanis így szól: «Die Kinder bleiben sich während des Lebens des Vaters gegenseitig für das herausbekommene Muttergut substituiert». Azaz: ha egy első házasságbeli gyermek kikapta apjától az elhunyt anya utáni örökséget, akkor ezen gyermek halála után ez az örökség nem apjára, hanem az első házasságbeli többi gyermekekre fog szállni. Az ági öröklésnek némi nyoma található még *Wallis* canton code civil-jében is, melynek 792. §-a a francia code civil 766. §-ának módosított utánzata. ,

A többi svájci kantonok törvénykönyvei nem tartották fenn az ági öröklést. A svájci törvénykönyvek ugyanis — a zürichi kivételével, mely önálló alkotás — kivétel nélkül a Code Napoléon és az osztrák polg. tvkönyv utánzásai; amazt a francia, emezt a német cantonok törvényhozói kö-

vették.¹ E két minta volt tehát döntő e codexekben az ági öröklés kérdésében is. A végrendelkezési szabadság tekintetében mindazonáltal még ma is több kanton joga különbséget tesz az ősi és a szerzett vagyon között, a mennyiben az öröklött vagyonról való végintézkedést erősebben megszorítják. Így pl. a Schaffhauseni törvénykönyv szerint az öröklött vagyon $\frac{2}{3}$ részéről semmi esetre sem lehet végrendelkezni, a hátralékos $\frac{1}{3}$ -nak, ha törvényes gyermekek maradnak, csak $\frac{x}{10}$ -ed részéről (tehát az öröklött vagyonnak egészben csak $\frac{x}{10}$ -ad részéről), ha pedig szülők maradtak, $\frac{s}{10}$ -éről szabad intézkedni. *Nidwalden* joga szerint öröklöttről Vao-ad rész erejéig, szerzetről $\frac{x}{10}$ -ed rész erejéig szabad rendelkezni. Hasonló különbséget tesznek *Thurgau*, *Graubünden* kantonok és March kerületének joga *Schwyz* kantonban.⁹

f) Az angol-amerikai jogtól sokkal távolabb állunk, megértésének eszközei és előzményei sokkal idegenebbek tőlünk, semhogy kérdésünkbe vágó rendelkezéseit itt behatóan kellene vagy lehetne előadnunk. *Angiádban* a szabad ingatlan vagyon (fee simplej utáni törvényes öröklés (descent of realty) tekintetében a mai napig különbséget tesznek öröklött és szerzett vagyon között. Az ingatlanban való öröklést, mely azelőtt az u. n. «old canons of inheritance»-on nyugodott, 1833 óta IV. William törvénye (3 & 4 Will. IV. c. 106) és utóbb Victoria törvénye (22 & 23 Vic. c. 35. sec. 19) rendezte. Ezek szerint a vagyon első sorban a leszármazókat illeti, a minék közelebbi rendezése itt bennünket nem érdek. Lemenők nem léteben az öröklött vagyonban a felmenő és oldalágon csak azon rokonok örökölnék, kik az első szerzőtől leszármaznak, míg a szerzett vagyon utáni öröklés a vagyoneredettől függetlenül történik. Az ingatlan szerzője (purchaser) az, a ki azt más módon, mint törvényes öröklés (descent) útján, és a mi vele jogilag egy tekintet alá eső (escheat, partition, inclosure útján) szerezte (tehát pl. a mit végrendelet útján kapott, noha törvényes öröklési igénye is volt reá: szerzemény), a többi: ősi (ancestralestate). Alapelve

¹ L. *Bluntschli* ismertetését Commentárja bevezetésében: «Die bisherigen neuen Gesetzbücher der schweizerischen Kantonen».

² *Hüber* System d. schweiz. Pr. R. II. 262—266 1.

ez öröklésnek, hogy az öröklési rend feje nem az elhunyt, hanem az *első szerző* (purchaser) és hogy minden öröklés ez *első szerzőtől száll lefelé*, miért is az ingatlanban való öröklés *descent-nek* nevezetik. 1833-ig felmenők ingatlanban nem is örököltek. A törvény azonban azt a vélelmet állítja fel, hogy az ingatlan utolsó birtokosa egyszersmind annak szerzője (purchaser), hacsak be nem bizonyítatik, hogy örökölte; ez esetben ismét az tekintetik szerzőnek, a kiről az ingatlan örökség útján az utolsó birtokosra szállt, hacsak ismét be nem bizonyítatik, hogy ez is örökölte stb.¹ Hasonló különbséget az ősi és szerzeményi ingatlanban való öröklés között tesz több észak-amerikai állam is. New-York, Rhode Tsland, Connecticut, New-Jersey, Ohio, Virginia, Tennessee, North-Carolina, Maryland joga szerint az ősi ingatlan — lemenők hiányában — azon felmenő és illetve oldalrokonokra száll, kik az első szerzőtől származtak és a másik ágon levő rokonok csak akkor örökölnek ily ingatlanban, ha a szerző ágán már leszármazó nincsen. És ezt a szabályt úgy Angliában, mint az Egyesült-Államokban azon parómia alatt ismerik, hogy «paterna paternis, materna maternis».² New-York államának a fenti elvek értelmében fogalmazott örökösödési szabályai, melyek ott a New-York Revised Statute életbe lépte óta (1830) voltak érvényben, kevéssel ezelőtt hatályukat veszítették és helyükbe egy novella lépett, mely 1896. október 1 óta érvényben van. Am ez a novella — mennyiben a mi kérdésünket illeti — csak *stylaris* változása a régi törvénynek, lényegében a *paterna paternis* elve itt is fenn van tartva. E szerint:³ Ha az örökhagyó törvényes lemenők nélkül meghal és az atya őt túléli, az örökség az atyára száll, kivéve, ha az örökség az örökhagyóra az anyáról hárult, mely esetben az anyára száll vissza. Ha az anya nem éli túl az örökhagyót, az anyai ágú

¹ Tüzetesebben 1. *Nasmith Institutes of English Priváté Law*. 1875., II. 524—528 1. *Brett Commentaries on the present Law of England* 1890., 1. 50—56. 1.

² L. bőv. *Kent Commentaries on American Law*. IV. k., 430—454. 1.

³ L. a következőhöz: *Laws of New-York for 1896*, Vol. I. Chapter 1547. section 284—290.

öröklött vagyon az örökgyó testvéreire száll, de az atyának életfogytig haszonélvezete van rajta; ha testvérek sincsenek, akkor az anyai öröklött vagyon az atyára száll. (sect. 284.) Ha sem szülők, sem testvérek nincsenek, akkor az öröklött ingatlan azon szülő testvéreire és illetve ezek leszármazóira száll, a kiről az ingatlan az örökgyóra hárulta (sect. 288.) Félvérű oldalrokonok egyenlően örökölnek a teljesvérű rokonokkal; az öröklött ingatlanban azonban azok, kik a szerző össel nem egyvérűek (who are not of the blood of such ancestor) nem örökölnek (sect. 290).

Íme e rövid visszapillantás a múltba és e körültekintés a mai kultúrnépek törvényhozásában meggyőzhetett arról, hogy az ági örökség «magyar nemzeti eredetének» állítása a mesék országába való. Csudálatos, hogy e mese oly régen és oly konokul tartja magát, mikor pedig már *Frank Ignác* ösiség és elévülés» című értekezésében (1848) rámutatott arra, hogy az ősi és szerzett vagyon közötti különbségtétel és az előbbinek a család érdekében való lekötöttsége nem magyar eredetű, hanem egyetemes jogtörténeti jelenség. «Nagyon tévedne, — úgymond az invalidationalis perről szólva — a ki ebben hazai törvényünknek oly nemű sajátságát keresné, milyen másutt elő nem fordul. Sőt ellenkezőt mondhatok; a szokás régi és újabb nemzeteknél annyira divatos volt, hogy nemcsak az összeállító törvény tudomány, hanem a törvényhozás körében is méltó figyelmet gerjeszthet . . . Tudniillik az érzés, mely a rokonokat egybefuzi, hogy magukat úgy tekintsék, mintha egy testnek összefüggő tagjai volnának, természet szerint legmélyebb akkor, mikor legszükségesebb, hogy egymást oltalmazzák, mivel másra nem támaszkodhatnak: mely, a mint tudjuk, a középkorban, az általános tudatlanság, a nagy szegénység és a társadalom sajnos gyengesége miatt, maradó keserves állapot volt. Azért nemcsak illőnek, hanem szükségesnek is tartották, hogy a kik egy nemzetségnek tagjai, egymást mindenképen kíméljék, tiszteljék, segítsék; tehát hogy a sok ügyyel-bajjal, sokszor vérrel nyert javakat is minden módon a nemzetség körében megtartani törekedjenek. Ezen érzés és az abból keletkezett vélemény egyenlő hatalommal elterjedt egész Európában, mint

a szüntelen háborgás és annak természetes következése, az inség; nem csuda tehát, hogy hasonló érzések mindenütt hasonló törvényeket szültek». (8., 13/14. 11.) Frank e szavakban több történeti érzéket mutatott, mint az országbírói értekezlet, melyen a nemzeti eredet szószólókra és hívókra talált. 2. *Nemzeti genius, nemzeti érzés.* Rokon, de mégis más és komolyabb érv az, mit a nemzeti genius, vagy nemzeti érzés szavával jelölnek. E gondolat abban áll, hogy: bárhonnan eredt legyen is az ági öröklés intézménye, a nemzet azt százados megszokásban befogadta, magáénak érzi és megválnia tőle nehezebbre esnék. Ezzel szemben az ágiság ellenzői tagadják, hogy ez intézmény a magyar nép érzésének vagy kívánalmának megfelel, sőt állítják, hogy a magyar ember családi érzését sérti. Itt vélemény áll véleménynyel szemben és nem látok módot, hogy a vitát e tények meggyőző erejével eldöntsük. Ha végigtekintünk az idevágó irodalmon¹ és egybevetjük ama férfiak neveit, — államférfiak, tudósok, bírák, ügyvédek — kik az egyik és a másik nézet mellett szót emeltek: el merjük-e dönteni, melyikök tartotta kezét szorosabban a magyar nép életütere? Ha nyelv, ha népszokás kérdésében vitássá válik, így-amúgy tartja-e egy-egy megye, vidék, vagy az ország népe r ott a nyelv, melyet beszélnek, a divat, a szokás, a melyet követnek, ott a megfigyelés módszere, a ténygyűjtés segédszere: az efféle viták külső tények vitái és az igazság érzékbe eső tény erejével bizonyítható. De a jogi érzés benső valami, nyilvánulása többnyire sem nem biztos, sem nem erős, megfigyelésére és ellenőrzésére se módszer, se kísérlet. Ily körülmények között, ha az egyik azt mondja, hogy a nemzet jogérzete követeli, a másik pedig, hogy a nemzet jogérzete elutasítja az ági öröklést: nem félé-e, hogy mindkettő a maga egyéni érzetét substituálja a nemzetének? Valljuk meg, hogy itt minden döntés önkény. Hiszen a két hevesen vitatott tétel mellett, melyek maguk mellé vindicálják a magyar nép közérzetét, lehetséges még egy harmadik is: t. i., hogy népünk érzése *egyáltalában nincs* lefoglalva sem az ági öröklés mellett, sem

¹ L. ez irodalom kimerítő összeállítását és kivonatát: idézett véleményes jelentésben 1—46. 1.

ellene, hanem hogy mindkét irányban indifferens. Sőt még egy negyedik feltevés is képzelhető: hogy a jogérvés vidék vagy nemzetiség (pl. magyar-német) vagy néposztály vagy foglalkozás (falusi, városi — földbirtokos, kereskedő stb.) szerint más-más. Sőt ha az ági öröklés csakugyan nem az általános emberi érzésnek, hanem (mint a nemzeti genius szószólói tartják) nemzeti sajátosság kifolyása: akkor a priori valószínűtlen, hogy az országunklakta annyi különböző nemzetiség érzésének egyaránt megfeleljen, és kérdéssé válik, hogy a törvény előtti egyenlőség elvén alapuló *általános* magánjogi törvénykönyv szempontjából az *ilyen* indokolás nem inkább ellene szól-e, mint mellette? A nemzeti érzéstől ezért szerintem komoly okot az ági öröklésnek sem megtartásáért, sem elejtéseért méríteni nem lehet.

3. *Családfentartás*, A mit e jelszó alatt értenek, ugyancsak vitás mindenképen. Az országbírói értekezlettől a mai napig azt mondják az ági öröklés védői, hogy a vagyont a szerzők családjában tartja meg, s ez által magukat e családokat is tartja fenn. Ellenzői viszont arra utaltak, hogy e funkciót az ágiság még az ősiség korában sem teljesítette, midőn az ősi vagyon el sem volt idegeníthető, annál kevésbé teljesítheti ma, midőn életben is, halál esetére is rendelkezni róla. Ez utóbbiak között ismét vitás, vajjon a vagyonnak a családokban való megtartására az ági öröklés helyébe a substitutio és hitbizomány nagyobb szabadsága lépjen-e, sőt kívánatos-e általában a vagyonok egyes családokban való összetartása és nem inkább azoknak mentül több kézre való elosztására kell-e törekedni r

Már most kétségtelen, hogy mióta jogunk az öröklött vagyon tekintetében a szabad rendelkezési jogot élők között és halál esetére ismeri, szó sem lehet róla, hogy az ilyen vagyonnak a szerző családja kezén való maradása biztosítva legyen; másrészt az is tagadhatatlan, hogy oly esetben, midőn az örökös az öröklött vagyont nem idegenítette el életében és gyermek nélkül hal meg: az ági öröklés az ilyen vagyont mégis csak a szerző leszármazó családjában tartja.

Vannak tehát esetek, midőn az ági öröklés a vagyon conserválja. Ámde az ági öröklés, midőn így mintegy kiviteli

vámvonallal veszi körül a szerző ivadéka körét, ép oly mértékben meg is fosztja a beviteltől, és ezért a concret körülmenyek szerint egy család vagyonságát, hol az ági, hol az ágonközi öröklés szolgálhatja jobban, hol pedig mindkettő mellett egyformán maradhat a családi vagyonmérleg. Vegyük a legegyszerűbb példát: Az anyáról gyermekére szállt vagyont a gyermek halála után az ágonközi öröklés szerint az atya viszi el az anyai család elől: itt az anyai család a vesztes. De ha az apa halt meg előbb, akkor meg az anya öröklí a gyermek halála után az apai vagyont: itt az anyai család nyertes. És mikor a gyermek anyja után egy 50,000 frtos házat, apja után pedig 50,000 fit értékű földet örökölt és halála után a fele ház és fele föld az apai, a másik fele ház és fele föld pedig az anyai rokonságra esik: mindkét család annyit vett az öröklés által, mint a mennyit nyert, a családi vagyonmérleg nem változott. Nem lehet tehát mondani, hogy az egyes család vagyonsága jobban volna biztosítva az ági mint más öröklés mellett, mert a valószínűség, mely az ágonközi öröklési fluctuatio folytán előáll, nyeres-vesztés tekintetében egyenlő. És a mi az egyes család szempontjából áll, az áll a magyar családok összessége szempontjából is. Nem lehet állítani, hogy a magyar családok — vegyük e szót akár nemzetiség, akár honpolgárság értelmében — vagyonát az ági vagy nem-ági öröklés akár gyarapítaná akár csökkentené. Mert a mennyi az ágonközi öröklés útján magyar családból idegenbe kerülhet, ugyanannyi kerülhet ugyanez után az idegen szerző családjából ismét vissza. Tegyük fel, hogy a fenti példánkban az anya magyar családból való, az apa pedig külföldi; itt a valószínűség, hogy magyar vagyon jut külföldi kézre ép akkora, mint fordítottja. Hozzájárul, hogy a «család», a melynek a conserválásáról itt szó van, nem az örökhagyó szűkebb családja, hanem az eredeti vagyonszerzőé; e kettő közt pedig néha nagy a különbség. Az ági öröklés mai formájában azon okból, hogy az eredeti szerző családját fentartsa, szétrobbantja az örökhagyóét. Pedig hol az érdek, hogy az anyai dédapánk leszármazói megkapják a vagyont, apánk pedig koldusbotra jusson. Az ági öröklés tehát épugy, a mint családfentartónak, nevezhető családpusztítónak is. De abban

az értelemben sem családfentartó az ági öröklés, hogy a «történeti neveket» tartaná jó módban. Mert ez csak szigorúan megtartott fiágiság mellett volna keresztülvihető; de, ma, midőn minden vagyon fi-nőágon egyaránt száll: a legidege-
nebb nevek viselői viszik el az ági vagyont az örökhagyó legközelebbi rokonai elöl, tizedfokú oldalrokonok, kik az örök-
hagyónak sem mai értelemben vett családjához nem tartoznak, sem névszerint nem közösök sem az örökhagyó, sem a vagyon-
szerző nevében.

4. *Politikai, nemzetgazdasági»ó, ethikai, mivelődési haszna.*
Az előbbi ponttal kapcsolatban áll, a mit az ágiság hívei e
vezérszavak alatt felhoznak. Az *ethikai* haszon abban akar
állani, hogy a családtagok között fentartja az összetartozóság
érzését. Am az ági öröklés, mely a távoli ági oldalrokont
előnyben részesíti a másik ágon levő szülő, testvér előtt:
épolgy gyakran összeköti a távoliakat, a mint elválasztja a
közelieket — az *ethikai* mérleg tehát legalább is egyenlően
áll mindkétfelé. A *mivelődési* haszon abban akar állani, hogy
az ági öröklés fentartja ama családokat, melyek «nálunk a
nemzet élén álló értelmiséget képviselik.» De már a «család-
fen tartás» szava alatt kifejtettük, hogy a törvényes öröklési
rend egymaga keveset tehet a vagyon conserváláshoz, ha a
vagyon egyébként (elidegenítési, végrendelkezési tilalom) nincs
lekötve; és a mi keveset tehet: a mely mértékben a vagyon-
kivitel gátolja, abban gátolja a bevitelt is. Ezenfelül az utolsó
évtizedek nagy gazdasági változásai után sok kétség fér a fel-
tevéshez, hogy a családok vagyona átlag szerint egyenes
arányban állana a nemzeti értelmiséghez. A régi nemzeti
értelmiség, fájdalom, jórészben elszegényedett (elszegényedett
az ági öröklés fennállása daczára) és az új vagyonok nem
minden esetben mondhatók a nemzeti értelmiség képviselői-
nek. A nemzeti mivelődés szempontja tehát nem indokolja,
hogy törvényes intézkedések által (még ha lehetne is, a mint
hogy nem lehet) a vagyonmegoszlásnak épen mostani álla-
potát perpetuáljuk.

Nemzetgazdasági szempontból kettőt dicsérnek az ági
öröklésben: hogy takarékoszágra ösztönöz és hogy a vagyon
túlságos elaprózását akadályozza. A mi a takarékoszágot illeti,

az eddigi százados tapasztalat nem igazolta, hogy az ági öröklés a takarékosági hajlamot népünk speciális erényvé-
fejlesztette vagy hogy az ágonközi öröklés ez erényt pl. a
német népben elnyomta volna. Az örökjog intézménye egy-»'
maga, és itt ismét különösen a szűkebb családban, tehát első-
sorban a szülőről gyermekekre, hitvesről hitvesre szálló öröklés
joga: kétségtelen rugója a vagyonszerzésnek. Lélektani tapasztalás,
hogy a magában álló legényember könnyebben költ.,
kevésbé tesz félre, kisebb gonddal adja magát a vagyonszerzésre,
mint a családapa, a ki tudja, hogy felesége, gyermeke jövő-
dőségének is kell élnie. De gyermeke; hitvesre száll a vagyon az
ágonközi öröklés rendszerében is — a vagyonszállás ezen rendjét a
természetes érzés oly» hangosan követeli, hogy számot vet vele minden
jogrendszer; A különbség az ági és egyéb öröklési jog között nem ezen-
első elszálláskor, hanem későbbi complicatiók után a másod-
harmadizbeni továbbszálláskor mutatkozik, a mire a nem-jogász
ember rendszerint nem is gondol, és ha gondol, többnyire»
végrendelet útján tesz róla. Bátran lehet mondani, hogy épeszű
ember, kinek gyermeke van, nem költene az ági öröklés eltörlése
után egy krajczárral sem többet, mint különben költött volna,
tisztán csak azon megfontolásból, hogy gyermekei vagy unokái
esetleg magtalan elhunytával az ő hagyatéka az «ágától»
elidegenülhetne. A mi az embert takarékoságra ösztönzi,
az az apáról gyermekekre szállása a vagyonnak; az oldalöröklésnek
e tekintetben alig jut szerepe. Igaz (és az ebben rejlő igazságra
később még visszatérünk), hogy az ágonközi elszállás néha oly
eredményre vezet, mely a vagyonszerző valószínű inteniójának
meg nem felel és melyet ő, ha előre látta volna (csak hogy előre
nem láthatta), munkája méltó jutalmának el nem ismert volna.
De ily esetek az ági öröklés szerint is kínálkoznak. Vegyük a
következőt. *A.t* (atyai) nagyapámról reámszállt ház (50,000 forint
értékben) véletlen folytán leégett vagy az árvíz elsodorta. Ezután
megnősülök és nappallá tevén az éjjelt, keserves munkában kaparintok
össze 50,000 frt vagyont. Gyermeünk nincs, de van feleségem,
a kit tisztetek, szeretek. Halálom után az én nehezen keresett
vagyonomat feleségem elől — nagybátyáim és

unokatestvéreim fogják elvinni, mert az «ösi mindenekelőtt -a szerzeményből pótlendő.» Hát ezeknek izzadtam-fáradtam, és nem a hitvesemnek, életem párjának? Vájjon munkára, takarékosagra ösztönző gondolat-e az, hogy az ember nem a szűkebb családjának, hanem távoli atyafiságnak fárad? Szerencsére az ilyen esetek nem mindennapiak és ha előfordulnak, ott a végrendelet. A nemzeti takarékoság szempontjából az ilyen *casuistica* alig nyom a latban.

A mi pedig a *vagyonelaprózást* illeti: mindenekelőtt nem áll, hogy elvileg az ági öröklés kevésbé aprózná a vagyont, mint a másik. A mikor egyenlő közelségű rokonok maradnak az örökhagyó után mindkét ágon, akkor, igaz, az ági öröklés, mely csak *egyik* ágra szállítja a vagyont, jobban tartja össze. De a mikor a két ág rokonsága nem egyenlő fokú, az elaprózás és tömörítés valószínűsége mindkét rendszer szerint egyenlő. Ha pl. az örökhagyó után, kinek vagyona az atyai nagyapától származott, az anyai oldalon tíz féltestvér, az apai oldalon pedig csak egy nagybátya maradt: ilyenkor az ági öröklés együtt tartja a vagyont, a nem ági öröklés pedig tíz részre osztja. De ha megfordítva az anyai oldalon az anya maradt életben, az apai oldalon pedig tíz unokatestvér — ilyenkor meg az ági öröklés aprózza tízfelé, az ágonközi pedig összetartja. Minthogy pedig nem lehet állítani, hogy gyermektelen örökhagyók után *szabályszerint* mindkét ágon egyenlő közelségű rokonok szoktak hátramaradni: ennél fogva a vagyonelaprózás szempontjából az ági öröklés indiíferens. Ezenfelül még erősen bizonyításra szorul, vájjon hazai viszonyok között ^a vagyonfelosztást nem inkább keresnünk kell-e, mint kerülnünk r A mi végül az ági öröklés azon *politikai hasznát* illeti, hogy e külön örökjog egységes kapcsolatot létesít az ország különböző nemzetiségei között: ily hatásának, ha egyáltalában van (pedig az eddigi tapasztalat e tekintetben is, fájdalom, adós maradt ez eredménnyel), első sorban az országos egységes törvénynek kell lennie, tekintet nélkül arra, vájjon egyik-másik intézménye tartalmilag elüt-e a külfölditől? Magában a tényben, hogy ez ország minden lakója a magyar országos polgári törvénykönyvet uralja, kétségtelen nagy politikai erő rejlik; az egyes intézmények kiépítésében csak

azok benső igazságossága és célszerűsége lehet mértékadó.

De az ágiság üres, vagy ferde ezen jelszavainál nem különbek azok sem, melyek legnépszerűbbek *az ági örökség támadói között*. Ilyenek:

1. *A középkori (hűbéri, ősiségi) eredet* Vájjon az ági öröklés a hűbériségnek köszöni-e eredetét, mint legtöbbben tartják, vagy pedig függetlenül a hűbériségtől a kezdetleges családi gazdasági életben bírja-e eredetét, mint mások vitatják, jogtörténeti kérdés, mely gyakorlati tárgyunkkal kevésbé függ össze. Kétségtelen, hogy a régi ind és kelta jogban is találkozzunk az ősi és szerzeményi vagyon megkülönböztetésével; de ha a hűbériség e vagyonrendet nem is teremtette, bizonyos, hogy nagyon illett hozzá, céljait szolgálta és ezért kedvelte, támogatta és fejlesztette. Ennyiben nem helytelen, ha az ági öröklést középkori, hűbéri intézménynek mondják. De ha ez elnevezésből tendencziósus következtetést vonnak le; ha azt mondják, hogy a középkor és a hűbériség megszüntével az ági öröklésnek nincs többé létjogosultsága, hogy annak fentartása ezért jogi anachronismus: akkor többet következtetnek a «hűbéri, középkori» szavakból, mint szabad volna. A család, igaz, nem végzi többé azon funkciókat, melyek a hűbériség korában reá nehezettek; a hadügytől lefelé a szegényügyig, az állam ma maga látja el azon feladatokat, melyek a középkorban a hűbéres vállain nyugodtak és a melyek ellátása céljából a hűbéres család anyagi erejét kellett biztosítani és összetartani; az állam ereje nem többé egyes privilegiált családok mesterségesen összetartott nagybirtokán, hanem minden egyes polgár szorgalmán és takarékoságán nyugszik. Ámde a jogi intézményeket nem mindig azon erő tartja fenn, a mely életbe hívta. A tulajdon, a szerződés, az örökjog első jogtörténeti alakulatait is más lélektani rugók és más gazdasági célok keltették életre, mint a melyekkel ez intézményeket manap összekötjük: a kezdetleges tulajdon a családközösségből, a kezdetleges szerződés a delictumból, a kezdetleges örökjog a vallási sacrák ellátásából veszi magát — de vájjon ezen első alapjuk megszüntével megszüntek-e e jogintézmények is? Az örökbefogadás intézménye az ókorban

nem-e egészen más célzt szolgált mint a mai? A váltó nem-e más anyatalajból fakadt, mint a melyben ma gyökerét leli? Mily helytelen eredményre jutunk, ha egy jogintézmény létjogosultságát az indokokhoz mérjük, melyeknek létét köszöni: erre csak a közelmúltban láttuk példáját a m. kir. Curiának a holtkézi törvényekre vonatkozó teljes ülési döntvényében, mely abból indulván ki, hogy e törvények indokukat a hűbéri visszazállásban (*ius recadentise*) birták, azon következtetésre jut, hogy ezen visszazállási jog megszűntével a holtkézi törvények is létjogukat veszítették. Pedig világos, hogy bármik legyenek is *történeti* indokai a holtkézi tilalmaknak: más, a mai életből vett elsőrendű fontosságú indokok azok, a melyek miatt a *mai* államok törvényhozása e tilalmakhoz ragaszkodik. A tételt «*cessante ratione legis non cessat lex ipsa*» ezért így is lehetne variálni: abból, hogy egy intézmény *elsS* (történeti) alapja megszűnt, nem következik, hogy többé *nincseu* alapja, mert ugyanazon intézmény más-más időkben más-más célokat szolgálhat. Pedig így vagyunk az ági örökléssel is, mint alant látni fogjuk. A hűbéri családszervezet — igaz — ma már nem szolgálhat az ági öröklés igazolásául; de ebből még nem következik, hogy *más* célban nem leli alapját. A «hűbéri eredet» jelszava tehát nem bizonyít.

2. *A modern tulajdon egyéni volta.* Kz ágiság ellenzői szeretnek a «modern tulajdon fogalmára» hivatkozni. A modern tulajdon — így szól ez okoskodás — nem családi, hanem egyéni; ennél fogva e tulajdon átháramlásának rendje is csak az örökhagyó tulajdonos személye szerint, nem pedig a családi eredet szerint határozódhatik. Az ilyen érvelés elsőben is vét azon szabály ellen «*non ex regula ius summatum, sed ex jure quod est regula fiat*»: milyen öröklési rendet talál valamely jog igazságosnak és célszerűnek, erre nem valamely abstract jogi «fogalomból» merítjük a választ, hanem megfordítva: a jog «fogalmakat» ama tényleges szabályokból kell levonnunk. De másodsor: az egyéni tulajdon «fogalmából» semmi sem következik arra a kérdésre nézve, hogy kire szálljon a vagyon a tulajdonos halála után. Az egyéni tulajdon azt jelenti, hogy tulajdonát ki-ki maga használhatja, arról ténylegesen és jogilag maga rendelkezhetik, ebbe másnak nincs beleszólása; de

halála után — ha maga nem rendelkezett vagyona sorsáról — akár így akár amúgy osztjuk fel tulajdonát: tulajdonjoga azért egyformán «egyéni» volt. Ha pedig az «egyéni tulajdon») alatt azt is akarjuk érteni, hogy tulajdonunk sorsa halálunk után is csak a mi egyéni akaratumk szerint igazodjék: akkor az egyéni tulajdon «fogalmába» ütközik a köteles rész, ¹a substitutio korlátozása, egyáltalában a végrendelezési szabadság összes tárgyi és alanyi határai; sőt beleütközik minden törvényes öröklési rend is, valahányszor in concreto beigazolható, hogy az elhunyt akarata (noha érvényes végrendeletet nem hagyott hátra) tényleg nem irányult a törvényes successio rendjére — következmények, melyek fennálló örökjogunk alapjaival ellenkeznek és melyek elfogadására értelmes ember komolyan nem gondolhat. A modern vagy egyéni tulajdon fogalma tehát érintetlen marad úgy az ági öröklés mellett, mint a nélkül.

3. *A szabadság, egyenlőség* jelszavai alatt is szálltak sikra nálunk is, másutt is az ági öröklés ellen. Hogy a nagy francia forradalom idejében e vezérszavaknak mekkora hatásuk volt az örökjog átalakítására — egyebek között az ősi és szerzett vagyon közti különbség elejtésére is — azt *Sévin* fent idézett művében olvashatjuk. A higgadt szakkritika előtt az efféle csengő általánosságok argumentum számba nem jöhetnek. Különben is nem szabadnak az ősi vagyon csak addig volt mondható, a míg a tulajdonosnak arról rendelkeznie nem lehetett; ma, midőn e tekintetben ősi és szerzemény között különbség nincsen, e jelszónak többé értelme sincsen. A mi pedig az egyenlőséget illeti: kérdésünk lényege épen az, vájjon a szerzett és öröklött vagyon örökjogi átszállása tekintetében az egyenlő avagy a különböző rendezés-e az igazságos? Mert az igazság csak azt kívánja, hogy az egyenlő tényállások rendeztessenek egyenlően, nem pedig hogy az egymástól elütők is. Már pedig, hogy az öröklött és a szerzett vagyon tényállása az örökjog igazsága szempontjából — egyenlő-e vagy sem? ez épen a nyílt kérdés és a ki az «egyenlő rendezés» követelményeivel fog e kérdés megoldásához, *petitio principii* hibájába esik.

Íme az érvek és ellenérvek, a melyekre az ágiság barátai

és ellenzői mintegy száz év óta hivatkoznak és melyek — a mennyire ítéletünk terjed — ez intézménynek sem mellette, sem ellene *nem* bizonyítanak; reájuk ezért vizsgálódásunk további menetében többé vissza sem fogunk térni. Csak ez álokok meggyomlálása után foghatunk az igaz okok és ellenokok mérlegeléséhez. Előbb azonban jöjjünk tisztába az *állásponttal*, a melyből a megítélésnek történnie kell.

Minden codificatióknak a létező jogállapotból kell kiindulnia. A mily bizonyos, hogy valamely jogszabálynak pusztán fennállása nem elég legitimatio arra, hogy továbbra is fennmaradjon, úgy bizonyos az is, hogy tekintet nélkül a meglévőre újítani nem szabad. A történetimádó quietismus a törvényhozásban ép oly oktalan, mint a kíméletlen rationalismus. Nem az a kérdés az elfogulatlan törvényhozó előtt, hogy elvontan melyik szabály a legjobb, hanem hogy melyik az a létező viszonyok között a maga népének. E «létező viszonyok» között pedig első sorban a fennálló jogállapot kell hogy tekintetbe jöjjön. Minden törvényújítás bizonyos bajjal jár: a réginek megszokása, az ismeretlentől való idegenkedés, az áttanulás nehézsége, az átmenetekkel járó botlások az alkalmazásban és megingása azon szentség érzetének, a melyet minden intézménynek a régiség emlékezete ad és mely a törvénytisztelet egyik legértékesebb néplélektani alapja — ezek azon tekintetek, a melyek miatt a törvényhozónak szerfelett óvatosnak és tartózkodónak kell lennie, nehogy egyik kezével a jövőt vetve, mindkét lábával tapossa a jelent. Kellő méltánylásra talált-e ez a szempont mindenkor törvényhozásunk újabb történetében; nem tulságra ragadott-e olykor az újítás vágya és a külfölddel haladás jelszava alatt szemmel tartottuk-e mindig a hazai alapokat? Bármint legyen, most, midőn hazánk magánjogát századokra szóló törvénykönyvbe kívánjuk iktatni, nem szabad ez alapokról megfeledkezni. Csak ezen álláspontunk biztosít az iránt is, hogy codificatióknak a nélkül, hogy a nemzeti külön szerűségeket hajhászná és szemet hunyna a bárhonnán kínáló jó elől, új alakjában is a magunk alkotása maradjon. Mert «nemzeti codificatio» nem azt jelentheti, hogy: jó-rossz, de másképp legyen, mint másutt van. Nem jelentheti azt sem, hogy múltunk sírjából

támasszuk a holt törvényt. A megholt, ha mienk is, ép oly távol áll mai jogunktól, mint az élő idegen. Hanem ha megtisztítjuk a nemzeti codificatio jelszavát az üres sallangtól, és kibontjuk belőle azt, a mi értékes és igaz, akkor ime ez áll elő: nemzeti codificatio az, a mit *meglevő* jogunk alapján, *saját* szükségünk mértéke szerint a *magunk* legjobb erejével hozunk létre. A hol *meglevő* jogunk mai szükségünknek meg nem felel, ott módosítani kell, és ha így sem lehet, elejteni; és ilyenkor, a hol *saját* szükségünk a külföldiével azonosok, bátran vegyük a külföldiből a legjavát; de mielőtt változtatunk, előbb tőről-hegyre vizsgáljuk a *meglevőt* és mielőtt újat alkotunk, nyomról-nyomra nézzük, nem érhetjük-e be változtatva a régivel is. Szóval, a míg *kétségünk* van, addig semmit se tegyünk és a hol tennünk kell, tegyük *öntudatos kritikával*: így lesz művünk *conservativ* és a *magunké*, pedig e kettő együtt teszi az igaz nemzeti codificatiót.

Ily szempont alá fogjuk jelen kérdésünket is. A magyar törvényhozó nem egy alapon áll e kérdésben a némettel vagy francziával, mert nálunk ez idő szerint érvényben van az ági öröklés, Német- és Francziaországban pedig nincsen. Ha ezért az okok és ellenokok, melyeket e kérdésben fel lehet hozni — tegyük fel — egyenlően állanak: akkor a döntésnek nálunk az ági öröklés javára, amazoknál pedig ellenére kell esnie — mert ha erős ok nincsen a felfogatásra, fenn kell tartani a *meglevőt*.

És még valamit, a mi ennek csak folyománya. A kérdés nem úgy áll, a mint sokan felteszik: fen tartsuk-e az ági öröklést mai alakjában vagy elejtsük-e mindenestül? Mert az ági öröklés, úgy a mint ma fennáll, lehet alkalmatlan, de *módosítva* megfelelhet. Ilyenkor az alapot meg kell tartani, a kivitelten változtatni. Az ellenokok mérlegelésénél tehát ügyelnünk kell arra: az *alapgondolatát* érintik-e az ági öröklésnek vagy csak kivitelét? És hogy ezt tehessük, le kell szűrnünk mindenekelőtt: miben áll az ági öröklésnek alapgondolata?

Ez alapgondolat pedig abban áll, *hogy a mit szerzünk, az halálunk után gyermekeinké mindaddig, míg közülök valamelyik életben van.*

E tétel első felében nincs semmi különös: hogy vagyó-

nunk első sorban gyermekeinkre száll, azt így tartja minden művelt nép joga. De az ági öröklés sajátosága a tétel második felében van: hogy a mi rólunk gyermekünkre szállt, az gyermekeink körében is *maradjon*, azaz, egyik gyermekünk magtalan elhalálózása után az ő örökrésze a többi testvéreire jusson. Ezt úgy is lehet kifejezni, hogy: gyermekeink magtalan elhalálózásuk esetére egymásnak törvény erejénél fogva *substituálva* vannak, vagy így is: gyermekeink egyikének magtalan elhunytá esetére utána *nem új öröklés nyílik*, hanem az ő örökrésze többi gyermekeink örökrészéhez *accrescál*, mintha ő az örökrészt meg se szerezte volna; úgy hogy ha sorban egyik gyermekünk hal meg magtalanul a másik után: az utolsónak kezében marad az egész vagyonunk.

Hogy ez-e az ági öröklés alap gondolata r Sokszor másképp szokták formulázni. Azt szokás mondani, hogy a vagyon az ági öröklés szerint «*visszaszáll* oda a honnan eredt» és hogy alap gondolata az, hogy a »*család vagyona*» és az által erkölcsi ereje (*splendor familiae*) fentartassék.» Mindkét szólásmód egy kissé ferdén fejezi ki a dolog lényegét. A mi a *visszaszállást* illeti: ez annyira nem lényege az ági öröklésnek, hogy a középkori jogok az ősi vagyonban felszálló öröklést nem is ismertek («*das Gut stirbt nicht zurück*», «*les propres ne remontent pas*»), mely elvet némelyek a régi magyar jogra nézve is tartanak. (L. *AfagyariM.* Igazs. 33. köt. 258—261. 11.) Hogy mi az ági leszállás természete, azt az angol ági öröklés elnevezése híven fejezi ki: az ingatlanra nézve csak »*descent*» 3. Azaz a «*szerzőről való leszállás*» létezik. Midőn tehát a nagyapai ingatlan az unoka magtalan elhunytával az apára száll »*vissza*», ilyenkor — ez a felfogás — a szerző nagyapa az, a kiről az ingatlan a nagyapa fiára — közvetve — »*leszáll*» És hasonlóan az ági oldalöröklés is igazában »*descent*»: *leszállás*. Mert midőn az apai ingatlan az egyik gyermek magtalan elhunytával a testvéreire száll: ilyenkor voltaképen az apa az, a kiről az ingatlan az életben maradt gyermekre — közvetve — *leszállt* Másfelől nem a «*család*» a maga széles általánosságában az, a melynek érdekében az ági öröklés a vagyont összetartja. Hanem a gondolat az, hogy mindenkinek vagyona az ő *gyermekeinek* (és a mi ugyanez: gyermeke gyer-

mekeinek) maradjon; a *szülő gyermekeinek* kívánja az ő munkája gyümölcsét conserválni. Hogy ez által századok folyamán egy egész «család» «nemzetség» anyagi ereje is összetartatik (főleg a régebben fennállott rendelkezési tilalom következtében) és ez által a közszolgálat állandó oszlopokat nyer: ez hűbéri gondolat, mely ez intézmény régibb történetében kétségtelenül benne volt, *de ez mai érzésünktől idegen. Ezért* mondtuk fent (174. 1.), hogy az ágiság, ha eredetében részben hűbéri is, *mai* fennállásában nem ebben bírja gyökerét. Hanem a mi a vagyoneszállásnak *mai* értelmét adja, abban áll, mit fennebb formuláztunk: hogy a mit a szülő szerez, azt gyermekei körében tartja.

Igazságos-e ez a rendezés? Nincs szülő, ki ezt ne érezné. Kérdezzük tiz apától egymásután: ha több gyermeke közül, a kikre hagyatéka maradt, egyik meghalna: kire akarja, hogy örökrésze szálljon? Egy se fog habozni a válaszszal: ha egyik gyermekem magtalanul elhunyna — fogja mondani, — akkor az ő része a többi gyermekemé. Miért? Mert minden szülő első sorban gyermekeiért fárad; és ha gyermekei közül valamelyik meghal, akkor ismét az életben maradtaknak szánja az urafogyott vagyონrészt. Az ágonközi öröklés az elhalt gyermek örökségét nem az életben maradt testvéreknek, hanem helyettök vagy mellettök a túlélő anyának, vagy az elhunyt gyermek hitvesének adja, ezekről pedig haláluk után ismét *saját* családjukra száll. Más szóval: a szülő hagyatéka, ha gyermekei közül egyik-másik meghal, nem marad i kizárólag gyermekei kezében, hanem darabonkint *sógorságára* száll. Pedig ezt nem így akarja a szülő; mert a míg gyermekeink közül csak egy is él, nem szánjuk a vagyont a sógornak.¹

Az érzés, melyen a vagyoneszállás ez a rendezése nyugszik, oly erős, oly általánosan emberi, hogy a mienkkel ellentétes irányú törvényhozások sem zárkozhattak el előle. Azon intézkedések, melyeket a római jogban az u. n. poenae secun-

¹ Az ági öröklés ez alapgondolatát oly szépen és nyomatékosan tárja fel Zsögöd Benő «Öröklött és szerzett vagyoni és «A kiskorúak utáni törvényes örökség» című két értekezésében, hogy be kell érnem ennyivel, ha csak leírni nem akarom.

darum nuptiarura neve alatt összefoglalnak, első sorban ez érzésnek köszönik létüket. Az elnevezés maga ugyan azon tévedésnek következménye és egyúttal forrása is, mintha a törvényhozó ezen «büntetésekkel» az ismételt házasságkötést akarta volna sújtani. Ám ez eszében sem volt a római törvényhozónak. Hisz e «büntetések»-nek csak akkor van helyük, ha az első házasságból *gyermek maradtak* — ez pedig megvilágítja az egész intézkedést. Az özvegy (vagy elvált házastárs), ki új házasságra lép, az első házasságból származó gyermekek javára elveszti az u. n. *lucra nuptialia*-kat, azaz mindent, mit előbbi hitvesétől ajándék, végintézet stb. útján ingyen kapott; a mi gyermeke utáni öröklés czimén volt hitvesének vagyonából reá szállt, azt ugyancsak második házassága által elveszti; e javak tulajdonjoga az első házasságbeli gyermekekre száll, és a szülő (*parens binubus*) csak a haszonélvezetet tartja meg.¹ Mi más ez, mint a mi fenti gondolatunk? íme, a római jog is úgy tartja, hogy a mit a szülő gyermekeire hagyott, annak végképen ezeknél kell maradnia. Ezért, ha egyik gyermek halála folytán a szülői örökség egy része a másik szülőre száll: ennek nem szabad a vagyon elidegenítésére vezetni. Ha nem lép új házasságra — így okoskodik a római jog, — akkor az ilyen vagyon úgyis visszaszáll a gyermekekre, mint egyedüli örökösökre; ha pedig második házasságra lép, akkor elveszti az ilyen vagyon tulajdonát, nehogy az a második házasságbeli gyermekekre vagy házastársra juthasson. Hasonló intézkedések nagy számmal találhatók a közép- és újkor német *particularis* jogaiban.² Mind e jogok megegyeznek abban, hogy az özvegy (vagy elvált házastárs) mielőtt második házasságra lép, azt a vagyont, mely első hitvesétől rászállt, az első házasságbeli gyermekeknek kiadni vagy javukra biztosítani köteles. Hogy a régi francia jog mily eleven érzéssel bír az iránt, hogy — mint a montpellier-i törvényszék a Code javaslatáról felterjesztett emlékiratában mondja — «a család vagyona a felmenők köz-

¹ Arndts, Pand. 417. §.

² *Stobbe* Deutsch. Privatr. II. §. 248. A Németországban érvénybe© levők kimerítően össze vannak állítva: *Sicherer Personenstand* u. *Eheschliessung* (1879) ez. művében (297—326. 11.)

vetítésével egy másik családba át ne vitessék»: kérdésünk francia történetéből látható. Kitűnik abból, hogy midőn a francia Code szerkesztői a régi ági öröklést a fente intézményével helyesítették, ezzel amannak alapgondolatát nem elejteni, hanem csak egyszerűbben megvalósítani kívánták; és kitűnik, hogy kezdve a francia Code droit de retour-ján, le az 1886-iki spanyol Code «reserve special»-jáig e gondolat mint tér újból-ujból vissza. Érdekes végül rá mutatni arra, hogy a legújabb német codificatio indokolásában és annak irodalmi kritikájában is meg-megszólal e gondolat.

így az I. javaslat 1866. §-ának indokolása ezt mondja: a Hogy a testvérek a szülők által kizáratnak, természetesnek fog tűnni, ha meggondoljuk, *hogy a vagyon nem ritkán épen a szülőktől származik, és így azokhoz tér vissza, a kiktől az örökhagyóra hárult.*» (362. 1.) És: «Az ellen, hogy a testvérek a szülők mellett hivassanak az öröklésre (mint a code civil, a hesseni javaslat szerint), az a kifogásunk, *hogy igazságtalan, hogy a vagyon ne térjen vissza azokhoz, a kik/Öl többnyire származott*» (u. o.). Hasonlóképen Báhr Ottó az ő bírálatában és ellenjavaslatában nem egy helyütt ugyanily húron pendül. így a hitvestársi Öröklés tekintetében Báhr ellene nyilatkozik annak, hogy a hitves a hagyatékra egészen vagy részben tulajdonjogot nyerjen és csak haszonélvezeteket neki engedni. Megokolja ezt pedig következőképen: «A hagyaték egy részének a túlélő hitvesnek tulajdonába engedése *elidegeníti a hagyaték egy részét az elhunyt családjától*, a mi különösen ah kor fontos, ha gyermekek nem maradtak hátra. *Az efféle elidegenítés ellenkezik a családi érzéssel*, mely nézetem szerint még ma is Németország nagy részében található. A nőt, a kit elveszünk, szeretjük és tiszteljük és kívánjuk, hogy élete fogytaig jó sora legyen. De a feleségünk családját nem vettük el és *nem kívánjuk, hogy azt saját családunk rovására gazdajritsuk. Ellenkezőleg: vagyona tőkét ki-k saját családfának kívánja fentartani. Ez a legtöbb ember természetes érzése.* Ha pedig a túlélő hitvestől gyermekek is maradtak és egyúttal egy korábbi házasságból is maradtak az elhunytnak gyermekei: a hitvesnek örökjoga könnyen igazságtalanságra vezet az utóbbiak iránt. Ezekről ugyanis vagyonuk egy része a

későbbi házasságbeli gyermekek javára elvonatik. A számadás egyszerű. Tegyük fel, egy vagyontalan férfi háromszor nősül. Minden feleségének 8000 márka vagyona volt. Minden házasságból van egy-egy gyermeke. Itt az volna a természetes, hogy mindegyik gyermekre az ő anyjának 8000 márkája jusson. A javaslat szerint azonban következőkép alakul a dolog. Az első nő halálával gyermekére marad 6000 márka, a férjre 2000 márka. Ugyanígy oszlik az öröklés a második feleség halála után férj és gyermek között. Most már 4000 márka vagyona van a férjnek. Ha most a férj a harmadik házasságban meghal, harmadik neje utána 1000 márkát örököl. A hátralékos 3000 márkából minden gyermekére 1000—1000 márka esik. Az első és a második házasságbeli két gyermeknek tehát most egyenkint $(6000 + 1000 =)$ 7000 márkája van. A harmadik házasságbeli gyermekre pedig marad: anyja után $(8000 + 10\% =)$ 9000 márka és ezenfelül az atyja után 1000 márka, összesen tehát 10,000 márka. 2000 márka az első és második házasságbeli gyermekek anyai örökségéből el lett idegenítve és átjátszva a harmadik házasságbeli gyermek vagyonába, Nem habozom kijelenteni, hogy ez határozott igazságtalanság.»^x Ez okoskodásban benne van az ági örökség alapgondolata. Hasonló értelemben indokolják a hitvestársi haszonélvezet előnyét az állagöröklés felett: *Pétersen*, (Bekker und Fischer Beiträge stb. 92—95. 11.), *Gierke* (Das BGB. u. d. deutsche Reichstag 36. 1.), *Bernhöft* (Reform d. Erbrechts 78. 1.) stb.

Az ági öröklés ez alapgondolatával szemben két ellenvetés van olyan, melyek a francia Code-ot előkészítő tanácskozmányok óta a mai napig állandóan hangzanak fel és melyeket részemről is igazoltaknak tartok. Az első anyagi jogi, a másik perjogi természetű; amaz a szabály igazságosságát, emez perbeli keresztülvihetőségét érinti. E két ellenvetés a következőkben áll:

1. Az ági öröklés a vagyon szerzőjét veszi irányadóul az öröklési rend meghatározásánál. És mi tagadás: ha a vagyon szerzőjétől kérdeznők, megfelel-e az ági öröklés rendje az ő érzelmének? bizonyára helybenhagyná. *De a szerző érzelme*

¹ Archív für bürg. Recht III. köt. 195/6. 1.)

nem esik mindig össze az örökhagyóéval és mentül távolabbi a rokonsági fok, mely szerző és örökhagyó között fennáll, annál nagyobb a valószínű eltérés is e kettőnek személyi hajlandóságai között. Legmelegebben érez a szerző az ő gyermekei iránt; és ha a szerző apa gyermekeire hagyván vagyonát, a gyermekek közül egyik magtalanul meghal: ez esetben az ági öröklés, mely az apáról szállt vagyont a túlélő testvérekre szállítja, egyaránt felel meg a szerző és az örökhagyó érzelmének. De már midőn a vagyon a nagyapáról szállt le: ellenkezésbe jöhet az örökhagyó hajlandósága a szerzőével. A szerző nagyapához az őt túlélő gyermekei, azaz az örökhagyó nagybátyjai és nagynénjei állanak legközelebb, ezért ezekre szállítja a nagyapai vagyont az ági rend; ám az örökhagyónak lehetnek közelebb álló rokonai: apja, anyja vagy féltestvérei, kik *nem* a szerző nagyapa ágához tartoznak — ilyenkor az örökhagyó érzését sértjük, ha az apa, anya, testvér mellőzésével a nagybátyát, nagynénét, unokatestvért bocsátjuk a hagyatékba. És e sértés még nagyobb lesz, ha a szépszülő vagy még távolabbi felmenő a szerző. Hogy ilyenkor a távoli oldalrokon az ágáról való származás czimén az örökhagyó apját, anyját, testvérét kiszorítsa — ez sértő megtagadása az örökhagyó legszentebb érzelmeinek. Ez volt mindenkor legerősebb érve az ágiság elleneinek, úgy külföldön mint minálunk.¹

2. A második ellenvetés: a *vagyoneredet bizonyításának nehézsége*. Az ágonközi öröklés a hagyatékot a maga *jelen állapota* szerint osztja fel, az ági öröklés a maga *történeti eredete* szerint. Ez által az ági öröklés minden esetben egy nehéz bizonyítási kérdés megoldását teszi szükségessé, mely az ágonközi öröklés elrendezésénél fel sem merül. És a mi e bizonyítást különösen terhessé teszi, az abban áll: hogy e

¹ Ezt még *Zlinszky*, az ágiság lelkes védője is elismeri, tAz az eset . . . hogy épen az a szüle marad életben, kítől vagyon nem származott s ennél fogva a másik szüle után maradt vagyont a távolabbi oldalrokonok «elviszik előle, a *természetes érzést mélyen sérti.*» És; «Csakugyan *hajmeresztő lenne*, hogy a szülő koldusbotot vegyen a kezébe, mialatt a legtávolabbi oldalrokonok nevetve osztoznának.» *Magy. örökösöd, jog* 352. 1.

bizonyítás nehézsége *fordított arányban áll az általa elérendő cél igazságosságához*. Az ági öröklés ugyanis, mint az imént 1. alatt láttuk, annál kevésbé igazságos, minél távolabbi őstől származott a vagyon. Már pedig minél távolabbi őstől származott a vagyon, annál nehezebb természetesen ezen vagyon-eredet bizonyítása is. Hogy apánkról-anyánkról mi örökség szállt reánk, többnyire könnyen bizonyítható és ilyenkor, mikor testvéreink az ági praetendensek, legigazságosabb is az ági öröklés. De hogy szüleink mit örökölték nagyszüleinktől, vagy épen hogy emezekre a maguk eleitől mi származott: ezek felfelé-fokozódva nehezebbül kérdések és ilyformán épen a legtávolabb álló oldalrokonok okozzák a legbonyolultabb pereket.

Bizonyos fókig mindkét fenti ellenvetésre meg lehet felelni. A mi jelesül azt a szemrehányást illeti, hogy az ági öröklés távoli oldalrokonok kedvére a nem-ágbeli közelo-kon-ságot sérti: ennek igazolására arra szoktak hivatkozni az ágbarátok, hogy a törvényes öröklés rendezésénél az elhunyt-nak nemcsak *szeretetét* hanem *kötelességérzetét* is kell tekintetbe venni. «A javak örökösödési elszállása — mondja Zsögöd — nem alapszik csupán az egyéni szereteten, hanem alapszik egyszersmind kötelességen. ... A szerzeményben követi a szerző *szeretetét* az ősiben a *kötelességet*»? És hasonlóan a francziák közül *Laurent*» «*Ce n'est pas V'affection du défunt qui était le fondement du droit de succession, c'était plutót le devoir, les parents, quoique éloignés, ayant droit aux biens de la famille dans laquelle ils entrent, comme á Taccessoire de la vie; or, le devoir l'emporte sur l'affection*». Csakhogy épen az a kérdés, vajjon *kötelességnek* érezzük-e még ma az ági visszaszállást ott is, a hol az a gyermeki, testvéri szeretetbe ütközik? Oly erősnek érezzük-e még ma is a távoli atyafiság jogát az ági vagyonhoz, hogy azzal szemben szülő, testvér nem jön számba? Ha kölcsönvett idegen dolgot találnak hagyatékomban, az kétség nélkül a tulajdonosnak jár vissza, bármi szükségben maradjon is vissza apám-

¹ Magy. Igazságügy 11. köt. 531. 1.

² Principes VIII. 582. 1.

anyám, testvérem; itt nem azt kérjük, kit *szerettem* legjobban, hanem kinek *tartoztam* vele. Az ilyen esetekben tiszta sor, hogy az idegen dolog mindenekelőtt *visszajár* és csak a mi azután még fennmarad, osztható fel szeretteim között. Ám *ilyen* értelemben «idegennek» érezzük-e még ma az ági vagyont is? Erős túlzás lenne ilyet állítani. A vagyoneredet emlékezete kétségtelenül ma is él és befolyással van arra a kérdésre, ki tarthat méltányosan számot a reánk szállott vagyonba való öröklésre? Ezért, ha *egyéni*ben közel, vagy *egyéni*ben távol álló praetendensek igénylik a hagyatékot, igazságosnak tartjuk, hogy a vagyon oda szálljon vissza, a honnan jött, mert *ceteris paribus* az eredet nyom a latban. Itt, midőn mindkét fél egyenlő közel áll az *örökhagyóhoz*, erősebb a czime annak, ki közelebb áll ímért tőle eredt) a *vagyonhoz*. De midőn *közeli* rokon van az egyik oldalon, *távoli* a másikon: ilyenkor *kötelességnek* érezzük-e, hogy a távoli rokonnal vagyoneredet címén kiveressük a közelit a hagyatékból? — erre a kérdésre nemmel felelnek az ágonközi öröklés hívei, és ebben, úgy hiszem, nekik van igazuk.

A mi pedig a bizonyítás nehézségét illeti, azt szokás az ágiság védelmére felhozni, hogy e nehézségen *vélelmek* felállításával lehet segíteni. Amde a vélelem a bizonyítás nehézségeit nem szünteti meg, csak *egyik oldalról áttolja a másikra*. Akár felperest, akár alperest nyomja a bizonyítás terhe: a per ez által nem lesz egyszerűbb, mert a mennyivel kevesebbet kell bizonyítani annak, kit a védelem támogat, annyival többet kell bizonyítani az ellenfélnek.

A közelrokonok kizárása a távoliak által és a vagyoneredet bizonyításának nehézsége voltak az okok, melyekből a francia törvényhozás — mint láttuk — az ági örökléssel szakított, nálunk pedig ugyanez okok egy csomó *engedményre* bírták az ági öröklés híveit. Mert tudnivaló — mint a 167. lapon idézett irodalmi szemléből meggyőződhetünk — hogy *változtatlanul* senki sem kívánja fentartani hazai íróink közül az ági öröklést, hanem mindenik *compromissummal* éri be a két öröklési alarendszer között. E *compromissumok*nak közös vonásuk, hogy a távoli atyafiakat az ági örökség kizárólagos birtokából kirekesztik, vagy öröklési jogukat mások *concur-*

ráló jogai által megszorítják; a vagyoneredet bizonyítását pedig vagy teljesen feleslegessé tenni, vagy legalább vélelmek által könnyíteni igyekeznek. E compromissum-javaslatok pedig három csoportra oszthatók: az első az ági öröklés czélját *más úton* akarja elérni, az ági öröklés intézményét tehát más által *helyettesítem* akarja; a második az ági öröklést elvileg megtartja, de a rokonság *kisebb körére szorítja*; a harmadik is megtartja az ági öröklést, de hiányain az által kivan segíteni, hogy azt új intézménnyel *köti össze*. Az első javaslatot tehát röviden *surrogálé*, a másodikat *restringdló*, a harmadikat *combináló* javaslatnak lehet elnevezni.

I. Surrogáló javaslatok.

Ide tartoznak azon javaslatok, miket Vida László a II. jogászyűlésen» és Teleszky István pályanyertes örökjogi munkájában¹ előterjesztett.

E javaslatok lényege abban áll, hogy a felmenők és oldalágiak öröklése a lineáris osztályra és az u. n. felmenői képviselőre alapittassék. Vagyis; a hagyaték minden esetben két egyenlő részre osztatik, egyik rész az apai, másik az anyai oldalnak jut, még pedig mindegyik oldalon a relative legközelebb álló rokonnak, úgy hogy tehát az egyik oldalon levő közelebbi felmenő *nem* zárja ki a másik oldalon a távolabbbit. Más szóval: ez a franczia fente (és esetleg a refente) átvitele a mi jogunkba. A fente intézménye Franciaországban is compromissum akart lenni az ági és az ágonközi öröklés között. Az okoskodás is, melylyel a forradalom törvénykésztői és szónokai ez intézményt támogatták, ugyanaz, mint a melylyel magyar szószólóinál találkozunk. Ez okoskodás a következő. A római öröklés szerint az egyik felmenői oldalon levő közelebbi rokon kizárja a másik felmenői oldalon levő távolabbbit, pedig lehet, hogy épen ez utóbbi oldalról származott a vagyon, melyet az örökhagyó hátrahagyott. Ez igazságtalanságon úgy lehet segíteni, ha *minden* felmenői vagy oldalrokoni öröklés esetében *mindkét* oldalrokonsága között osztjuk a hagyatékot; ez által elérjük,

¹ Jogászy. évk. 1872. évre I. köt. »>6. 1.

² Örökösödési jogunk törvényhozási szabályozásához (1876) 350—350.1.

hogy azon oldal, a honnan a vagyon származik, sohasem lesz teljesen kizárva a hagyatékból.

Lehetetlen ez okoskodás hibáját azonnal észre nem venni» A római öröklés lehetővé teszi — az igaz — hogy az egyik szülő elviszi a hagyatékot, holott az talán a másik szülő szülejétől származott; de a francia rendszer szerint ez a szülő *nem* kapja meg a hagyatékot *egészben* még akkor sem, a mikor egészben *3 tőle magától* származott. A római rendszer szerint a közelebbi felmenő kizárja a távolabbt, de a mikor a vagyon azon oldalról származik, a melyhez a közelebbi felmenő tartozik, a vagyon *egészben* oda száll vissza, a honnan eredt; a francia rendszer szerint azonban ezen utóbbi kielégítő eredmény sohasem állhat be, mert a közelebbi rokon még akkor is osztozik a másik oldallal, a mikor ez utóbbin csak *távolabbi* rokon van. Egy szóval: a francia rendszer, igaz, sohasem *fosztja meg egészen* a rokont a tőle eredő vagyontól, de nem is *adja meg soha egészen*. És míg a római rendszer szerint a *távoli* rokont üti el a *közeiig* addig a francia szerint a *közeli* rokont üti el a *távoli* — ez pedig sokkal fájóbb igazságtalanság.¹

2. Restrígáló javaslatok.

Ide tartoznak azon javaslatok, melyeket Zsögöd² Herczegh³ és Teleszky előadói javaslatában⁴ tettek. Közös vonásuk, hogy az öröklést csakis a *közélségi* körére akarják szorítani. Es pedig: Zsögöd és követői e jogot a szülői és nagyszülői parentáléra szorítják, míg Teleszky javaslata csakis a a testvérek körében ismeri el. A megszorítás, melyet mind-

¹ A fente intézményét a Code területén is elítélik. L. éles kritikáját: M. *Batbie* «Revision du Code Napoléon» ez. akadémiai értekezésében (Paris 1806, 29. 1.); M. Th. *Huc*. Le Code civil italien et le Code Napoléon, Étude de législation comparée stb. 1868, 187. 1. *Laurent* Cours élémentaire de droit civil II. köt. 16. 1. és Principes de droit civil VIII. köt. No. 508—509. *Ugyanaz* Avant-Projet de révision du Code Civil, 1883, III. köt. 300—304. 1. L. bővebben többször idézett véleményes jelentésben 62—65. 1. Az olasz (1865), portugáli (1867), spanyol (1889) törvénykönyvek a fente-ot elejtették.

² Kiskorúak utáni törvényes öröklés (Magy. Igazságügy XII. k. 1879).

³ Az ági öröklés fentartása (Magy. Jogászegyl. kiadványa 1882)[^]

⁴ A magy. magánj. tvkönyv előadói tervezete. Öröklési jog. 1882.

két javaslat tartalmaz, azon fent kifejtett megfontoláson alapszik, hogy a közelőkonok elől igen távoli oldalrokonok a hagyatékot ági jogon el ne vigyék. Ezt Teleszky javaslata az áltat éri el, hogy ági öröklést még a nagyszülők és leszármazóik részére sem ismer el. Ám ez által eléri ugyan, hogy — mint indokolásában mondja (39. 1.) — «az elhalt unokának életben levő másik szülőjét, vagy ezen szülőtől leszármazó testvéreit az ő nagybátyjai, nagynénjei és unokatestvérei ki ne zárják» — a mi, mint fent kifejtettük, szerintünk is óhajtandó. De e megszorítás következménye az is, hogy ezen nagybátyák, nagynénék, unokatestvérek fele részben ki lesznek zárva az ági vagyomból akkor is, a mikor velők nem az elhunyt szülője vagy testvére, hanem más oldalról való nagy bátyai stb., vagyis velők egyenlő távolságban álló oldalrokonai concurrálnak, a midőn pedig semmi ok sincsen, hogy ezen osztályos rokonoknak a reájuk nézve ági vagyont vissza ne juttattassuk.

A Teleszky javaslata tehát erősebben szorítja meg az ági öröklést, mint a hogy saját álláspontja szerint is indokolható. Viszont a kelletténél gyengébben szorítja meg a Zsögöd követőinek javaslata. Mert ez meg *minden* esetben ismeri el a nagyszülők és leszármazóik ági jogát, úgy hogy ezek az ági eredetű vagyont még a szülő és testvér elől is elviszik — a mi pedig éppen a legigazságtalanabb eredménye az ági rendnek.

3. *Combindló javaslat.*

Ez utóbbi eredményt — mint fentebb emiítettük — még az ági öröklés oly lelkes védője, mint Zlinszky is perhorrescálja és Zsögöd is elismeri, hogy ily eredmény mellett «a hazai öröklés indoka *kevésbé eleven*» és hogy itt az ági öröklés igazsága, «más igazságokba ütközik». (M. Igazs. 25 köt. 146. 1.) E hibán Zlinszky úgy kíván segíteni, hogy a nagyszülők és leszármazóik ági öröklését egy nálunk új (a schaffhauseni codexből átvett) intézménnyel, t. i. a *túlélő szülő haszonélvezett jogával kombinálja*, még pedig úgy, hogy e haszonélvezetet «a *lakás* jogára szorítja, magát a birtokot pedig az örökösöknek engedi át oly kötelezettséggel, hogy a haszonélvezetre jogosult szülő haláláig attól egy bizonyos, szükség

esetén az örökösödési bíróság által meghatározandó összeget fizessen». (Id. munka 353. 1.)

Am e javaslat is először csak a túlélő szülön segít, ha ugyan segít, de védtelenül hagyja a testvéreket, a kik pedig ugyancsak közelebb állanak az örökhagyóhoz, mint ama távol oldalrokonok. Ha tehát azt az elvet valljuk, hogy a közeli rokont a távoli atyafi a hagyatéktól meg ne fossza: akkor a Zlinszky javaslata sem fedezi a teljes szükségletet. Másodszor: a szülőről csak lakás és egy «esetleg» bíróilag meghatározandó járadék formájában gondoskodik, holott a lakás egymaga kevés, a «bíróilag meghatározandó» járadék pedig technice nem ajánlatos expediens, mert a hazai örökjogi pereket a perek új számával szaporítaná, még pedig épen ama fix alap nélküli és a bírói önkényre alapított perek neméből, melyeket ma az özvegyi jog fejezetéből ismerünk és miket épen ezért az özvegyi jog rendezésénél is kiirtani iparkodtam. Végül pedig a szülői haszonélvezet — eltekintve azon ismeretes nemzetgazdasági aggályoktól, melyek a törvényes haszonélvezeti esetek szaporítása ellen támaszthatók — hazánkban új intézmény és nem tartom következetes eljárásnak, hogy egyrészt az ági öröklést azért tartsuk fenn, mert hazai fennálló intézmény, ezt pedig másrésztől csak úgy tartsuk keresztülvihetőnek, ha hiányait egy teljesen idegenszerű, nálunk ismeretlen, külföldi intézmény receptiója által kipótoljuk.

Azok után, miket fent az ági örökség alapgondolatának igazoltságáról valamint az azon alapuló mai öröklési rend hiányairól kifejtettem, saját álláspontomat a következőkben terjesztem elő:

1. Az ági öröklést a szülői és a nagyszülői parentélában fentartandónak vélem. E megszorítás magában véve azok után, miket e tekintetben Zsögöd, Herczegh és mások felhoztak, további indokolásra nem szorul. Annál kevésbé szorul külön indokolásra az én örökségi javaslatom szempontjából, mert javaslatom egyáltalában nem ismeri el a nagyszülői parentélán túl álló rokonok törvényes örökösödési jogát. Ezen utóbbi elvnek indokolását itt mellőzhetem. Itt csak annyit jegyzek meg, hogy az ági öröklésnek a nagyszülő,

parentélaig való megszorítását még az esetre is javaslom, ha az általános törvényes öröklés fejezetében a szépszülei vagy még távolabbi parentélák törvényes öröklése határozatnék is el.

2. A nevezett két parentélában is azonban az ági öröklést csak azon kettős megszorítással vélem fentartandónak, hogy *a)* a távolabbi rokon ági öröklés czimén ki ne zárja a hagyaték-ból a közelebbit; *b)* hogy a vagyoneredet bizonyítása a hagyaték lebonyolítását túlságosan meg ne nehezítse. E célból:

3. Kimondandó, hogy a nagyszülő és leszármazói oly esetben, midőn az örökhagyó szülőt, vagy szülei lemenőt hagyott hátra, ági öröklést nem érvényesíthetnek. A nagyszülő, nagybátyja, nagynéne, unokatestvér stb. tehát ági vagyon czimén csak akkor léphetnek fel, a mikor az örökhagyó után sem gyermek, sem szülő vagy szülei leszármazó nem maradt hátra; vagyis, a midőn az örökhagyó egytetemes örököse a hitvestárs (ki azonban özvegyi joga czimén — és e jogot az özvegy férjre is tartom kiterjesztendőnek — az ági vagyon hasznélvezetében marad) vagy ugyancsak nagyszülő vagy nagyszülei leszármazó.

E tétel által az ági öröklés legsértőbb igazágtalanságát kívánom orvosolni, mely abból áll, hogy a távoli oldalrokon a szülőt és testvért kirekeszti. Mai érzésünk szerint, azt tartom, a vagyoneredet nem mint *kizárólag* mértékadó, hanem csak mint adminiculáló momentum jöhet tekintetbe az örökési rend szabályozásánál. ^

Ott, a hol két *egyenlően közel* rokon lép fel mint örökös-jelölt, az előjog azt illeti, a ki nemcsak az *örökhagyóhoz*, hanem a *vagyonhoz* is közel áll; azaz: a kitől vagy a kinek felmenőjétől maga ez a vagyon származik. Ámde ott, a hol a vagyoneredet és a vérközelség *collidál*^ ott mai érzésünk szerint nem a vagyonközelségnek, hanem a vérközelségnek kell döntenie: az apám, a testvérem, noha nem tőlök származott a vagyonom, mai érzésünk szerint több jogot formálnak az utánam való öröklésre, mint az unokatestvérem, noha a vagyon az utóbbi nagyatyjától származik.¹

¹ Érdekes, hogy a vagyoneredet és a vérközelség- elvének illetén kombinálását már a *Schwabenspiegel* ági öröklése mutatja (1. fent 156.

4. A vagyoneredet bizonyításának túlságos nehézségeit annak kimondása által vélem megnyirbálhatóknak: hogy oly vagyon, mely az örökhagyó halálát megelőző 32 évnél régebben szállt le az ágelődtől, ági öröklés tárgyát nem képezi.

Ez intézkedés indoka abban rejlik, mit fent (183/4.!*) kifejtettem. Az ági öröklés jogosultsága a *vagyoneredet emlékezetében* rejlik. Ezért legdrasticusabb, legkényszerítőbb az ági öröklés igazságossága ott, a hol egészen rövid idő, mondjuk hónapok, napok vagy épen csak órák fekszenek a vagyonszármazás és a továbböröklés között. Midőn pl. az anya gyermekágyban hal meg, és vagyonát felerészben már nagyobbik gyermekére, felerészben pedig az ujon szülött csecsemőre hagyja, és a midőn ez a csecsemő fél órával az anyja után maga is kimúlik (Zsögöd Magy. Igazságügy XII. k. 218. 1.): ilyenkor egyenesen kiáltó az igazság követelménye, hogy ez a fele vagyon, mely hiszen csak az imént volt még az anya kezében, tőle (a csecsemő révén) az életben maradt egyetlen édes gyermekére szálljon, ne pedig — mint a római jog, vagy az osztrák polg. tvk, rendeli — fele részben a túlélő atyára, ki azt talán második házassága gyermekeire stb. szállítja tovább és így az elhunyt anya egyetlen gyermekétől egészen vagy részben elidegeníti. És midőn ilyenformán az ági továbbszállás törvénye annál igazságosabb, mentül rövidebb ideje, hogy a vagyon az örökhagyó kezén volt, vagyis mentül elevenebb még a vagyonszállás emlékezete: épen ilyenkor legkönnyebb is a bizonyítás. Ám a mikor évtizedek multak, hogy a vagyon az örökhagyóra szállt: ilyenkor a vagyonszállás emlékezete is elmosódott, a vagyon és annak eredeti szerzője közötti kötelék is lazult: ilyenkor az ági öröklés igazsága kisebb, bizonyításának nehézsége nagyobb. A ház, a föld, melyet egy-két esztendeje örökölttem apámtói, nagyapámtól: évekig még mint apám, nagyapám háza szerepel a család, szomszédság szájában, emlékében. Apám, nagy-

lapon); hazai íróink közül ily közvetítés gondolatát futólag *Zsögöd* is pedzi (1. M. Igazságügy XXII. k. 248. 1.). V. ö. a római jogi lineáris öröklést (az egyik oldalon levő közelebbi ascendens kizárja a másik oldalon levő távolabbít) vagy a hollandi kódex közvetítő rendszerét szemben a francia «fente»-tel.

apám háza, földje pedig, igazságos, hogy az apám, nagyapám gyermekeire szálljon vissza. De az a vagyon, mely 35—40 év előtt szállt reám, mely azóta húszszor alakját is változtatta, beleruháztam egy emberöltőn át saját pénzemet is, eszem, kezem munkáját is: ez a vagyon az emberek emlékezetében már nem mint apám, nagyapám, hanem mint a magam tulajdon vagyona szerepel, ez a vagyon már a saját személyem bélyegét hordja magán — az ilyen vagyon tekintetében érzsünk is belenyugszik, a bizonyítás practicabilitása meg épen követeli, hogy az öröklést ne a 35—40 év előtti vagyone-redet, hanem a jelen állapot szerint rendezzük.

Még egy szempont igazolja ez eljárást. Az ági öröklés a maga alapgondolata szerint nem egyéb, mint a *törvényes substitutio* egy neme. Az egy ágon levő rokonok az ági vagyon tekintetében egymásnak mintegy törvényes utóörökösök, sőt Teleszky javaslata 40. §-ában egyenesen «utóörökösödésről» szól. Az utóörökösödés tekintetében pedig javaslatomban elfogadom a német bir. törvénykönyv azon elvét (2109. §.), hogy az utóörökösödés hatályát veszti, ha az utóöröklés feltétele bizonyos idő alatt be nem áll. Javaslatomban ezen időhatár 32 év, és ezt tartom megfelelőnek ezen — hogy úgy mondjam — ági substitutio hatályvesztése tekintetében is.

5. A mi az ági öröklés törvénytechniciai constrctióját illeti, az ági vagyon mint *törvényes hagyomány* terheli a hagyatékot. Az egyetemes örökössel szemben ugyanis, kire az örök-hagyó .activái és passivái átszállnak, az ági örökös azon *tiszta értéket* követeli, mely a közös östől az örök-hagyóra szállt; nem követeli tehát az egész hagyatéki vagyont, vagy annak hányadát, mint az egyetemes örökös, hanem bizonyos fix értéket, úgy mint a hagyományos. És minthogy e hagyomány őt a *törvény* erejénél fogva illeti: ezért törvényes hagyomány-nak mondható. Így construálja az ági öröklést a német irók közül pl. *Schiffner* «Die sog. gesetzlichen Vermächtnisse» ez. művében (173. 1.), a francia retour tekintetében pl. *Zachariae* («Der Rückfallserbe ist gleich als ein legatarius in sensu juris Romani» stb. Fr. Civilr. IV. 69. 1.), így hazai Íróink közt *Zsögödy Herczegh*, *Teleszky* stb.

II.

Az *özvegyi jog* kérdésében tisztába kell jönnünk mindenekelőtt az *állagörökség* és a *haszonélvezet* egymásközi értékviszonya iránt.

Részemről kettősnek látom a hitvestársi haszonélvezetnek előnyét az állagban való örökösödéssel szemben: az egyik pozitív, a másik negatív.

Pozitív előnye az, hogy a haszonélvezet többnyire ki-elégítőbb ellátási formája az özvegynek, mint a hagyaték egy hányadának öröklése. Tőkeszegény országban, milyen a miénk, a többnyire kicsi hagyaték egy-egy törtrészének tulajdona nem elegendő arra, hogy az özvegy annak jövedelméből megélhessen. Pedig a pusztá megélhetés nem is elegendő. Mert az eszmény, mely után a hitvestársi öröklés rendezésében törekedni kell, abban áll, hogy az özvegy férjének halála után lehetőleg ugyanazt az életmódot folytathassa, megtarthassa lehetőleg ugyanazt a standard of lifeot, melyet a házasság tartama alatt fentartott és megszokott. E cél pedig el nem érhető, ha az özvegyet a hagyatékunk csak valamely törtrészére szorítjuk, ha mindjárt tulajdonul adjuk is neki e törtrészt. Mert a fogyasztási alap, az, amiből az özvegy háztartását ellátja, nem a tőkeállag, hanem annak évi jövedelme. Ezért az egész hagyaték haszonélvezete rendszerint többet ér az özvegynek, mintha a hagyaték felét, vagy épen negyedét vagy még kisebb részét tulajdonul adjuk. Ha mellőzzük a kivételesen nagy vagyonokat, melyek — épen azért, mert kivételesek — e kérdés általános rendezésénél nem dönthetnek: rendszerint az egész hagyaték jövedelme rámegegy arra és szükséges is arra, hogy az özvegy magát, gyermekét, háztartását az életmód azon magaslatán tarthassa, melyet a családfő életében megszoktak. Még ott is, hol a családfő addig, amíg élt, a tőke kamatait egészben vagy részben félretette: halálával a munkakeresmény megszűnik és a tőkejövedelem képezi a házfentartás egyedüli alapját. Ettől a jövedelemtől az özvegyet, hacsak társadalmilag lefokozni, sőt többnyire Ínségbe is juttatni nem akarjuk, megfosztanunk nem szabad.

Negatív előnye a hitvestársi haszonélvezetnek pedig

abban áll, hogy a vagyon állagát el nem idegeníti az örök-hagyó családjától. Ennyiben az özvegyi jog szükségszerű kiegészítője az ági öröklésnek. Bármilyen csekély tulajdoni quotában állapítjuk is meg az özvegy öröklését: a hagyaték egy részét ezzel elvonjuk az örökhagyó rokonaitól és tőle idegen családok — t. i. a túlélő hitvestárs családja — kezeire juttatjuk. Már pedig mindenki tiszteli, szereti a maga feleségét és kötelességének érzi, hogy rangszerű megélhetését biztosítsa a maga halála után is; de hogy az, mit életünk munkájával szereztünk, vagy ami apánk örökségeként reánk szállt gyermekeink elől sógorságunkra jusson, ez senkinek sem óhaja. Pedig ezt így cselekszi minden törvény, mely az özvegynek gyermekekkel vagy ági örökösökkel szemben is állagörökjogot ad.

Ebben a két pontban látom az özvegyi jognak jog-politikai alapját és jogosultságát és ezért vélem azt továbbra is fentartandónak. Nagy elégtételünkre szolgálhat e tekintetben, hogy a német javaslat bírálata is nagy részben ezt az álláspontot foglalta el és hibáztatta, hogy a német törvény a hitvestársi öröklést quota-tulajdonban, nem pedig haszonélvezetben állapította meg. Sőt túlzás nélkül mondható, hogy éppen a legszámvehetőbb bírálók voltak azok, — *Gierke* (Das BGB. und der deutsche Reichstag 36. 1.), *Bähr* (Gegenentwurf 348. 1.), *Bernhöft* (Zur Reform d. Erbr. 78. L), *Strohal* (Das deutsche Erbrecht, stb. 15. 1.), — kik ily irányban nyilatkoztak. *Bähr* ellenjavaslata ez (§ 1585): «Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist, wenn Kinder den Verstorbenen beerben, auf lebenslänglichen Bezüg der Nutzungen von der Hälfte des gesammten Ehevermögens berechtigt.... Wird der verstorbene Ehegatte von Verwandten zweiter Ordnung beerbt, so erweitert sich das Recht des Überlebenden auf die Nutzungen von drei Viertheilen des Ehevermögens. Entfernteren Erben gegenüber verbleibt der überlebende Ehegatte im Niessbrauch des Gesammten von dem Verstorbenen hinterlassenen Vermögens.» A *Huber-féle* svajczi javaslat 407. § a ezt rendeli: «Hinterlässt der Erblasser einen Ehegatten, so erhält dieser nach den Bestimmungen des Familienrechtes neben Nachkommen die ganze Erbschaft zu Nutz-

aiesség und neben Erben des elterlichen Stammes die eine Hälfte zu Nutzniessung und die andere zu Eigenthum.» Más formában, de lényegileg ugyanazt a gondolatot fejezi ki az *Anonymus* (Arch. f. bürg. Recht) javaslata is, melynek 1710. §-a szerint: «Hat der Erblasser neben erbberechtigten Verwandten einen Ehegatten hinterlassen, so geht die Erbschaft zunächst auf diesen über. Das Verhältniss des Ehegatten zu den Verwandten ist das des Vorerben zu Nacherben. Die Nacherbfolge tritt ein mit dem Tode des überlebenden Ehegatten, wenn aber dieser eine neue Ehe eingeht, mit seiner Wiederverheiratung. Hat der Erblasser keinen erbberechtigten Verwandten hinterlassen, so ist der überlebende Ehegatte Alleinerbe.» Mindé javaslatok, mint látható, a hitvestársi haszonélvezet alapján állanak és nincs ok, amiért hazai jogunk ezen alapgondolatát elejtsük.

Sőt többet mondok: az özvegyi jog el sem ejthető, ha az ági öröklést fentartjuk, mert az özvegyi jog — mint már említettem — az ági öröklés szükségszerű komplementuma. Ha ugyanis az ági vagyont kizárólag az ági örökösöknek juttatjuk: olyankor, midőn a hagyaték legnagyobb részben vagy kirekesztőleg ági vagyomból áll, az özvegy teljes koldusán maradna. Arra tehát, hogy az ági vagyont az ági atyafiaknak biztosítsuk, de másrésről az özvegyről se felejtkezzünk meg, csak egy mód van: a hitvestársi haszonélvezet, mert ez a vagyon substantiáját a szerző családjánál hagyja, annak jövedelmeit pedig az özvegynek juttatja.

Míg azonban az özvegyi jog elvi fentartása iránt örvendetes egyetértés van a kodifikáló-bizottság többségében, lényeges eltérés van ezen jognak közelebbi meghatározása és kiépítése iránt. Míg a többség csak az illő *tartásban* látja az özvegyi jog tartalmát és célját, én többet látok benne. Nem bocsátkozom az ismeretes vitakérdésbe, vajon mai jogunk szerint az özvegyi jog családjogi vagy örökjogi intézménynek minősítendő-e helyesen? De lege ferenda kétségtelennek tartom, hogy az özvegyi jogot az *özvegy örökjogaképen* kell kiépítenünk. Nem lehet kétség az iránt, hogy az özvegynek oly *örökjogot* kell adnunk, mely a modern családban elfoglalt állásának megfelel; e célra pedig a «tartás» szempontja ki

nem elégtő. Nincs következetesség abban, hogy az özvegynek olyankor, amikor gyermek nincsen, az egész szerzeményi vagyont tulajdonul adjuk (ami egyenesen példátlan bőkezűség az összes külföldi törvényhozással szemben), ellenben ha gyermek van, csakis a «tartásra» szorítsuk; nincs következetesség abban, hogy gyermektelen házasság esetében az özvegynek, ha a hagyaték szerzeményi, az egész hagyatékot adjuk, ha pedig ági, csak «tartást» Ítéljünk meg. Helyesen cselekedett azért az országbírói értekezlet, midőn a felmenők és oldalrokonok korlátozó jogát az özvegygyei szemben eltörölte. Ezzel az özvegy állandó és kielégítő örökjogot nyert a konkurráló ági örökösökkel szemben. Az országbírói értekezlet e rendelkezése szerintem megmutatja az irányt, melyben az özvegyi jog továbbfejlesztésének történnie kell: igaz törvényes örökjogot kell belőle alakítani, mely nemcsak az inség ellen biztosítsa az özvegyet, mint a római jog quarta mulieris indotatae-ja, hanem mely megfelel a hitvestársi szeretetnek és azon állásnak, melyet a hitvestárs a mai családban elfoglal. Ily szempontból indul ki az én javaslatom, mely a mai állapottal szemben két irányban fejleszti tovább az özvegyi jogot: megszünteti a leszármazók korlátozó jogát és kiterjeszti az özvegyi jogot «hitvestársi haszonélvezet» név alatt az özvegyen maradt férjre is. E két újítást a nyilvánult ellenvetésekkel szemben legyen szabad röviden megvilágosítanom.

Az özvegyi jog terjedelme tekintetében két kérdést kell megkülönböztetnünk: 1. mire terjedjen az özvegyi jog a törvény dispositív rendelkezésénél fogva, azaz oly esetben és addig, amidőn és ameddig az érdekelték azt meg nem szorítják? 2. ki szoríthassa meg az özvegyi jogot és mennyiben?

Az első kérdésre mai jogunk azt feleli, hogy az özvegyet mindaddig, míg joga meg nem szoríttatik, az egész hagyaték haszonélvezete illeti és ezt a szabályt fen tartja javaslatom is. Oly esetben tehát, midőn az özvegyi jog korlátozását nem kérik vagy nem kérhetik, valamint akkor is, ha kérik, mindaddig, míg a korlátozó ítélet jogerőre nem emelkedett: mai jogunk ugyanazon eredményre vezet, mint javaslatom. E tekin-

tetben tehát újítást jelentenek a hazai joggal szemben mind-azok a vélemények, melyek az özvegyet már törvénynél fogva is a priori, vagyis tekintet nélkül az örökösök korlátoló kérelmeire, a hagyatékna csak bizonyos *részére* kívánják szorítani: így egyesek a hagyaték felére, mások a gyermekek számától függően más-más hányadra kívánták szorítani az özvegy haszonélvezetét. Ily újításra nem látok okot. Az indítványozók attól tartanak, hogy az egész hagyaték haszonélvezete túlságos jó módba helyezi az özvegyet. De ne gondoljunk mindig a milliós hagyatékokra. Midőn egy intézménynek törvényes rendezéséről van szó, az átlagos, rendszerinti eseteket kell szem előtt tartanunk, az átlagos, rendszerinti hagyatékok pedig oly kicsik, hogy teljes haszonélvezetükből az özvegy szükséges tartása is alig futja ki. Ily körülmények közt nem látom, miért szorítanak az özvegyet pl. az ági vagyon felerészének jövedelmeire csak azért, hogy az elhunytnak távoli ági rokonai kapják a másik felét. Egy 1000—2000 forint értékű ági vagyon haszonélvezetének ily kettéosztása az özvegyet a betevő falattól fosztaná meg az ági várományosok kedvéért, pedig az ági öröklés célja nem az, hogy az ági rokonok a vagyon jövedelmeiben részesüljenek, hanem hogy a vagyon tőkéjét nekik konserváljuk. Másként áll a dolog akkor, midőn az özvegy lemenő örökösökkel konkurrál; ez esetben nincs nagyon lényeges különbség ezen indítvány és javaslatom, illetve a mai jogállapot közt. Mert az özvegy akkor, ha az övé az egész hagyaték haszonélvezete, a jövedelmekből gyermekeit is köteles tartani; viszont ha a fele haszonélvezetre szorítjuk, ugyancsak ő fogja a másik felerész hasznait is — mint t. és t. gyám — húzni. Az eredmény tehát többnyire egyre megy. Persze nem minden esetben: pl. ha nevezett gyám van, ha az özvegy gyámi hatalmát elvesztette, stb. Ily esetben én is azt tartom, hogy a gyermek fél Örökrészének az özvegyi haszonélvezet alól mentesnek kell maradnia.

Ami a megszorítás jogát illeti: elejtendőnek vélem. Ez kétségtelenül újítás a jelen jogállapottal szemben. De újítást jelent azok indítványa is, kik, mint Zsögöd a maga örökjogi tervezetében, vagy mint a kodifikáló bizottság több tagja, a

megszorító jogot az ági örökösnek is meg akarják adni, mely jogot az országbírói értekezlet eltörölte. Kérdés tehát csak az, hogy a két újítás közül melyik a jogosultabb? Attól tartok, hogy a megszorító jognak az ági rokonokra Való kiterjesztése erős visszalépés volna a mai állapottal szemben, A hitvestárs szeretet dolgában megelőzi az ági rokont, ezért rendben való, ha megelőzi az örökségben is. Az ági öröklésről szóló értekezésemben kifejtettem, hogy az ági öröklés-felfogásom szerint manap már csak akkor jogosult, mikor az elhunythoz közelebb álló családtag nem maradt hátra az örökhagyó után. Ezen elvhez képest a hitvestársat illeti az elsőbbség az ági örökösrel szemben és csak a vagyón. substantiája az, melyet az ági örökösök számára konserválni kell. Bármilyen nagy legyen is az ági vagyón jövedelme: teljesengazságosnak tartom, hogy azt, ha már gyermek nem maradt az örökhagyó után, az élvezze, ki életében gyermekei után legközelebb állt hozzá. Hozzájárul, hogy a megszorítási jogot az oldalági rokonok rendszerint sokkal gyakrabban és kiméletlenebbül fognák gyakorolni, mint a gyermekek, kiket a gyermeki szeretet fog többnyire a legdurvább visszaéléstől megóvni. A megszorítás iránti perek tehát, amíg egyrészt kevésbé indokoltak — mint alább még ki fog tűnni — másrészt gyakoribbak és mérgeesebbek lennének, mint a gyermekek részéről indított hasonló perek. Amit később az utóbbiak megszorító joga ellen mondani fogok, hatványozva áll tehát az ági rokonok ilyen joga ellen. Az egész vagyón haszonélvezetét fix örökjogképen adja a hitvestársnak — mint fentebb láttuk — az Anonymus javaslata is, a nagyszülői csoportbeli örökös mellett a Báhr javaslata is, sőt a Huber-féle javaslat szülők mellett felében haszonélvezetül, másik felében pedig tulajdonul juttatja a hitvestársnak a hagyatékat, a nagyszülői csoportot pedig teljesen kizárja a hitvestárs az örökléstől; ezen legújabb törvényhozási kísérletek tehát részben még túlmennek az én javaslatomon. Érdekes megemlékezni arról is, hogy *Teleszky* is, ki pedig eredeti javaslatában a hitvestársi haszonélvezet ellenzője volt és tulajdonhányadban állapította meg a hitvestárs örökjogát a felmenő és oldalági örökösökkel szemben: a javaslatról folyt értekezleten ez állás-

ponttal felhagyott és legalább facultative haszonélvezetet — még pedig életfogytiglani haszonélvezetet — kívánt adni az özvegynek az egész hagyatékon. A javasolt §. Így hangzik: Az örökhagyó özvegy nője jogosítva van a 33. §. szerint őt megillető örökösödési rész helyett az egész hagyatékot holtiglani haszonélvezetül választani». Megszorításról itt sincs szó. Ez is tehát lényegileg álláspontommal megegyezik.

Még egy pontra kell figyelmeztetnem. Ha az ági öröklés jövőben csak a szülői csoportban tartatnék fen — amint a szerkesztő-bizottság 37. ülésének utasítása szól — akkor az özvegyi jog javasolt kiterjesztése egyenesen kikerülhetetlen. Mert könnyű belátni, hogy e határozat a mai, úgynevezett «hitvestársi öröklés» megszorítására vezetne, ha pedig ez megcsorbul, akkor multhatatlanul kell, hogy a hitvestársat az özvegyi jog formájában kárpótoljuk. Az okoskodás igen egyszerű. Mai jogunk szerint az özvegy, ha férje gyermek nélkül halt el, a szerzeményt öröklí, az ági vagyon pedig az ági rokonságra száll. Ha már most a szülői csoporton tul ági vagyont nem ismerünk el: olyankor, midőn az örökhagyó után se gyermek, sem szülői csoportbeli rokon nem maradt, az özvegy vinné el mint «szerzeményt» az egész hagyatékot, azon részében is, mely nagyszülői eredetű. Ez nyilván tūrhetetlen. Mit kellene tehát tenni? Nem maradna más mód, mint állagosztály az özvegy és a nagyszülői csoport közt; tehát ki kellene pl. mondani, hogy olyankor, midőn az öröklésben a nagyszülői csoport és az özvegy konkurrál: ők bizonyos hányadban osztoznak, például a hagyaték fele az özvegyé, a másik fele pedig a szülői csoporté. Ámde ily rendezés szükségkép visszahatna az özvegynek a szülői csoporttal konkurráló örökjogára is. Mert elvitázhatatlan elv, hogy az özvegynek annál nagyobb örökrészt kell adni, mennél távolabbi rokonok konkurrálnak vele. Az utóbb emiített rendezés mellett pedig megtörténnék, hogy az özvegy, ha a hagyaték tisztán szerzemény, a szülői csoporttal konkurrálva az egész hagyatékot kapná (mert hiszen e csoportban a «szerzeményi», «ági» közti distinctio fenmaradna), a nagyszülői csoporttal konkurrálva pedig csak a fél hagyatékot kapná, ami képtelenség. Ennek kikerülése céljából tehát;

meg kellene nyirbálni az özvegy örökjogát oly esetben is, midőn a szülői csoporttal konkurrál, vagyis az úgynevezett «hitvestársi öröklést», mely ma az *egész* szerzeményi vagyona terjed, annak csak bizonyos *részére*, például felére kellene szorítani. Az eredmény ekkor így nézne ki: a hitvestárs, ha szülői csoportbeli örökössel konkurrál, a fele *szerzeményt* örökli, ha nagyszülői csoportbeli örökössel konkurrál, a fele (akár szerzeményi, akár ági eredetű) *hagyatékot* örökli. Így megvolna a szükséges climax, de a hitvestársi öröklés a mai állapottal szemben tetemesen megnyirbálódna. Ezért csak az özvegyi jog javasolt kiterjesztésével lehetne kárpótolni. Az elv ez lenne: a hitvestárs haszonélvezetül kapja a hagyatéknak mindazt a részét, melyet tulajdonul nem kap. Tehát: 1. ha gyermekkel konkurrál: az egész hagyatékot haszonélvezetül kapja; 2. ha a szülői csoporttal konkurrál: a fele szerzeményt tulajdonul, a hagyaték többi részét haszonélvezetül; 3. ha a nagyszülői csoporttal konkurrál: a fele hagyatékot tulajdonul, a másik felét haszonélvezetül; 4. ha távolabbi rokonokkal konkurrál: az egész hagyatékot tulajdonul. Így lehetne, és szerintem csakis így lehetne megvalósítani a 37. szerkesztő-bizottsági ülés azon utasítását, hogy «az ági öröklés kérdése a *hitvestársi örökléssel kapcsolatosan* oldandó meg, úgy hogy az ági öröklés a *szülői csoporton belől* fentartassék». Nem mondom, hogy az ilyen rendezés mellett lelkesedni tudnék, épen nem. Én az ági öröklésnek és a hitvestársi öröklésnek ilyen nagymérvű átalakításától idegenkedem és épen ezért az ági öröklést a nagyszülői csoportban is elvileg fentartandónak vélem. Amit ez alkalommal ki akartam mutatni, csak abban állott, hogy: *ha* az ági öröklést csak a szülői csoportban tartjuk fen, akkor a felmenő és oldalági örökösöknek még kevésbé adhatjuk meg az özvegyi jog megszorítását, mint eddigé

Indokoltabb a megszorítási jog a *gyermek* kezében, amelyet hiszen az országbírói értekezlet is megtartott. Indokoltabbnak mondom azért, mert míg a többi rokonság távolabb áll az örökhagyótól, mint a hitvestárs: a gyermek legközelebb áll hozzá, nem felelhet tehát meg az örökhagyó szándékának, hogy a *gyermek* koplaljanak, míg az özvegy

dúslakodik. Mindazonáltal a gyermekeknek sem vélem megadhatni a megszorítási jogot. Arról, hogy a gyermekek az özvegy mellett megfelelő ellátásban részesüljenek, persze gondoskodni kell. Hanem e célra nem kell a megszorító jog. E célra ott van először az özvegynek mint anyának kötelessége, hogy kiskorú gyermekeit kellő nevelésben, tartásban, ellátásban részesítse, az özvegyi haszonélvezet tehát közvetve a kiskorú gyermekek javára is szolgál. Amikor ime az özvegy mellett csakis saját kiskorú édes gyermekei az örökösök, a megszorító jogra nincs szükség. Sőt ha ily joguk lenne is, nem volna foganatja. Mert minthogy az anya édes gyermekeinek vagyonát számadás nélkül kezeli (1877. évi XX. tcz. 35. §.): hiába korlátoznók az özvegy jogát, mert amit az özvegytől özvegyi jog czimén elvonnék, visszakapná szülői haszonélvezet czimén. Tudtommal ezért praxisunkban nem is igen fordul elő, hogy az özvegy özvegyi jogát saját édes kiskorú gyermekei korlátoznák, sőt *Jancsó* a megszorító jogot ily esetben — bár szerintem nem egészen meggyőző érveléssel — egyenesen kizártnak tartja. (*Jancsó*: Özvegyi jog 72. 1.: «Az özvegyi jog akkor sem változik, vagyis kiterjed az egész hagyatékra, ha az elhunyt férj után maradt örökösök édes leszármazók ugyan, de még *kiskorúak*. Az id. törv. szab. 16. §-a ugyan nem különböztet és a leszármazóknak általánosságban adja meg a korlátozó jogot. Azt hiszszük azonban, hogy eme általános rendelkezés megszorítóan magyarázandó és a korlátozó jog *csak a teljes korú leszar-mazókat illeti meg*».) Ami pedig a nagykorú és a mostoha gyermekeket illeti: az özvegyi jogot nem esetről-esetre a bíró által, hanem egyszersmindenkorra a törvény által tartom korlátozandónak. Ezért javaslatom szerint: az özvegyi jog a nagykorú és a mostoha gyermek örökségének csak *felerészére* terjed ki, úgy hogy a másik fele az özvegyi jogi haszonélvezettől *már törvéynél fogva* mentes marad.

Javaslatom e pontja erős támadásra talált. Hivatkoztak a létező jogállapotra; továbbá az esetről-esetre való korlátozás méltányosabb voltára. Ám ami a fenálló joggyakorlatot illeti: a gyermekek korlátozó joga a gyakorlatban épenséggel nincs oly széles keretben elismerve, mint ahogyan az ember

az id. törv. szab. I. 16. §-a szerint hinné. A *kiskorú édes-gyermekek* kezében ugyanis a jog — mint kifejtettem — illusorius és a gyakorlatban fen sem áll. *Mostoha gyermekek* létezése esetében pedig az özvegyi jog már mai gyakorlatunk szerint — mely az 1840: VIII. tcz. 18. §-án indul — csakis egy gyermekrészt haszonélvezetére korlátozható; az özvegyi jog ez esetben tehát egy változhatatlan *fix tételből* áll. A bírói szabad arbitriumnak tehát már mai jogunk szerint is csak akkor van helye, ha az özvegy kizárólag saját *édes nagykorú* gyermekeivel konkurrál és ezek közül valamelyik kéri a megszorítást. A «leszármazó egyenes örökösök» megszorító joga — melyről az id. törv. szab. 16. §-a szól — tehát csak cum grano salis értendő.

Kérdésünk tehát — a mai jogállapotot szem előtt tartva — erre redukálódik: nagykorú gyermekek öröklése esetében jobb-e, hogy ő reájuk bizzuk, hogy az özvegynek haszonélvezeti jogát esetről-esetre perrel megszorítsák, vagy jobb-e, hogy a megszorítást egyszersmindenkorra a törvényhozó végzi? Javaslatom ez utóbbi felfogást követi. Az egész hagyaték haszonélvezetét adja az özvegynek addig, míg a gyermekek kiskorúak, a felét amikor nagykorúak (vagy mostohák). Oka ezen felosztásnak: mert az özvegy addig, míg a gyermekek kiskorúak, őket nevelni, tartani köteles; e teher alól pedig nagykorúságukkal szabadul. Nem terheli e kötelezettség a mostoha gyermekekkel szemben sem; ezért itt is hasonló osztály van indokolva. Így határozott egy konkrét esetben a legtetsőbb Ítélszék (*Dtár* XII. 122.) is: az özvegynek addig, míg a hátrahagyott leánygyermek kiskorú, a nevelés és tartás kötelezettsége mellett az egész hagyaték-
nak, a gyermek nagykorúságától vagy férjhezmenetelétől fogva pedig felének haszonélvezetét Ítélt meg. Ez a döntés az, mi[^] javaslatom, mint az esetek generális típusának megfelelőt általánosít. A nagykorú vagy mostoha gyermekekkel szemben tehát az özvegyi haszonélvezet már törvénynél fogva felére «szorul meg».

Ez ellen áll az ellenvetés, hogy az ilyen rendezés túlságosan «merek». A fél vagyon haszonélvezete — azt mondják — hol sok, hol kevés. Sok, ha a vagyon nagy, ha-

az özvegy különben is jó sorsban maradt hátra, kevés, ha fordítva áll az eset. Ezért itt csak esetről-esetre való individualizálás segíthet. Ezt a felfogást az 1840: VIII. tcz. 16. §. kodifikálta is: «A tartásnak mennyiségét, ha iránta egyezség-nem eszközöltetik, az özvegynek sorsára, a vagyonnak mennyiségére és arra is, amit az özvegy közszerzeménynek és hitvestársi viszonos örökösödésnek fejében, mint tulajdont megtartott, figyelmeztve, az illető bíróság határozza meg». És hasonló állást foglal *Zsögöd* törvénytervezete is: «Lemenő örökösök e jognak megszorítását követelhetik, *rendszerint* olyképen, hogy az özvegynek haszonélvezetre ne több a vagyon *egy negyedénél* jusson. (8. §.) Ha azonban az arány az özvegyi tartásra kevés, avagy túlságos sok lenne, az a bíróság által, figyelmeztve az özvegy sorsára, továbbá arra, amit közszerzemény vagy egyéb czimen a házasságból úgy is kap és egyáltalában az érdekeltek viszonyaira, *felelhető* vagy *leszállítható* (9. §.).»

Már most kétségtelen, az ilyen «individuális» rendezés — ha bölcs, igazságos, jóakarató bíró által történik — in concreto igazságosabb *lehet* bármely törvényi egyszersmindenkorra való rendezésnél. Ámde hova vezet ez az okoskodás? Nemcsak az özvegyi jognak, hanem az egész örökjognak, sőt elvileg az egész magánjogi rendezésnek «individuális» ellátására. Semmi kétség: vannak esetek, amikor az özvegynek saját nagy vagyona van, férje élete az ő javára biztosítva volt, vagy nyugdíjban részes stb., stb.: ilyenkor méltánytalan lehet, hogy elvonja a hagyaték felének a gyümölcsseit a gyermekek elől, kik nagy számmal vannak, teljesen vagyontalanok stb., — és hasonlóan variálható az eset számtalanféleképen, hol javára, hol ellenére az özvegynek. De éppen az özvegyi jognak sajátosságával van-e itt dolgunk? Hát nem hasonló méltánytalanságra vezethet bármely más törvényes öröklés is? A legvilágosabb, szinte magától értetődő örökjogi szabály a gyermek öröklése: a vagyon annyi részre oszlik, ahány a gyermek. Igazságos-e ez in abstracto? Igazságos, mert in abstracto-egyik gyermek olyan, mint a másik. Méltányos-e in concreto? Esete válogatja. Ha nagy a hagyaték és a gyermekek egyenlő vagyoni helyzetben vannak: nincs ok, amiért az egyenlő-

osztálytól eltérjünk. Ha kicsi a hagyaték, az egyik gyermek dúsgazdag, kinek kezében az örökség számba se jön, a másik szerencsétlen koldus, kit az örökség lábra állíthatna — itt méltányos talán az olyan rendezés, mely kétszer annyit ad a szegénynek, mint a gazdagnak. Ha esze, szive van az apának, így is fog tenni végrendeletében. A bölcs végrendelező intézkedése: ez a concret eset «individualitása» által sugalt • méltányos» rendezés a törvény «abstract» és ezért szükségkép «merev» rendezésével szemben. De hát ha nem maradt végrendelet? Miért nem utasítja ilyenkor a törvény a bírót, hogy «individualizáljon»? A gyermekek között de lege eső egyenlő osztálylyal szemben, miért nem jogosítja fel a bírót, hogy ha az arány egyik-másik gyermek tekintetében kevés .avagy túlságos sok lenne, azt, figyelmeztve a gyermek sorsára és egyáltalában az érdekelték viszonyaira, *felemelje* vagy *leszállítsa?*» (Zsögöd idézett §-a.) Miért nem ad «korlátoló jogot» az egyik gyermeknek a másikkal szemben? Talán azért, mert a fejszerinti osztályrész «felemelését vagy leszállítását» a concret esetben «figyelmeztve a gyermek sorsára és az érdekelték viszonyaira» méltánytalannak tartja? Ez nem lehet, mert hiszen ekkor nem engedné meg ezt a felemelést vagy leszállítást» végrendeleti intézkedés formájában sem. Pedig megengedjük, sőt bátran mondhatni: megkívánjuk, hogy minden apa, kinek különböző sorsú gyermekei vannak, «figyelmeztve azok sorsára és az érdekelték viszonyaira» ossza fel köztük hagyatékát. Ez érzésünknek annyira megfelel, hogy sok modern jogász *csakis* a szülő intézkedésére akarja bízni az örökség felosztását és a szülői rendeléssel szemben *kötelesrészt* sem akar elismerni — ez, tudvalevőleg az angol-amerikai jog álláspontja, melyet Francia-, Olasz-, Németországban, sőt nálunk is (DeirAdami) neves jogászok képviselnek. Az «individualizálás» tehát a gyermekek örökjoga tekintetében is kívánatos, és a végrendelezés formájában (akár korlátlanul, mint az angol-amerikai jog területén, akár a kötelesrész korlátain belül) meg is van engedve mindenütt. De ezt az individualizálást a törvény mindenütt az *örökhagyóra* bizza, nem a *bíróra*-, a *végrendeletre* nem az örökösök közti *perre*. Miért? Csak el kell képzelni, hogy hová jutnánk az

ellenkező eljárás mellett, hogy megkapjuk a feleletet. Ahány örökség, annyi perpatvar a legszűkebb család ölében! És ahány bírói ítélet, annyi tévedés veszélye! A bellum omnium contra omnes, melynek kikerülésére hiszen sokan az egész örökjog filozófiáját vezetik vissza, valóra válnék minden szülő szemének behunyásával: a gyermekek gyásza nyomában a testvérek villongása járna; és évek pergyűlölsége után az ítélet vajmi ritkán hozná meg a megnyugvást! Mert a gyermek megnyugszik az apa végső akaratában akkor is, ha fájós; de ha az állami hivatalnok lép a családi tűzhely elé, hogy kényszerszóval csináljon rendet a testvérek között, ez többnyire csak elkeserít és megőrökíti a gyűlölséget, melynek véget volt vetendő. A baj tehát, melyet az ilyen konkretizáló jogrendezés okozna, félemészténé a vele járható hasznot. Ezért nem ismer a modern örökjog a végrendeleti és a törvényes öröklés mellett külön «bírói» öröklést is.

Ám ily «bírói öröklés» és semmi más az, amire a korlátoló jog» fentartása vezet. Az özvegynek lakásra, tartásra, kiházasításra joga van — de e jog miből áll, mennyiből áll: ezt a bíró fogja megmondani. Miből, azaz: természetben való használatot (usus, habitatio), illetve haszonélvezetet fog-e kapni, avagy pénz- vagy terménybeli járadékkövetelést, stb.? És mennyiből, azaz: az egész hagyatékból, vagy annak fele, negyede vagy milyen más részéből és természetbeli vagy eszmei részéből, stb.? Mindaz, amit a gyermekek örökjogának ily bírói «koncretizálása» ellen mondtunk, reáillik az ilyen határozatlan tartalmú özvegyi jogra is. A «méltányosság», melyre hivatkozni szoktak, nem hangosabban szól a fix nagyságú özvegyi, mint a fix nagyságú gyermeki öröklés ellen; a baj pedig, melylyel az ellenkező módszer jár, mindkét esetben ugyanegy. Es csakugyan, ki ne ismerné e bajokat a gyakorlatból? «A korlátoló perek» a legszomorúbb perek közé tartoznak. Gyermekek, ki perrel «szorítja meg» özvegy édesanyját, hogy kisebb legyen az évi jövedelme! Anya, ki a megszokott tűzhelyhez ragaszkodik, melyből fia ki akarja kergetni! Mennyi kényes számítás, csúnya felbecslés, önző újhúzás — és mindez a «magasabb család világi ethika», melyből ez intézményünk állítólag fakad! Igaz, a per csak

ultima ratio, előtte ott van a «barátságos egyezség» eszköze, amelyre hiszen az 1840: VIII. tcz. 16. §-a is elsősorban utal («a tartásnak mennyiségét, ha iránta egyezség nem eszközöltetik, ... az illető bíróság határozza meg»). Ámde mennyi «barátság» van sokszor az ilyen «egyezségben» Mennyi czivakodás folyik gyakran a családban hónapokon, éveken keresztül, míg az ilyen egyezség sikerül? Nincs statisztika rendelkezésünkre, mely a korlátoló perek számát mutatná. De enélkül is mondhatjuk: elég nagy számmal vannak, pedig minden efféle pernek kétszeresen kellene számítania, mert a legcsunyább, legvisszataszítóbb perek fajtájából való. De a perek száma nem is mértékadó. Mert egy-egy perre, melyben a családi viszály szabad lánggra lobbant, százával jut a titkon tartott, hamu alatt parázsló házi gyűlölködés, melyet ez a «korlátoló jog» szit és éleszt. Mert jól mondja egyik irónk, hogy a korlátolás kérdése ritkábban jön a bíró elé, mert az özvegynek azon jogában, hogy a korlátolás szabályozásáig a birtokban bennmaradhat, oly erős presszionális eszköze van, mely az örökösöket, amíg csak mód van benne, egyezsége fogja birni. De micsoda fogvicsorító «barátság» az azután, amely az ily pressio-szülte egyezségben megbékül! Per vagy egyezség útján intéződjék tehát el az érdekellentét az özvegy és gyermekei között, egyre megy. A hiba megvan, mihelyt a törvényhozó ez ellentét elintézését a felekre hagyja, ahelyett, hogy maga rendezné. Törvényes szabályozás keli ide, nem bírói vagy egyezségi.

Mély és nehéz törvényhozás-bölcseleti probléma az, hogy az abstract jogrendezésnek mik a határai és mit kénytelen átengedni a törvényhozó az esetről-esetre való (konkret< bírói szabályozásnak. A törvényhozás évezredes története jórészt ezen határvetés kísérleteinek története és a fejlődés itt is, mint az emberi törekvések történetében általában, ellentétekben halad. Esetszerű jogdöntésekkel kezdődik — amennyire az őskorból maradt emlékekből következtethetünk — minden jogélet (*Maine-Pulsky* A jog őskora 2—4 1.). Az első törvényhozások mindenütt azon iparkodás szüleményei, hogy az eset- és egyénszerű igazságszolgáltatásnak véget vessenek és átható törvény által határt szab-

janak a bírói önkénynek. Innen a tizenkétábrás törvénynek pontos számtételei a legkisebb részletekben: hány fontnak kell lenni az adós bilincsenek, miből kell állani az élelmezésének, hány napig kell fogvatartani stb. A bíró szabad belátásának nincs tér engedve. Az ügyleti jog terén csakis az Ítélt meg, amit a felek szórói-szóra a törvényszakaszhoz alkalmazott ügyleti rituáléban kijelentettek; a kártérítés terén a törvényben megállapított duplum, triplum, quadruplum ítélt csak meg — az eset egyéni körülményei tekintetbe nem jöhetnek. A praetori jog korszaka ellenhatást jelent e törvényi rigorismus ellen: a «bonum et aequum» jelszava alatt a bíró a konkrét eset egyéni igazságát segíti ismét elő a törvény általános és ezért merev szabályával szemben. A bíró most ismét «individualizálja» az esetet. Hogy a jogügylet alapján mi Ítélt meg, arra többé nem a törvényből átvett formula szóhangzata irányadó, hanem az, hogy a bíró, mint bonus vir, milyennek értelmezi a felek szándékát; a kártérítést nem a törvényben foglalt fix skála, hanem azon egyéni «érdek» szerint ítéli meg, melynek fenforgásáról esetről-esetre meggyőződik. A császárság ismét a «kodifikatio» felé törekszik: felülről való ellenhatás az a bírói individualizáló jogrendezés ellen, úgy mint a tizenkétábrás alulról való ellenhatása volt. Hadrianus edictuma óta a praetor eseti jogszabályozása megszűnik: az esetről-esetre szült rendeletek «állandó» törvényyé (*edictum perpetuum*) válnak. Diocletianus, amint híres rendeletében a piac árui számára általános törvényes árszabást adott ki, úgy több mint 2000 rescriptumában általánosítani és állandósítani akarta a császári «törvényt» is, és e törekvés: biztos, kimerítő, a bíró szabad belátására nem szoruló, sőt meg sem engedő törvényt állítani fel a jogrendezés egyedüli mértékéül, meg sem szűnik, míg Justinianus a munkát be nem fejezi. És ez a fejlődés tovább tart a középkorban. Hogy a germán jogokban a formalismus mily döntő szerepet játszott, úgy a magán- mint a büntetőjogban, eléggé ismeretes. A germán népjogok hosszú katalógusai, melyekben a vétségek és a megfelelő bírságok jó előre a komikumig menő részletességgel fixírozva vannak; a germán perjog formális bizonyítási rendszere, a magán

jogban a szórituale és az előírt jogsymbolismus kizárólagos-uralma és a benső akarat kutatásának elhanyagolása, a kártérítésnek változhatatlan sablonok szerinti kimérése stb. itt még sokkal merevebb jogélet képét mutatják, mint a kezdetleges római jogban. És midőn a formális pert a maga formális igazságával az inquisitionalis per, a germán népjogok formalismusát, a megrögzött solemnitásokat és symbolumokat a római bona fides joga, a festucát és az arrhát a riudum pactum joga váltotta fel százados küzdelem után: ismét századok multak, amikor ismét formális «garantiákat» kerestek a «tudós bírának» szabad jogalkalmazása ellen. E reactiót a múlt század érlelte. Mentül kimerítőbb törvényes rendezés, mentül kevesebbet reábizni a bíróra: ez sugallatja a századunk hajnalán létesült három törvénykönyvnek. Két módszer kínálkozott e célra. Az egyik az átható, messzelátó tételekben való szabályozás, a másik a részletes kazuisztika: amaz lehetlenné akarja tenni a bírói kazuisztikát, emez feleslegessé. Amaz a francia, emez a porosz törvénykönyv módszere. Benthám ennek a törvényhozási mindenszabályozásnak utolsó nagy képviselője. Azóta kiábrándultunk a törvényhozói mindenhatóságából. A «bírói szabad belátás» jelszava kerekedik ismét felül századunk második felében. A perjog terén a legális bizonyítás százados uralma után a «szabad bírói mérlegelés» korszaka állott be; a büntetőjogban a régi absolut büntetések helyébe hovatovább oly büntetési nemek és tételek lépnek, melyek a bíró mérlegelésének tág tért engedtek, sőt újabban az u. n. «minimum» elejtése által «lefelé» teljesen szabad kezet engednek neki; a magánjogi törvényhozás hovatovább az elvek kijelentésére szorítkozik azzal a bevallott tendenciával, hogy a részletesebb kifejtést a « praxisra és a tudományra» bízza. Az ügyleti jog terén a törvényhozás a bírót mind-sűrűbben a dolog természetére» az «ügylet természetére» az «eset körülményeire» a «felek szándékára» utalja; a kártérítés terén pedig jellemző erre az irányzatra a svajci kötelmi törvény, mely a kár létezésének, nagyságának és a kártérítési kötelezettség fenforgásának megállapítását teljesen a bíró belátásától teszi függővé.

Ennek az iránynak szülöttje a német birodalmi törvénykönyv is. A századvégi skepzis munkája ez, mely önön erejébe nem túlságosan bízik, az elvek lerakásával beéri és konkrét kiépítésüket a «praxisra és a 'tudományra» hagyja. Soha még magánjogi törvénykönyv — értve a sokféle törvénynyé nem vált javaslatot is — oly szabad kezet nem engedett a bírónak, soha annyi tudatos hézagot nem hagyott szabályozásában, mint ez. Hogy száz vitás kérdés közül kettőt-hármat érintsek: a szokásjog hatályáról, a cselekvőképtelenek kártérítési kötelezettségéről, a harmadik javára szóló szerződésről — hol teljesen hallgat, hol kifejezetten a bíróra bizza a megoldást.

Íme, a kérdés: mi tartozik az abstract törvénytétel és mi a bírói szabad cognitio rendezése alá, elvileg máig is probléma és időnkénti tételes megoldásában a kor ösztöneinek, a politikai hatalmi túlsúlynak és hasonló külső erőknek nagyobb szerepük jut mint az elméleti belátásnak. Annyi azonban bizonyos, hogy minden törvény, amint technice könnyebben kezelhető és ezért megbízhatóbb mint az Íratlan jog, úgy tartalmilag szükségkép mögötte áll az eszményileg kezelt bírói cognitiónak. Képzeljünk egy tökéletes törvényhozót és egy tökéletes bírót; mindkettőt olyat, hogy ideálját képviselje annak, mit a törvényhozói és a bírói bölcsesség emberben létrehozhat; és kérdezzük: melyik fogja nekünk igazságosabban osztani az igazságot? A felelet szerintem nem lehet kétes: a tökéletes bíró. Mert a törvényhozó a milliók igazát keresi, a bíró az egyesét. A törvényhozó azt állítja fel szabálynak, a mi ezer esetben aránylag legtöbbször és átlagosan leginkább megfelel, és épen azért, mert az ezer eset között az *átlagos* igazságot¹ keresi, nem adja meg *teljes* egyéni igazságát egyiknek sem. A törvénytől nem feszélyezett bírónak mindig csakis ezzel az egy konkrét esettel van dolga. Ő neki nem kell kérdenie: melyik rendezés volna egyszersmindenkorra jó? hanem: melyik rendezés jó a jelen esetben? És mert ezer esetben ezerszer keresi épen csak ennek az egy esetnek igazságát, azért megadhatja teljesen mind az ezernek. Salamon igazságosabb lehet mint Lykurgus. Mert a törvény mindig compromissum: ezer

egyéni igazság helyébe állítja az ezeregyediket, mely bizonyos fokig mind az ezer esetre talál, de éppen ezért bizonyos fokon túl egyre sem. És mégis, ha azt kérdezzük: melyik országban szeretnénk jobban élni, ott-e ahol a törvény, vagy ott a hol a bírói szabad belátás az úr? — a felelet ismét kétségtelen: az előbbiben. Mert a törvény, ha kevéssé igazságos is, de biztos; a bírói bölcsesség, ha igazságosabb lehet is, de bizonytalan. Milyen a törvény, mely szerint meg fognak Ítélni, azt előre tudom; milyen lesz a bíró, azt nem tudhatom. Bölcs törvényhozó csak egy kell és hosszú időszakonkint csak egyszer kell; bölcs bíró azonban, aki az ezrek igazait egyenkint keresse, ezer kell és mindennap ezerszer kell; egy bölcsöt pedig egyszer találni könnyebb mint ezret ezerszer. És ebből egy a tanulság: hogy a «merevség» mely minden törvényi szabályozásnak gyenge-ségét képezi, képezi egyúttal erejét is.

Mi következik mindebből az özvegyi jogra? Az, hogy a kérdés, mely itt foglalkoztat, általános természetű és az özvegyi jog rendezésénél nem vethető fel több joggal, mint legtöbb másnál. Igenis, a törvény «merek», de nemcsak az özvegyi, hanem bármely más öröklés rendezésében is. Egész haszonélvezet, fél haszonélvezet — az efféle szabályban minrdig van valami külsőleges, indokolatlan, be nem bizonyítható. De vájjon abban, hogy a kötelesrész a törvényes résznek fele, vagy negyede, vagy harmada — több-e a belső igazság? És hogy az örökjogon kívülről vegyünk példát: abban, hogy az elévülési idő éppen 32 év, és a nagykorúság ideje éppen 24 év — több-e a belső igazság? Nem «igazságosabb» volt-e a régi jog gyakorlata, mely azt, hogy egy ember a jogi forgalomra érett-e, a konkrét «habitus corporis, út generari possit» kérdésétől, vagy, mint a középkorban, a fegyverforgatásra való képességnek meglététől tette függővé? Általában minden számhatározás a jogban igazságtalan. «A bölcsélet eszközeivel be nem bizonyítható — mondja elmésen Hegel — hogy a bűnös mandarin miért kapjon éppen harmincz bambusütést és miért nem harminczegyed?» És mégis harminczat mér reá a törvény, mert bármely szám jobb semmi számnál.

Néha, persze, megfordítva áll a dolog: néha semmi szám jobb bármely számnál. Kártérítés czimén mennyit kell fizetni, illő tartás czimén mennyi jár — ez minden esetben különböző, minden fixum itt igazságtalanság volna. El tudom képzelni, hogy valaki az öröklést is ilyenformán rendezze. Így *Bernhöft* «Zur Reform des Erbrechts» című munkájában a hagyatékot nem fix örökreszek szerint osztja fel, hanem a hagyatékból mindenekelőtt bizonyos, esetről-esetre meghatározandó nagyságú, praecipuumokat von le: a még fel nem nevelt gyermekek kiképzésére, a még férjhez nem adott leánygyermekek kiházásítására stb. és csak a mi ezután fennmarad, osztja fel a dívó öröklés szabályai szerint. Ez igazságosabb felosztás lehet, de nem practicable. Az ilyen örökjogi rendszerbe beleillenek a «korlátolható» özvegyi jog is. A fix hányadokra alapított örökjogi rendszerekben — és ilyen ma minden ismeretes örökjog — az ilyen határozatlan tartalmú özvegyi jog indokolatlan önmeghasonlás.

A fix tartalmú özvegyi jog utáni törekvés nem is valami új dolog. Már Werbőczy szerint is az özvegyi jog fix valami: a korlátlan özvegyi jog kiterjed a férj összes (ingatlan?) hagyatékára, a korlátolt pedig a törvényes hitbér értékére (I. 98. §. 3.). Az 1791-iki *projectum leguiri civilium* az «özvegyi jog» czimében «az illő tartás iránti kételyek megszüntetésére» a következő fix kulcs szerint rendeli az özvegyi tartás évi összegét megállapítani: ha a hagyaték évi jövedelme 6000—2400 frt, az özvegy ennek $\frac{7}{4}$ részét kapja, ha a jövedelem nagyobb, az özvegyi jog évi 1200 frt, ha a jövedelem kisebb, évi 500 frt stb. Fix hányadban állapítja meg az özvegynek járandóságát azon javaslat is, mely az 1843-iki kerületi választmány megbízásából az «ösiség eltörlése» tárgyában készült: az özvegy, gyermek létében egy gyermekrészt, különben az egész hagyatékot kapja (tulajdonul). *Vavrik* a 3. jogászyülés elé terjesztett véleményében úgy nyilatkozik, hogy az özvegyi jog «szabályként, de egyszersem maximum gyanánt az örökség felében volna kiszabandó», még pedig oly kicsi hagyaték esetében is, midőn «annak csak összes hasznai lennének elegendők az illő ellátásra;» kiskorú gyermekek esetében azonban a «hazai jogunkban eddig szokásos

szabály szintén fentartandó volna, hogy t. i. a szüle kiskorú gyermekének vagyonát hasznélvezhesse.» Fenálló jogunk sem idegen ez elvtől. Nem szólok a jászkunok particularis jogáról, mely a megszorítás jogát egyáltalában nem ismeri és mely szerint ezért — helyesen értelmezve a statútumot — az egész hagyaték hasznélvezete illeti az özvegyet. De ott van a fix Özvegyi jog — egy gyermekrész hasznélvezete — ha mostoha gyermek konkurrál az özvegygyei, az 1840. évi VIII. tcz. alapján; úgy hogy mai jogunk szerint a mostoha anya (ha nagy a hagyaték és kevés a gyermek) esetleg sokkal többet kap özvegyi jog czimén, mint az édes anya! Nincs helye a megszorító jognak az özvegyre átszálló azon gyógyszerári, nyugdiji, italmérési stb. jogosítványokkal szemben sem, melyeket újabb Íróink (Zsögöd, Jancsó) szintén az özvegyi jog szempontja alá fognak, úgy hogy az efféle jövedelem, bármi nagy legyen is, korlátolhatatlan fixumképen illeti az özvegyet. Nem ismeri a korlátoló jogot, mint láttuk, *Teleszky* javaslata sem, mely szintén fix (tulajdon- illetve hasznélvezeti) hányadban határozta meg az özvegy örökrészét; és nem ismeri (amit persze sokan különösen csattanós érvül fognak felhasználni a korlátoló jog fentartása *mellett*) egy külföldi törvény sem.

Az örökjogi «individualizálás» illetékes eszközének fent az örökhagyó *végrendeletét* mondtam; és ezért az özvegyi jognak eddig körülírt rendezése csak azon esetre áll, ha az örökhagyó *másképen nem intézkedett*. Hogy ez intézkedési szabadságnak a rokonok és illetve magának az özvegynek köteles részi jogában akarunk-e és mennyiben határt szabni — ez a kérdés a köteles rész fejezetében egységesen oldandó meg és oda tartozik az indokolás is. Itt csak az eredményre szorítokozom. Mai jogunkban azt lehet mondani, hogy a lakás és «illő tartás» képezi az özvegy köteles részét, melytől a férj őt végrendeletileg sem foszthatja meg. A köteles rész tehát époly arbitrár megítélés tárgya, mint az özvegyi jog *ab intestato*. Az efféle rendezés méltányossága mellett itt is sokat lehet felhozni. Csak az ilyen köteles rész biztosítja legalább a létminimumot az özvegy számára, holott ha a köteles részt — a római jog és azt követő modern

torvénykönyvek mintájára — a törvényes örökrész valamely fix hányadában állapítjuk meg: ez a minimum sem kerül ki, ha kicsi a hagyaték. Ámde ismétlem: valami sajátsága ez épen az özvegyi jognak? A gyermekek köteles része mai jogunk szerint a törvényes örökrész fele. De méltányos-e ez a rendezés az olyan csekély hagyatékok esetében, ahol már az egész törvényes örökrész sem elegendő a gyermek legszükségesebb eltartására? Egy tékozló apa, ki a reámaradt nagy vagyont majdnem teljesen elprédálta, lelkiismeretlenségét azzal tetézi, hogy a csekély maradéknak is felét szeretőjére hagyja és ártatlan gyermekeit kötelesrészükre szorítja: méltányos-e a törvény, mely ezt engedi? Régi jogunk ezt különben rendezte. Régi jogunkban a gyermekek kötelesrésze (hogy e megrögzött kifejezéssel éljek) az ősi vagyon. Nem hogy mi maradt az örökhagyó *után*, hanem hogy mi maradt az örökhagyóra: ez volt a kérdés e kötelesrész megállapításánál. Sem a gyermek, sem az özvegy köteles joga a hagyaték *hányadrésében* nem állott, hanem állott a gyermeké az ősiiben, az özvegyé a lakásban, tartásban. Az osztrák polg. törvénykönyv óta a római köteles részszel ismerkedtünk még és az országbírói értekezlet óta ez hazai élő jog. El akarjuk-e ejteni ezt a köteles részi jogot az alkotandó törvénykönyvben? Ez bonyolult és messzevágó kérdés, melybe ez alkalommal bele nem foghatunk. De ha *nem* ejtjük el — és azt hiszem, hogy minden hiányai mellett *nem* fogjuk elejteni, mert túlnyomó okok mégis fentartása mellett szólnak — akkor összhangba kell hozni ezzel a kötelesrészi rendszerrel az özvegy köteles részét is. Ha a gyermek kötelesrésze nem többé az ősi vagyon, hanem a — bármi eredetű — összes *hagyaték* bizonyos hányadrésze; és ha ez a hányadrész másfelől az ő törvényes örökrészének része; ha az özvegynek törvényes (haszonélvezeti) öröklésének tárgyát is a *hagyaték*, illetve annak bizonyos *hányada* képezi: akkor következetesen ezen törvényes öröklés bizonyos hányadában kell kifejeznünk az özvegy kötelesrészét is. A kötelesrészt szabályképen a törvényes örökrész felében vélem megállapítandónak. És eszerint az özvegyi jogi kötelesrész — a szerint, amint kiskorú, vagy nagykorú, illetve

mostoha gyermekkel konkurrál — a hagyaték felének, vagy egy negyedének haszonélvezete; ha pedig ági rokonnal konkurrái, az ági vagyon felének haszonélvezete. Ez volna az egyetlen fenmaradó esete az özvegyi jog «korlátozásának». Ujabb és idegenszerűbb, mint a fix hányad, az özvegyi jognak az özvegy *férjre való kiterjesztése*. De először is: valamint az özvegyi jog — mint fentebb neveztem — általában komplementuma az ági öröklésnek, úgy nélkülözhetetlen kiegészítője a férji haszonélvezet az ági öröklés azon formájának, melyet javaslatomban előterjesztettem. Az elv az — mint kifejtettem — hogy a távolabb álló örökös a közelebbi elől az ági vagyont el ne vigye. A hitvestárs pedig (akár férj, akár feleség) közelebb áll az örökhagyóhoz, mint a testvér, nagybátya vagy unokatestvér; ezért őt üres kézzel nem hagyhatjuk. Így áll a dolog, amikor a férj ági rokonokkal konkurrái. De nem maradhat minden örökjog nélkül akkor sem, amikor gyermekekkel konkurrái. Hitves és gyermek képezik a mai családot a szó legszűkebb értelmében: az asszony családját úgy, mint a férfiét. Ez a legszűkebb család a legközelebb álló, úgyszólván legtermészetesebb örökösünk. A család évezredek fejlődésének történetében az a legjellemzőbb vonás, hogy a vérrokonság (nemzetség) távolabbi csoportjai iránt való érzés lazul, a hitves állása pedig ugyanabban a mértékben erősödik. A római jog még nem ismer «hitvest» a családban; a feleség csak azáltal nyer állást a családban, hogy «filiae loco» «hatalmába» adja magát a családfőnek. E nélkül a feleség is nem férje és gyermekei, hanem szülői családjához tartozik. A praetor is csak az összes örökképes vérrokonok *után* ismeri el a «hitvestárs» örökjogát. De már Justinianus *minden* rokon mellett, jelesül gyermekek mellett is megadja az özvegy hitvesnek (még pedig eredetileg az özvegy *férjnek* is, nov. 53. c. 6.; csak a 117. nov. c. 5. szorította meg az özvegy nőre) a tiszta hagyaték V_4 részét (gyermekek mellett haszonélvezetül, más rokonok mellett tulajdonul). A modern jogoknak pedig szembeűnő tendenciája, hogy a hitvestárs örökjogát a közeli rokonok *mellett* és a távoli rokonok *előtt* mind erősebben kiterjessze. Hazai jogunk e tekintetben, ha gyermek nincs,

tovább megy bármi külföldi jognál: a szerzeményt egészen a hitvestársnak adja, minden rokonok kizárásával. És ha gyermek van? Már fentebb keveseltem és következetlenségnek neveztem, hogy az özvegy asszony ilyenkor csak «tartást» kapjon; még tűrhetlenebbnek kell tehát mondanom, hogy az özvegy férj meg épen *semmit se* kapjon. Nincs is modern törvényhozás, mely ily mostohán bánnék el az özvegy férjjel. Az osztrák törvény, melynek pedig épen szűkmarkú hitvestársi» öröklése képezi a legtöbb kifogás tárgyát, gyermekek mellett a hagyaték V[^]ét, illetve egy gyermekrészt adja haszonélvezetül, mások egyharmadot, ismét mások felét adnak, hol tulajdonul, hol haszonélvezetül. De oly törvény, mely csak az özvegy nőnek adná az örökjogot és teljesen kizárná belőle a férjet, egy sincs. A hitvestárs ezen mai állásának kívánok eleget tenni, midőn gyermekek mellett a hagyaték haszonélvezetét reá is kiterjesztem. Ezzel szemben arra történt hivatkozás, hogy nem fér össze a férjnek a családban elfoglalt állásával, hogy ő «illő tartást» kérjen a neje vagyonából. A férj kötelessége, — így szól az ellenvetés — hogy nejét eltartsa és e kötelesség halála után az «özvegyi jog» alakját ölti; de a nő nem köteles férje tartására, ezért indokolatlan, de nem is méltó, hogy az özvegyi jogot reá is kiterjesszük. Ez áll, amennyiben áll, a «tartásra»; de az özvegyi jog nem «tartás», mint már fentebb hangsúlyoztam. A tartás több is, kevesebb is mint az özvegyi jog. *Több*: tartás élők közt is jár, özvegyi jog csak halál esetére; tartás a (nem vétkes) elvált feleségnek is jár, özvegyi jog ennek nem jár; a tartásra jogosult *hitelező*, az özvegy törvényes *hagyományos*; minthogy pedig ez utóbbi haszonélvezete erejéig a hagyaték adósságaiért felelős: az özvegy csak azt tartja meg haszonélvezetül, ami az első házasságbeli (vétkesül elvált) nő tartásán *felül* még fenmarad. De a tartás *kevesebb* is: mert az özvegyi jog de lege (mindaddig míg nem korlátoztatik, ha pedig a korlátozás előfeltételei hiányoznak: végképen) az *egész* hagyaték haszonélvezetére terjed, tartalmilag tehát a tartáson messze túlmege. Ha pedig a korlátozó jogot egészen elejtjük és ez által igaz *örökjogot* csinálunk az özvegyi jogból, ezen

érvelés utolsó támaszát is veszti. Aki az özvegyi jogot «tartásnak» minősíti, ugyanazt a hibát követi el, mint régi íróink, kik az elvált asszonynak (tartási jog helyett) férje életében «özvegyi jogot» véltek adhatni.¹ Ugyanazt a hibát, mint kik a gyermekek és szülők kölcsönös kötelelési jogát a «tartási» kötelességre vezetik vissza. Valójában a két jog nem egymásból, hanem mindkettő egy közös harmadik valamiből foly: t. i. a közel családi kapcsolatból, amelyben e személyek egymáshoz állanak. És ugyanaz áll az" özvegyi jogra. A különbség özvegyi jog és tartás között nagyjában olyan, mint a házassági szerződések terén az osztrák polg. törvénykönyv «Wittwengehalt»-ja (1242. §.) és «Advitalitätsvertrag»-ja (1255. §.) között; vagy — hogy a törvényes örökség terén maradjak — annak 757. §-a (hitvestársi haszonélvezet mint hitvestársi «öröklés») és 796. §-a («illő tartás») között.

A házastársak öröklése terén már igen régi és szakadatlan hazai jogunkban az a törekvés, hogy ez örökjogot viszonzóssá tegyünk. A «hitvestársi öröklés», mint ismeretes, Verböczynél még csak a nőt illeti (Trip. I. 98. pr.; 99. §. 3.; 100.), az 1687: XI. tcz. terjesztette ki a férjre is. E kiterjesztés még csak nemesekre szólt; a bírói gyakorlat későbbben általánossá tette. Ezt a kiterjesztést *Frank* (közíg. törv. I. 521 l.) azzal indokolja, hogy «a házasságban egyenlő mérték kívánatos». Nem áll-e ez az indokolás az özvegyi jogra is? A közszerzeményi jog is nyilván eleinte csak a nő joga volt (Werböczy: III. 29. §. 2. p.: «Nam *uxor* in rebus *per maritum suum* .. .conquisitis, semper perticeps... efficietur, ita, quod *viro* intestato decedente, ad *eam* universa bona sua *per ipsum* .. .conquisita, devolventur») és csak a későbbi praxis terjesztette ki a férjre is. Az «özvegyi öröklés» is fenálló jogunkban csak az özvegy nőt illeti. De azok, kik ezen intézménynek (átalakított alakban) való fentartása mellett nyilatkoztak, átviszik azt a férjre is. Így *Herczegh* (Az ági öröklés fentartása, Jogászegyl. értekezés 1882, 14. l.j;

¹ Kövy: «jus viduale ante mortem mariti non habet locum, nisi *cutya mariti divortium factum sit*, quia tunc jura vidualia vivente marito excindi debeat» (161 l.) *Retemen* Inst. III. 205. 1.

így *Zsögöd* is, ki «törvénytervezetében» az «özvegyi és férji öröklés» czime alatt a régi özvegyi öröklés gondolatát «viszonnosság okából terjeszti ki a férjre» (Magy. Igazs. 24. köt. 332 l.). Ami magát az özvegyi jogot illeti, hazai íróink közül annak a férjre is kiterjesztését követeli *Jancsó* (Özvegyi jog 22 l.): «Semmi sem akadályoz és magunk is óhajtjuk, hogy az özvegyi jogot kölcsönössé tegyük. A túlélő férj épen úgy rászorulhat a meghalt felesége hagyatékának hasznélvezetére, mint ez az övére. És a kölcsönösség hiánya volt egyik fő kifogás, melyet *Teleszky* javaslatának indokolásában ez intézmény mai alakja ellen emelt: «Nem tarthatók fen általánosságban régi jogunknak azon intézkedései sem, melyek az özvegyi jogot szabályozzák. A hitvestársi örökösödésnek mintegy kiegészítő részét képező ezen intézkedések a kölcsönösség követelményébe ütköznek, mennyiben a férj hagyatékában a nőnek oly jogokat biztosítanak, melyekkel viszont a férj a nő hagyatékára vonatkozólag nem bir.» (Ind. 34 l.) Hazai jogunk ezen történeti fejlődésével és az újabb kodifikacionális kísérletek ezen tendenciájával szemben az özvegyi jognak a férjre is kiterjesztése jogosult. Hozzájárul, hogy az esetben, ha az ági öröklés csak az első parentélában tartatnék fen, mint egyelőre tervben van, a hitvestársi öröklés — mint fentebb kimutattam — a mai állapottal szemben tetemesen megcsorbulna; a hitvestársi hasznélvezet tehát a férjnek ezért való kárpótlásul is szolgálna.

XII.

Vétlen felelősség.

A dívó magánjogi rendszernek egyik ineleganciája az, hogy a dologi jogokat *tartalmuk* szerint, a kötelmi jogokat pedig *tényalapjuk* szerint csoportosítja: pedig kétféle beosztási alapot ugyanegy rendszerben használni nem szabad. A tulajdonjog, szolgálmi jog, zálogjog, stb. *tartalmuk* szerint különböznek egymástól, a keletkeztető tényalapok e csoportosításnál közönbösek; viszont a kötelmi jogokat a tényalapok szerint (ex contractu, ex delicto stb.) csoportosítjuk, a jogtartalom közti különbségeket e csoportosításnál

nem vesszük tekintetbe. Tartalmilag a különbség tulajdonjog és szolgalmi jog közt épen akkora, mint az obligatio ad tradendum domínium és az obligatio ad constituendam servitutem között. Mégis amott a tartalmi eltérésnél fogva két különféle jogról (tulajdon, szolgalmi jog), itt a tartalmi eltérés daczára egyféle jogról (kötelem) szólunk. Viszont bár hasonló utón keletkezhetik a tulajdon, a szolgalmi jog stb. (szerződés, legatum, transitus ex lege stb.): ez. a tulajdonjog és a szolgalom közös csoportosítására nem vezet; ellenben bármi eltérő, tartalmúak is szerződésből, vétségéből stb. eredő kötelek: közös keletkezési alapjuknál fogva összefoglaljuk.

Ezen systematika az oka, hogy a kártérítési kötelemnek nincs egységes helye a rendszerben. Minthogy ugyanis a kártérítési kötelem szerződésből is, vétségéből is, egyéb mindenféle tényekből is származhatik, a rendszer mindenféle helyeire el van szórva. A kártérítési kötelem e tarkán elszórt tényalapjai között kettő van olyan, mely *elvinek* és *általánosnak* mondható: az egyik a szerződés vagyis *laárvdállítás*, a másik a *károkozás*. Ez utóbbira szorítkozunk a következőkben.

Vétkesnek kell-e lennie a károkozásnak vagy elegendő-e, és mikor, a *vétlen* is? — ez az a kérdés, mely körül egykét évtized óta a kártérítés irodalma forog. Tényleg a kártérítési köteleltséget sohasem lehetett kizárólag a *vétkes* kárr okozásra szorítani. Tudvalevő, hogy még a büntető jogban is — hol pedig a subjectiv vétkesség, a ovoluntas spectatur non exitus» elve sokkal szigorúbban vezetetik keresztül, mint a magánjog terén — mily számos, az egyéni vétkességtől független tekintet keveredik a bünösnek akarata és büntetése közé. Mint mindenütt e tökéletlen világon, úgy itt is a cselekményt nemcsak az akarat, hanem az eredmény szerint is ítélik meg. Bekker («Kritische Vierteljahrschrift» 22. köt. 35. 1.) megvallja, hogy ez volt a főoka, a miért a «Theorie des Strafrechtes» című munkáját, melynek elején amaz elvet felállította volt, minthogy keresztülvihetlenségéről meggyőződött, félbehagyta. A magánjog pedig, melynek igazsága nem az akarat jutalmazásában vagy fenytésében, hanem a gazdasági kiegyenlítésben áll,% mely nem-

csak a károsító szándékával, hanem a károsított kárával is számol: a subjectiv véték elvével még kevésbé érheti be. Kinek nem tűnt volna fel a római jog számos tételé, melyek a vétkességre való tekintet nélkül mondják ki a felelősséget? Ott vannak a noxalis keresetek, melyek felelőssé tesznek engem a gyermekem, rabszolgám, marhám által okozott kárért, ha mindjárt engem a legkisebb hiba sem terhel.¹ Ott van a szabály, hogy a más dolgát, mely az enyémet károsította, visszatarthatom, míg kárpótlást nem nyertem, ha mindjárt a kárejtés merő véletlen folytán történt is.² Ott van a vendéglős, hajós, istálós feltétlen felelőssége.³ Ott van a házi lakos felelőssége, ha lakásából valamit kidobtak, kiöntötték, és ez által valaki károsult, ha szinte senkinek hibája sem bizonyítható.⁴ Ott van a mások szerződési vétkeért való felelősség az *actiones adjectivae qualitatis* intézményében. Ott van a zálogba, letétbe, haszonkölcsönbe adott rabszolga által elkövetett *furtum*-ért való felelősség.⁵ Ott van a saját-szerződésünkből folyó felelősség alkalmazottaink vétkeért, sőt sokszor a *casus*ért is. Ott van a vétlen késedelemért való felelősség.⁶ Mindezen és még több más esetben vagyoni jogi felelősségre vonunk olyas valakit, ki az okozott kárban teljességgel ártatlan, az elv: «*quae sine culpa sunt a nulla praestantur*» feldől és helyébe lép annak merő ellentéte: a vétlen felelősség elve.

Hogy a «vétlen felelősség» elve mily jelentős szerepet játszik már a római jogban is, a *divo* *doctrinából* tisztán ki nem vehető. E *doctrina* ugyanis *fictiókkal* takargatja itt csakúgy, mint a magánjog számos más terén, a való tényállást, és csakhogy a maga alapelvét «*poena sine fraude (dolo, culpa) esse non potest*» (fr. 131. pr. D. de V. S. 50. 16.) megmentse, vétkességet költ oly esetekben is, melyeket az

¹ Gaj. *ÍV.* 75—79; *Inst.* 4, 8; *Dig.* 9, 4; *Cod.* 3, 41. de noxalibus actionibus.

² Fr. 6. 7. §. 2. 1. 9 §. 1—3 de damno inf. 39, 2.

³ *Dig.* 4, 9. nautae, caupones, *Dig.* 47. 4. furti adversus nautas etc.

⁴ *Dig.* 9, 3. de his qui effuderint vel ejecerint.

⁵ fr. 62, § 1—7. defurtis 47, 2.

⁶ fr. 37. § de verb. obi, 45. 1.

elfogulatlan ítélet csakis a «vétlen felelősség» rovata alá sorozhat.

A való tényállás ezen elburkolása már a rómaiak doctri-náját is terheli: a «quasi ex contractu» és «quasi ex maleficio»-féle beosztást értem.¹ Hogy ezen quasi-féle beosztásnak, — mely egyébiránt nem az egész római jogtudományt terheli, hanem tudtom szerint Gajus találmánya,⁸ akitől azt Justinianus átvette — semmi dogmatikus értéke, azt már sokan hangoztatták, de kevés hatással. A pandekta kézi könyvek nagyobb része máig ragaszkodik e beosztáshoz; így *Windscheid* «Forderungsrechte aus *vertragsähnlichen* Grundén» «Forderungen aus Vergehen und *verwandte* Fälle» (II § 421, 451.); így *Brinz* «Mit diesem Rahmen kann man sich aus fernerhin begnügen» (Pand. II § 247.). Sőt még oly irók és törvényhozók is, kik e római beosztással szakítottak, a «tilos cselekmények» rovata alatt tárgyalnak oly kötelmeket, melyek valójában *nem* vétségi természetűek és melyeknek ilyen elhelyezése csak a «quasi delictum» fogalmának utóhatásaképen érthető. Számos példa helyett, melyet idézhetnék, kettővel érembe. Az egyik a *Zlinszky*.tankönyve, mely még legújabb kiadásában is a vaspályák által okozott károkért való felelősséget (1874: XVIII.) a «tiltott cselekményekből származó kötelmek» czime alatt adja elő. A másik a német polgári törvénykönyv, mely az állatok által tett károkért való felelősséget a «tilos cselekmények» fejezetében tárgyalja. (833. és 835. §§.). Pedig úgy a mi 1874: XVIII. tczikkünk, mint a német törvénykönyv idézett két szakasza világosan a *vétlen kárért* is tesznek felelőssé, sőt *csakis* a vétlen kárért tesznek felelőssé, minthogy a *vétkesen* okozott vasúti

¹ § 2 I. de obi. 3, 13; pr. I. de obi. quae quasi ex contr. 3, 27: pr. I. de obi. quae quasi ex delicto 4, 5.

² A többi római juristák csak a kettős beosztást (ex contractu, ex delicto) ismerik. E kettős beosztást tartja még *Gajus* is *Institutióiban*, III § 88: omnis enim obligatio vei ex contractu nascitur vei ex delicto; hasonlóan IV § 2: in personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vei ex contractu vei ex delicto obiigatus est. A quasi-féle beosztással csak egy másik művében (libro II III rer. cottidianarum = fr. 1. 4. 5. D. de obi. et. act. 44, 7) tesz próbát és innen vette át e beosztást Justinianus.

vagy állatkárosítás már az általános kártérítési szabályok alá esnek.

Csoportosítsuk csak, mielőtt tovább mennénk, azokat a fontosabb tényállásokat, amelyekhez a *különböző* törvényhozások a *vétlen felelősség* joghatását fűzik, hogy meggyőződjünk, mily nagykiterjedésű jogterület forog itt szóban»

I. *Felelősség vétlen tilos cselekményünkért* a) Az osztrák polgári törvénykönyv 1310. §-a szerint gyermekek és elmebetegek is felelősök az általuk okozott kárért, bizonyos korlátok között, melyek részletezését itt mellőzhetjük; hasonlóan a porosz LR. I, 6, § 41—43.; hasonlóan a svájci kötelmi jogi törvény 58. §-a; hasonlóan legújabban a német törvénykönyv 829. §-a.¹ Hogy e cselekvőképtelen személyek *okozták*

¹ Osztrák törvénykönyv: «§ 1308: Wenn Wahn- oder Blödsinnige oder Kinder jemanden beschädigen, der durch irgend ein Verschulden hiezu selbst Veranlassung gegében hat, so kann er keinen Ersatz ansprechen. \ 1309: Ausser diesem Falle gebührt ihm der Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schaden wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personem anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann. § 1310: Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten, so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habé; oder endlich mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten auf den ganzen Ersatz oder doch einen biliigen Theil desselben erkennen.n Porosz LR. I. 6 «§ 41: Wenn Wahn- und Blödsinnige oder Kinder unter sieben Jahren jemanden beschädigen, so kann nur der Ersatz des unmittelbaren Schadens ans ihrem Vermögen gefordert werden. § 42: Doch haftet das Vermögen solcher Personen nur alsdann, wenn der Beschädigte den Ersatz aus dem Vermögen der Aufseher oder der Eltem nicht erhalten kann. § 43: Auch haftet dasselbe nur so weit, als dadurch dem Beschädiger der nöthige Unterhalt, und, wenn er ein Kind ist, die Mittel zu einer standesmässigen Erziehung nicht entzogen werden kann.»

Svájci köt. törv. t§ 58 . Aus Röcksichten der Biliigkeit kann der Richter ausnahmsweise auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu theilweisem oder vollständigem Ersatze verurtheilen».

Német törvény: «§ 829: Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fällen für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwol, sofern der Ersatz

légyen a kárt, e törvények is megkívánják; de nem kívánják, természetesen, hogy ez okozás *vétkesen* történt legyen, mert hiszen e személyeknél jogilag vétkességről szó sem lehet.¹ Amennyiben a kár a törvényes képviselő kellő vigyázatának elmulasztása folytán (*culpa in custodiendo*) állt elő, a kártevő itt *subsidiarie* a *képviseld vétkeért* is felel; más esetekben pedig egyáltalán *nincs* véték: itt tehát saját tilos, de *vétlen* cselekményeért felel.

Vajon az ilyen károsító cselekmény csakugyan *tilos* cselekménynek nevezhető-e? máshová vágó nehéz kérdés, mely a jog legmélyéig nyúl alá. A kérdés ugyanis az, vajon a jog tilalmai a beszámíthatlan személyeknek is szólanak-e? Mert ha a jog nekik nem tilt, akkor az ő cselekményük nem is lehet tilos (= tilalomellenes) cselekmény. Ám léptenyomon tapasztalhatjuk, hogy a jog parancsai és tilalmai az akaratnélküli embert (gyermeket, örültet) is kötik. A jogellenesség *büntető* célú következményei ily személyekkel szemben nem állnak ugyan be, mert a büntetés célja (vagy egyik főcélja) *retorsio* a jogellenes akarat ellen, megtörése vagy legalább meghajlítása a gonosz akaratnak — ahol pedig ily akarat nincs, ott a büntetésnek se oka, se célja. De a *vagyonjogi kiegyenlítés* az akaratnélküli ember vagyonából is történhetik, és tényleg a jogellenes (bár vétlen) cselekmény *kártérítő* következményei a cselekvőképtelen ember vagyonát is érik.² Hogy kell ezt magyaráznunk? Hiszen — fogják mondani — a jog értelmesen csak annak parancsolhat és tilthat, ki e parancsot, tilalmat érteni is képes. Gyermekek, örült pedig oly kevéssé érti, mint az oktalán állat, vagy

des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, derén er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf».

¹ Ezért a római jog szerint e személyek kártérítésre sem kötelesek: fr 5 § 2 ad leg. Aqu (9, 2): *quemadmodum si quadrupes damnum dederit aut si tegula ceciderit*.

² A kártérítés ez esetben jár, nem *ludio delinquentis*», hanem *favore ejus qui damnum passus est*».

darab kő. A jog » célja az *akaratmotivatio*: arra akarja parancsai, tilalmai által *indítani* az embert, hogy magatartását bizonyos irányban *elhatározza*; ahol e motiváló hatás lehetetlen, ott a parancsnak, tilalomnak célja nincs, tehát értelme sincsen.

Mindez igaz. De ez sokat bizonyít, mert ez okoskodás a cselekvőképtelennek *jogalanyiségát* is megszüntetné. Mert ha a cselekvőképtelent a jog parancsa, tilalma nem érheti, akkor nem lehet semmi kötelezettség alanya sem. Tehát nemcsak maga nem alapíthatna meg bármi kötelezettséget, de nevében az ő képviselője sem; kötelezettség, melyet ép észszel kötött, megszűnnék, mihelyt eszét veszti; mint örökös csak a hagyatékban foglalt jogokat szerezne meg, a hagyatéki terhek reá át nem hárulnának. Ez, tudvalevő dolog, nincs így. Az örültnek, gyermeknek is vannak kötelességei, azaz a jog parancsai, tilalmai nekik is szólnak. Ha e kötelességnek eleget nem tesznek, *jogellenességet* követnek el, nem *vétkes* jogellenességet ugyan, mert magaviseletük nem *hibás akarat* következménye, de mégis (vétlen) jogellenességet. A dolog úgy áll, mint az akaratképes ember *jóhiszemű* kötelesség-szegésénél. A jóhiszemű (nem-tulajdonos) birtokos is jogellenesen birtokol; ő is sérti a tulajdonos jogát; de *vétlenül* sérti. És valamint a jóhiszemű birtokosra is áll a jog parancsa, hogy: «add vissza a dolgot a tulajdonosnak» (noha neki arról, hogy e kötelezettség alatt áll, épen azért, *mert jóhiszemben van*, tudomása nem lehet) úgy a cselekvőképtelenre is áll a jogparancs: «térítsd meg a kárt, amelyet okoztál» noha e kötelezettségről tudomása nincs és nem lehet.

E jelenség oka könnyen érthető. Minden kötelezettség csak mintegy túlsó oldala valamely jognak. Ha tehát a gyermeket, örültet az állami normák alól fel akarjuk menteni, akkor védtelenül hagyjuk azt a jogot, melynek érdekében ama normák fenállanak. Bizonyos fokig ezt meg is cselekeszszük. A római jog védtelenül hagy, ha egy hét éven aluli gyermek, vagy egy örült, holtrészeg stb. az én bútoromat összetöri — az ilyen veszély ellen a római jog engem nem véd, hanem reám bízva, hogy, mint minden, úgy ezen «casus» ellen is magam védelmezzem magamat az által, hogy

tényleg megakadályozom a károsító behatást. De már *fenálló viszonyban* a római jog szerint is a cselekvőképtelen csak oly kötelezettség alatt áll, mint a cselekvőképes: az eladó, bérbeadó stb. elmebeteg örököse tehát époly diligentiára köteles, és ép úgy felel culpa levisért, mint maga az örök-hagyó felelt. Miért? Mert az adóson nem segíthetett anélkül, hogy a szemben álló hitelező jogát meg ne sértse. A jog- itt csak azon alternatíva előtt áll, hogy vagy kötelességet rójon olyanra, ki e kötelességet megérteni nem képes, vagy hogy azért, mert az adós a kötelességét nem érti, a hitelezőt meg-foszszja jogától. A római jog az előbbi utat választotta, és ebben a pontban minden más jog is követi; mert nyilván méltá-nyosabb, hogy az elmefogyatkozás következményeit az viselje, kinek személyében e fogyatkozás beállt, mint a másik félben.

Innen már csak egy lépés az osztrák törvénykönyv 131 o. §-áig. Ha az akaratképtelen a contractualis kötelmek megsértéseért felelőssé tehető, akkor azzá tehető az extra-contractualis köte-lezettségek megszegéseért is — hiszen tartalmilag a kettő közt az itt szóban forgó tekintetben nincs különbség, az egyik csak oly parancsszegés mint a másik.

Amit a fentiekben gyermekekre, elmebetegre kifejtettem, áll a természetes akaratképtelenség más eseteire is (öntudatlan-ság: delírium, holdkór, részegség, reflexmozgás stb.). Szabad-e az osztrák törvénykönyv 131 o. §-t ez esetekre is kiterjeszteni » — positiv törvényértelmezési kérdés, mely minket itt nem érde-kel. A német törvény kifejezetten ez esetekre is terjed. (§829.)

b) A *beszámítás alá esd személy vétlen jogsértése* is kártéri-tésre kötelezhet. Nem szólok arról, hogy az, ki valamely, bár vétlen jogellenesség alapján másnak vagyonából br valamit, azt kiadni köteles. Ez nem kivétel, hanem szabály. Ezért hát nem szólok itt pl. annak megtérítési kötelességéről, aki idegen dolgot — bár jóhiszemben — specificált, vagy a ma-gáéval egyesített; nem szólok a jóhiszemű birtokos kiadási kötelességéről a dolog és annak meglevő hasznai tekinté- ben stb. Csak kettőt kívánok e pontban megjegyezni. Elő-

¹ Így: *Pfaff*: Gutachten 58. 1. Ellene: *ünger* Grünhut Zeitschr. VIII. 232 l. 6. jegyz.

ször azt, hogy ezen és hasonló esetekben a kötelezett — tehát a jóhiszemű birtokos, specificáló, inaedificáló, egyesítő stb is — *jogellenesen* cselekszik. Mert kétségtelen, hogy pl. idegen dolgot birtokban tartani, feldolgozni, beépíteni: *tilos* és aki e tilalom *ellenére* cselekszik, jogellenesen cselekszik, jóllehet tudatlanul. A másik az, hogy a *meglevőnek megtérítése is kártérítés* a szó tágabb értelmében. Mert, aki kártérítést követelhet, az eo ipso követelheti azt, ami a kárejtő tény folytán a károsító kezében van, jelesül a gazdagodást követelés nem egyéb, mint: kárkövetelés a kötelezett fél gazdagodása erejéig.¹ De amikor szoros értelemben kártérítésről beszélünk, a gazdagodáson *túlmenő*, illetve a kötelezett gazdagodásától *független* kártérítésre szoktunk gondolni és ily értelemben használjuk a szót a jelen értekezésben is. Pedig ily értelemben is véve a szót, vannak esetek, amidőn a vétlen jogellenesség is kártérítésre kötelez.

Két esetét lehet megkülönböztetni a vétlen jogellenességnek. Lehet, hogy jogellenességet követek el, mert nem *tudom*, hogy eljárásom jogellenes, és lehet, hogy tudok ugyan a jogellenességről, de nem vagyok *képes* azt kikerülni.

a) *Vétlen tudatlanság*. Aki a más jogának azért nem tesz eleget, mert e jog fenállásáról menthető okból —vétlenül — *nem tud*, annak e nem teljesítést rendszerint fel sem róvjuk. Ezen alapszik a jó- és rosszhiszemű birtok közötti különbségtétel, a késedelem, a perfüggőség anyagi kihatásának a tana. A dologbirtokos, ki a dolgot vagy annak gyümölcsseit elhasználta, továbbadta, megsemmisítette, megrongálta, mind ezért csak akkor felel, ha tudta vagy tudnia kellett, hogy a dolog másé. Ha nem tudta, nem felel: quia quasi suam rem neglexit, nulli querelse subjectus est (fr 31 § 3 de her. pet. 5, 3). Az adós, aki kötelezettségének nem tesz eleget, az ebből a hitelezőre háramló kárért csak akkor felelős, ha tudta vagy tudnia kellett, hogy ezzel tartozik: non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat (fr 99

¹ V. ö. a szerzői jogi törvény (1884: XVI. tcz.) 19. §-át: aki a más szerzői jogát vétlenül sérti, az a szerzőnek «az okozott kárért (tehát kártérítési kötelezettség) csak saját gazdagodása erejéig felelős.

de R. I. 50, 17). Ha menthető okból nem tudja, akkor nincs késelemben és ennek főhatása: a kártérítés, be nem áll. Ezért pl. nem terheli kártérítés az örököst, ki az örökhagyó tartozásáról nem bír tudomással.¹ E szerint a körülmény szerint Ítélendő meg, vajon a késelembecéjtésre esetről-esetre a megintés egyfelől szükséges-e, másfelől elegendő e? Amikor az adós már előre tudja, vagy tudnia kell, mikor köteles teljesíteni: ilyenkor a késelelem megintés nélkül is beáll (dies interpellat pro homine). Másfelől a megintés sem hozza késelembé, ha alapos oka van kételkedni abban, hogy a követelés jár-e, és akkor avagy úgy jár-e, amint a hitelező állítja.³ Hasonlóan a *perindítás* is csak akkor kötelezi az alperest a kártérítésre, ha alperes jobb tudomása ellenére ereszkedik a perbe; a jóhiszemű alperes elvileg a per tárgyát csak annyiban és oly állapotban (gyümölcsökkel stb.) köteles kiadni, amennyiben és amily állapotban az az alperes hibája nélkül az ítéletkor létezik, mert az elv csak az, hogy: *lucrum ex eo homine, qui in lite esse cceperit, facere non debet* (fr 17 § 1. de rei vind. 6, 1).

Ez az elv. De vannak kivételek. A jóhiszemű dologbir-tokos, a tartozásáról nem tudó dologadós a perfüggőség után nem pusztán azt köteles kiadni, amije *megvan*, hanem bizo-

¹ Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantia, an id quod peteretur, deberetur (fr 42 de R. I. 50, 17).

² Azt lehet mondani, hogy a mora a kötelmi jogban ugyanazt jelenti, amit a mala fides a dologi jogban: a mala fidei possessor mintegy morosus dologi adós. Sőt az interpellatio intézménye is ismétlődik a római jogban a dologi jog terén. Míg ugyanis a mora következménye, a kártérítés, a rei vindicatio esetében (és a mintájára szerkesztett többi keresetknél: a publiciana, hypothecaria, rei vindicatio utilis) malae fidei possessio alapján áll be (tehát mintegy: mora ex re!), addig a negatoria — legalább a classicus jogban — csakis restitúcióra megy, kártérítés csak akkor követelhető, ha a veszélyeztetett tulajdonos a fenyegető kár ellen idején felszólalt (cautio damni infecti — interdictum quod vi aut clam — operis növi nuntiatio). A cautio-kérés, a jactus lapilli, a nuntiatio mintegy az interpellatio szerepét végzi: megtöri az ellenfél jóhiszeműségét, azaz ez többé nem hivatkozhatik az ő tvétlen tudatlanságára. A mora másik hatása, a casus áttolása, is talál: ha a cautio damni infecti esetében pl. épületem véletlenségből összedől, szomszédomnak ebből eredő kárát én viselni tartozom.

nyos korlátok közt azt is, ami a felperesnek *meg volna*, ha a magáét idején megkapta *volna*. Vagyis a jóhiszemű alperes nemcsak a gazdagodásért, hanem — bizonyos mértékben — *kártérítéssel* is felelős. Így a jóhiszemű pénzadós a perfüggőségtől fogva kamatot köteles fizetni, tekintet nélkül arra, vajon azokat a tőke után maga huzta-e vagy sem? A jóhiszemű dologbirtokos, valamint a jóhiszemű dologadós a perfüggőségtől kezdve a dolgot és hasznait nemcsak oly állapotban kötelesek kiadni, amilyenben *vannak*, hanem amilyenben rendes kezelés mellett *lennének*. Tagadhatatlan, ez kevesebbet mond, mint ha feltétlenül így szólna a törvény: az alperes a perfüggőségtől fogva *kártérítéssel* tartozik. De épp oly tagadhatatlanul többet is mond annál: hogy csak a gazdagodást köteles kiadni.

Valójában az alperes ez esetben korlátozott kártérítéssel tartozik, dacára annak, hogy a felperes kárában *vétlen*. Rendszerint ugyan azt szokás mondani, hogy az alperes ez esetekben csak *vétkessége* alapján felel, mert a jóhiszemű birtokos vagy a jóhiszemű dologbirtokos is *vétkesen* jár el, ha a perindítás után a per tárgyát gondosan nem őrzi, vagy belőle azokat a hasznokat nem húzza, amelyeket ő, mint rendes gazda, belőle húzhatott volna. Így Windscheid § 124: «Der Beklagte, welcher von seinem Rechte überzeugt ist, muss nach dem Beginn des Prozesses sich wenigstens das zum Bewusstsein bringen, dass er trotz seiner redlichen Überzeugung möglicherweise den Prozess verlieren könne; er darf daher den Prozessgegenstand, welcher ihm immerhin abgesprochen werden kann, nicht mehr als den seinigen behandeln, nicht mehr über denselben verfügen und ihn nicht mehr vernachlässigen, er ist für den Prozessgegenstand verantwortlich wie für einen fremden.» És ebből levonja a tételt, hogy a jóhiszemű alperes is csak akkor felel felperesnek kártérítéssel «wenn ihn eine *Schuld* trifft.» De kérdem, lehet-e csakugyan komolyan mondani, hogy a jóhiszemű dologbirtokos «vétkesen» jár el a dologgal, amelyet a magáénak tart? Lehet-e mondani, hogy a tartozásáról (menthetően) nem tudó adós «vétkesen» jár el, ha a heverő tőkét nem kamatoztatja? Vétkesen eljáráni annyit tesz, mint ki nem fejteni

azt a gondosságot, amelyet kifejteni köteles. Nos lehet-e komolyan állítani, hogy a jóhiszemű birtokos a sajátjának vélt dolgot gondosan kezelni köteles?

A jóhiszemű birtokostól észszerűen mást nem kívánhatunk, mint hogy úgy járjon el az efféle dologgal, mint igaz tulajdonával. Pedig igaz tulajdonát nemde elhanyagolhatja, parlagon hevertetheti: ez lehet hanyag kezelés, de nem *kötelességellenes*, nem «vétkes» eljárás. A római források kifejezetten fel is mentik a kötelességmulasztás vádja alól: «quia quasi suam rem neglexit» mondják az ilyen esetben (fr 31 § 3 de her. pet. 5, 3). Sőt még gazdaságilag sem lehet mondani, hogy az ilyen eljárás mindig megrovandó volna. Egy gazdag főúr egy nagy birtokot vesz kastélylyal és jóhiszeműen birtokolja. Jön egy harmadik, ki tulajdonigényt támaszt. Azon idő alatt, hogy a per folyik, a mi alperesünk külföldön nyaral. Vajon hanyagul jár-e el, ha a kastélyt az alatt az idő alatt bérbé nem adja? Talán tesznek is neki bérleti ajánlatot, melyet ő visszautasít, mert ő inkább üresen hagyja állani a maga lakását, semhogy mással lakassa. Ez a gazdag alperes a szó közönséges értelmében még hanyagul sem járt el, nemhogy technice «vétkesen». De ha a pert elveszti, az elmulasztott bérjövédelmet is meg kell térítenie. Az alperes itt igazában nem vétsége alapján, hanem vétlenül felel. A tévedés, mely a szokásos formulázásban van, hasonló a régibb doctrina azon tévedéséhez, hogy a jóhiszemű alperes a perindítás folytán «rosszhiszeművé válik». A valóság az, hogy a törvény a perindítástól fogva fokozza az ő felelősségét olyképpen, hogy úgy felel, mint a rosszhiszemű birtokos a perfüggőség előtt. De a törvény nem teheti a jóhiszemű felet rosszhiszeművé és nem teheti a vétlent vétkessé. Az, hogy rosszhiszeműen vagy vétkesen járt-e el valaki: *ténykérdés*, mely felett a törvénynek parancsszava nincs. Ha mégis azt mondjuk, hogy a jóhiszemű birtokos a *vétkesen* előidézett dolog- és jövédlem-vesztéséért felel, akkor ez csak meg rövidített kifejezése a voltaképpen alapul fekvő tételnek. E tételt igaz tartalma szerint különböző módon lehet kifejezni. Lehet mondani: a jóhiszemű birtokos a perfüggőségtől fogva úgy felel, *mint* a rosszhiszemű birtokos a perfüggőség

előtt; »vagy akár azt is, hogy: felel úgy, mintha a dolog gondozásával meg *volna* bszva.« De ez nem változtat a tényen, hogy a perindítás daczára a jóhiszemű birtokos *nem* rosszhiszemű, és hogy a törvény valóságban *nem* teszi kötelelességévé az idegen dolog gondozását. Az, hogy mégis az alperes «vétkérő» beszélünk,³ csak rövidített kifejezésmód. Épp ily sajátlan értelemben beszélünk culpáról az ismert tételben: «quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire» (fr 203 R. I. 50, 17). Senki a saját dolga körül culpát nem követhet el, senki tehát a szó igaz értelmében a saját culpája által nem is károsodhatik: egyszerűen azért, mert culpa annyi, mint a *köteles* gondosság elmulasztása, pedig a saját dolgát gondozni senki sem *köteles*»

A felsoroltakon kívül is vannak esetek, amidőn valaki a más irányában fenálló kötelelességét sérti azért, mert e kötelelesség, és így tehát a lehető sértés fenforgásáról nem tud.

Ideszámít az az eset, midőn valaki a másikat megkárosítja az által, hogy — vétklenül — *semmis* (vagy *megtámadható*) *akarathyilatkozatot tesz* vele szemben.

Lehet-e ez esetben *tilos* cselekményről szólni? Azt hiszem, lehet. Aki a másikkal szemben valami akarathyilatkozatot tesz, melyről későbben kiséül, hogy nem úgy gondolta, ahogy a másiknak azt értenie kellett: az szerintem tilos cselekményt követett el, mert a jog tiltja, hogy a másiknak

¹ így pl. *Wächter* Pand. I. 185. 1.: «dass ein redlicher Besitzer vom Streit anfänge an denselben Verpflichtungen unterliege, welchen ein unredlicher Besitzer vor dera Prozesse unterliegt».

² így *Wächter* u. o. 180. I.: «obligirt, die Sache gleichsam wie eine ihm anvertraute zu betrachten». *Zsögöd* Fej. II. 48. 1.: «A perindítással mintegy idealiter sequestrálja a törvény a per tárgyát, zárgondnokul hagyva magát az alperest».

³ *Windscheid*. § 124 «Derredliche Besitzer haftet für die Früchte, wenn er sie in Folge... seiner *Nachlässigkeit* nicht mehr har, für die nicht gezogenen Früchte, wenn er bei Anwendung *gehöriger Sorgfalt* sie hätte ziehen können.» Ném. törv. 987. §.: «ein *Verschulden* zur Last fällt».

⁴ Tán nem kell tartanom az olyan ellenvetéstől, hogy vigyáznom kell, hogy a házamban tűz ne támadjon stb. E kötelelesség engem nem az én tulajdonom tekintetében terhel, hanem *mások* tulajdona, élete, testi épsége stb. tekintetében.

bizalmát a komolyság színében fellépő ügyleti nyilatkozatok által megsértjük: *grave est enim fides fallere*. Ha dolosusan nyilvánítok oly ügyleti akaratot, mely valóságban nincs meg bennem (mentalis reservatio), vagy ha culpa in contrahendo terhel: akkor a *vétkes tilosság* (delictum) okából felelek;¹ ha vétlenül *nem* tudva azt, mit kellene igazában nyilvánítanom, teszem a megtévesztő nyilatkozatot: *vétlen jogellenesség* címén felelek.

Hasonlóan vagyunk a *falsus procurator* esetében. Az államhatalmazott a ker. törv. 52. §-a szerint kártérítéssel vagy a szerződés betöltésével felel, még pedig tekintet nélkül arra, vajon jó- vagy rosszhiszemből, vétlenül vagy vétkesen járt-e el. Ha vétkesen járt el, szerintem *ex delicto* felel; ha vétlenül: *vétlen tilosság* címén. A hatás (szerződésbetöltés vagy kártérítés) mindkét esetben ugyanaz.

Nem különben áll a német törvk. 231. §-a esetében: aki *vétlen tévedésből önszegélyhez nyúl*, holott az önszegély előfeltételei fen nem forognak, az okozott kárt megtéríteni

¹ Legalább addig, míg az uralkodó tan az u. n. akarat elmélet alapján áll, a mentalis reservatio és a culpa in contrahendo esetében való felelősség másképp, mint *ex capite delicti*, nem magyarázható. Igazi szerződés — az akaratelmélet szempontjából — egyik esetben sem jön létre. Hogy mentalis reservatio esetében a szerződést létrejöttek *tekintjük*, azaz hatásait életbe léptetjük éppen úgy, mintha rendes szerződés létre jött volna, nem változtat azon, hogy a szerződés tényállása (akarat és megfelelő nyilatkozat) még sem valósult meg, azaz a szerződéskötés meg nem történt. A jogviszony a két fél között tehát voltaképpen a *fic-tus contractus* alapján áll. Hogy az *actio ex contractu* meg adatik, (ám-bátor e nézet forrasszerűsége is gyenge lábon áll: Regelsberger Pand. 516. 1. 3. jegyzet) épp oly kevésbé bizonyítja a szerződés tényleges létrejöttét, a mint nem bizonyítja a culpa in contrahendo esetében, ahol hiszen az u. n. negatív érdektéri test szintén az illető szerződési keresettel követeljük (aminek forrasszerűségéhez egyébiránt ugyancsak van fér). Az iménti érvelés, mint mondtam, az akaratelmélet alapjánól van mérítve. Ha az u. n. nyilatkozati elmélet alapjára állunk, akkor mindez változik: a mentalis reservatióval kötött jogügylet érvényes, mert a döntő tényállás (a nyilatkozat) létesült; és az u. n. culpa in contrahendo esetében is nem *ex culpa*, hanem *ex contractu* felelünk. Ez alapon természetesen arról sem lehet szó, hogy a benső akaratnak meg nem felelő nyilatkozattétel (amely hiszen teljesen joghatályos) *tilos* cselekmény lenne.

köteles. Szabály szerint a vétlen Önségély csakúgy nem járhatna kártérítéssel, mint a vétkesen túlzott önvédelem (*excessustutelse*). Aki ijedtségből, félelemből vagy megröszérvényből a jogos védelem határait túlhágja, nemcsak büntetőjogilag nem felelős (büntető törv. 79. §.3), hanem magánjogilag kártérítéssel is csak akkor tartozik, ha ijedtsége stb. ki nem menthető. Ugyanigy áll a dolog, ha tévesen azt hitte, hogy az önvédelem előfeltételei fenforognak: kártérítés csak akkor jár, ha a tévedés *culposus*. A vétkesen téves önségély esetében a német törvény szakít a szabálylyal: kártérítés jár itt, noha vétség nincsen.

Ismét más typusa a vétlen tudatlanságból eredő kártérítési kötelelemnek a következő: A törvény tilt bizonyos cselekvényt, de ha vétlen tudatlanságból elkövetetik, jogosnak ismeri el az eredményt, egyúttal azonban a károsultnak kártalanítását parancsolja. Példa reá az *átépítés* (*Überbau*) intézménye, úgy amint azt pl. a német törvénykönyv szabályozza. E törvény 912. §-a szerint: ha szándékosan vagy durva gondatlanságból építék határomon túl a szomszéd telekre, az átépítmény eltávolítása követelhető, sőt esetleg a szomszéd tulajdonává lesz (95. §.); ha azonban csak csekély gondatlanság terhel, vagy ha éppen vétkesen történt az átépítés, akkor az átépítmény az én tulajdonom marad, szomszédomat azonban évi járadék formájában kártalanítanom kell. Kétségtelen, hogy az átépítés ebben az esetben is *tilos* cselekmény és ebben különbözik az alatt említendő u. n. magánkiszajátítás eseteitől, amidőn t. i. *jogos* utón nyúlok bele a más tulajdonába. Ámde a törvény ezt a tilalmat csak *lex minus quam perfecta* erejével állítja fel: a tilos cselekmény eredményét meg nem tagadja, sőt elismeri és csak a kártalanítás következményeit fűzi hozzá. Az eljárás itt hasonló a római *tignum junctum* esetéhez: aki a más anyagát *jóhiszeműleg* a saját telkébe beépítette, tulajdont nyer az anyagon, a volt tulajdonos azonban az érték kétszeresét követelheti. A beépítés itt is *tilos* cselekmény, de ha *vétkesen* történik, csak (pausaliter meghatározott) kártérítéssel jár, a beépítés eredményét a jog jóváhagyja.

Más ide tartozó példa a *vétkes eljegyzés-szeges*. Aki az

eljegyzéstői alapos ok nélkül visszalépett vagy aki a másik jegyesnek a visszalépésre alapos okot szolgáltatott, a másik jegyesnek és rokonainak a tett kiadások erejéig kártérítéssel tartozik (1894: XXXI. tcz. 3. §.). A törvény nem kívánja, hogy az alaptalan visszalépés vagy az alapos visszalépés okozása *vétkesen* történt legyen. Tehát ha a visszalépő jegyes menthető tévedésben azt hitte, hogy alapos oka van a visszalépésre, pl. jegyesének előéletét előtte megrágalmazták, erős gyanuok folytán tüdőbetegnek tartja, holott később kiderül, hogy semmi baja stb.: kártérítéssel tartozik, noha ő teljes jóhiszemben és vétlenül lépett vissza. Hasonlóan a mátká, aki az ügyesen berágalmazott vőlegény iránt elhidegül és ez által alapos okot szolgáltat a visszalépésre: kártérítéssel tartozik, noha teljesen vétlenül, mint a rágalmozó ártatlan áldozata, szolgáltatott okot a visszalépésre. Az ilyen jegyes, ha alapos ok nélkül visszalép, vagy a visszalépésre okot szolgáltat, *tilos* magatartást tanusít, *jogtalanságot* követ el, habár vétlenül. E felfogás abból indul ki, hogy az eljegyzés a házassági törvény értelmében jogi — bár ki nem kényszeríthető — kötelezettséget szül a házasságkötésre. Aki ezt nem tartja, az az eljegyzésszegést, történnék bár akár alapos okból, akár a nélkül, a kártérítéssel járó *jogos* cselekmények közé fogja számítani.¹

P) *Vétlen képtelenség*. Szabály, hogy impossibilium nulla est obligatio. Lehetetlenre irányuló kötelelem vállalása kezdetől fogva semmis; az érvényesen vállalt kötelelem véget ér, ha utóbb lehetlenné válik; és ha a szolgáltatás ideig-óráig válik lehetlenné, a késedelem hatásai mindaddig be nem állanak, amíg e lehetlenség tart.

Ám ezt az elvet is számos kivétel töri keresztül. Nagy számmal vannak esetek, midőn a kötelezett fél daczára annak, hogy a szolgáltatás hibáján kívül lehetetlen, elmaradásáért mégis felelős.

Ide tartozik első sorban a *kezdetől fogva való u, n. subjectiv lehetlenség* (képtelenség) esete. Aki oly szolgáltatásra

¹ így *Randa* Eigentum az osztr. tkv. 45. §-a alapján; így *Zsögöd* Fejezetek I.- 641. k is.

kötelezi magát, melyre már a vállaláskor képtelen volt, annak e képtelenség felrovatik, tekintet nélkül arra, hibájából vagy a nélkül állt-e elő. Ez az uralkodó tan, melyet *Mommsen* fejtett ki először,¹ *Windscheid* átvette *Pandektáiba*² és ennek révén átment a német élő jurista nemzedék köztudatába. Tehát valaki eladja tehenét, amelyről nem tudja, hogy azt a szerződés-kötés előtt már ellopták; egy nagyiparos munkaszállítást vállal és csak a szerződés-kötés után értesül, hogy gyára az éjjel leégett; valaki bérbead egy ingatlant, melyet magáénak tart és melyről később kisül, hogy másé. Az ilyen esetekben az uralkodó tan a *Venulejus* híres mondatához tartja magát: *Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, jure factam obligationem Sabinus seribit* (fr 137 §. 5. V. O. 45, 1). Hogy a subjectiv és objectiv lehetetlenséggel való ezen különféle elbánás logikailag szükséges-e és gyakorlatilag méltányos és célszerű-e: ez ugyan más kérdés. Mert logikailag igaz ugyan, hogy a jogrend a lehetlent ki nem kényszeritheti. Ámde kevésbé lehetetlen-e a sántának tánczolni azért, mert az éplábnak lehetséges? Ha tehenemet ellopták, kevésbé lehetetlen-e azt átadnom azért, mert a tolvaj átadhatná? Kevésbé lehetetlen-e leégett gyáramban dolgoztatnom azért, mert szomszédom, kinek gyára le nem égett, dolgozthat? Ha a jog ez esetekben mégis azt parancsolja, hogy teljesítsem, amit vállaltam, a logikai képtelenség semmivel sem kisebb, mint ha ugyanazt parancsolná az u. n. objectiv lehetetlenség esetében. És a méltányosság? Miért lenne méltányosabb a szerződés épségben tartása akkor, amikor az eladott tehenet a szerződés-kötés előtt ellopták (subjectiv lehetetlenség), mint amikor megdöglött (objectiv lehetetlenség)? Szállítani egyik esetben sem képes az eladó; ami pedig a kártérítést illeti: feltéve, hogy mindkét fél jóhiszemű, egyik esetben épp annyi szól a kártérítés mellett és ellen, mint a másikban. Állhatunk a jóhiszemű adós álláspontjára, akit hiszen nem méltányos vétlen nemtudásáért kártérítéssel sújtani, — de ekkor ugyanaz a

¹ Beiträge I 12 kv. 11.

² § 264: 1.

méltányosság szólal meg a megdőglött, mint az ellopott tehen esetében. Vagy állhatnak a «forgalom biztossága» jelszava alatt a hitelező mellé, és megítélhetjük neki akár u. n. negatív (Ihering, Windscheid), akár u. n. pozitív kárát (Savigny Obi. R. II. 290. 1.) — de ekkor sem látom, miért járna több vagy kevesebb, akár ellopták a tehenet, akár megdőglött? És ismét: ha mégis különbséget teszünk a subjectiv és objectiv lehetetlenség között, amikor az kezdettől fogva fenforog: miért nem teszszük ugyanezt a különbséget akkor is, ha későbbben áll be?^x Ha méltánytalan kártérítésbe marasztalni az adóst, ki hibáján kívül képtelen a szolgáltatásra: mit nyom a méltányosság latjában, hogy a képtelenség előbb állt-e elő vagy utóbb?

Ily gyöngye lábán állván az uralkodó tan benső igazsága, irodalmi legitimitációja sem kétségtelen. A subjectiv és objectiv lehetetlenség közti különbséget említi ugyan már *Savigny* is (Obi. R. I. 384. 1.), de ő oly széles terjedelemben ismeri el az objective lehetetlenre irányuló szerződés érvényességét is (t. i. a legfontosabb szerződések: vétel és hasonló bonae fidei contractusok esetében: Obi. R. II. 290. 1.) hogy a szabályt szinte feldönti; másfelől még nem tesz különbséget a kezdetleges és az utólagos lehetetlenség hatása között, legalább az egyetlen helyen, ahol e kétféle, lehetetlenségről beszél, hatásának ily különbözőségéről nem tesz említést (Obi. R. II. 286. 1.). *Demburg* szerint is a kezdetleges objectiv és subjectiv lehetetlenségnek egyforma a hatása: t. i. az adós nem köteles ugyan a lehetetlen szolgáltatást teljesíteni, de a pozitív interessé megtérítésével mindkét esetben tartozik.⁹ De akárhogy vélekedjünk arról, hogy a kezdetleges lehetetlenség esetében az u. n. objectiv és subjectiv lehetetlenség közötti különbségtétel mennyire igazolt: mindkét felfogás szerint

¹ Windscheid § 264: tBei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es nicht darauf an, ob sie eine objective oder eine subjective ist, sondern darauf, ob den Schuldner in Betreff derselben eine Schuld trifft, oder nicht».

² Pand II. § 16. *Demburg* különbséget tesz a subjectiv lehetetlenség és a puszta szolgáltató nehézség közt. A fr. 137. V. O. (45, 1) esetét csak ez utóbbira vonatkoztatja.

beáll, még pedig az uralkodó tan szerint szűkebb, Savigny és Dernburg szerint tágabb körben: a *vétlen képtelenség* címén való kártérítés.

Érdekes az angol jog álláspontja a mi kérdésünkben, mert noha az angol írók súlyt fektetnek rá, hogy az «authorities» közt e tanban a római jogra is hivatkozzanak (pl. Pollock, Principles of Contract 387. 1.): valójában az elvi alap egészen más. Az angol gyakorlat elvileg nem tesz különbséget sem az objectiv és subjectiv, sem a kezdetleges és az utólag beálló lehetetlenség között. Csak az u. n. absolut lehetetlenség (ami mindenkire nézve, minden körülmények közt lehetetlen: quod natura fieri non concedit) az, mely a szerződés létrejöttét megakadályozza: «as if a man should undertake to make a river run up hill; or to construct a perpetual motion»; de ez is nem azért, mert *lehetetlen*, hanem mert értelmes emberektől fel nem tehető, hogy ily esztelenségre komolyan kötelezni *akarják magukat*, vagyis a komoly *animus contrahendi* hiánya miatt. «I think it is not competent to a defendant — mondja egy angol bíró egy perben — to say that there is no binding contract, *merely because he has engaged to do something which is physically impossible*. I think it will be found in all the cases where that has been said, that the thing stipulated for was, according to the state of knowledge of the day, *so absurd that the parties cannot be supposed to have so contracted*.» Magában véve, azaz a felek akarata *ellenére* is, érvénytelen csak a jogilag *tilos* szolgáltatásra irányuló szerződés (impossible by law). Ellenben a puszta *tényleges* lehetetlenség (impossibility by fact) elvileg sem a lehetetlen szolgáltatás érvényes vállalását nem gátolja, sem az érvényesen vállalt kötelezettséget utólagosan meg nem szünteti. Pollock (id. m. 384. kv. 11.) számos szinte barokk bírósági döntést hoz fel ez elv megpéldázására. Valaki kötelezte magát arra, hogy holnap esni fog az eső: a bíróság e kötelezést érvényesnek ismerte el. Érvényes volna, mondja a bíró (Maule in Canham v. Barry, 1855), az ilyen kötelezés is: kötelezem magam, hogy a pápa holnap Westminsterben lesz. Valaki kötelezte magát, hogy az bizonyos szigetről egy hajórakományt hozzon; küldte, hogy

a szigeten nem volt annyi guanó, hogy egy hajóval tellett volna, a vállalkozó mégis elmarasztaltatott (Hills v. Sughrue 1846. évből). Valaki kötelezte magát, hogy egy tengeri hajót bizonyos idő alatt rakománnyal fog ellátni; elmarasztalták, noha igazolta, hogy a folyó, amelyen a rakományt a tengeri hajóhoz szállítani kellett, be volt fagyva (Kearon v. Pearson, 1861).

«In short — mondja Pollock — it is admitted law that generally where there is a positive contract to do a thing not in itself unlawful, the contractor must perform it, or pay damages for not doing it, although in consequence of unforeseen accidents the performance of his contract has become unexpectedly burdensome or even impossible.» Kivételt e szabály alól az angol gyakorlat csak annyiban tesz, amennyiben a felek *hallgatólagos megállapodásakép* (implied condition-feltehető, hogy a szerződés bizonyos előre nem látott akadály esetén meg ne álljon).

A lehetetlenség hatását tehát a felek *akarátára* vezeti vissza: «This well shows the modern tendency, to reduce all the rules on this subject to rules of *construction* (értelmezés). By the modern understanding of the law we are bound to ascertain, what kind of events were *within the contemplation of the parties*». Más szóval: ha valamely körülmény lehetlenné teszi (akár kezdettől fogva, akár utólag) a szerződés teljesítését, a bíró fontolóra veszi: vajon előre láthatta-e, illetve mint óvatos szerződő félnek előre kellett-e látnia az ígérő félnek ezt a lehetetlenítő körülményt? Aminek bekövetkezése előre volt látható, az felvállaltnak tekintetik, arra az adós, mint mentesítő okra nem hivatkozhatik, ha mindjárt «objective» lehetetlenítő körülmény is, ennyiben a szerződés feltétlen (an absolute contract). Aminek bekövetkezése előre nem volt látható, az a felek hallgatólagos megállapodása (implied condition) szerint *fel nem vállaltnak tekintetik*, ennyiben a szerződés *feltételes* (conditional contract). Az ilyen a felek intenciója szerint fel nem vállalt lehetetlenítő körülmény az, mit az angol praxis «act of God»-nak nevez. Ez utóbbi tehát nem felel meg annak, amit a continensen «vis majort-nak mondunk: a vis major objectiv, egyszersminden-

korra megállapítható, a felek szándékától független fogalom, az «act of God subjectiv, a felek szándékától függő, szóval *értelmezési* fogalom. Irányadó maradt e tekintetben egy híres ítélet (Baily v. De Crespigny), melyet Pollock idéz: «There can be no doubt, that a man may by an absolute contract bind himself to perform things which subsequently become impossible or to pay damages for the non-performance, and this construction is to be put upon an unqualified (feltétlen) undertaking, where the event which causes the impossibility was or might have been anticipated and guarded against in the contract, or where the impossibility arises from the act or default of the promisor. But where the event is of such a character *that it cannot reasonably be supposed to have been in the contemplation of the contracting parties when the contract was made,* they will not be held bound by general words which, though large enough to include, were not used with reference to the possibility of the particular contingency which afterwards happens. It is on this principle that the act of God is in some cases said to excuse the breach of a contract. *This is in fact an inaccurate expression,* because, where it is an answer to a complaint of an alleged breach of contract that the thing done or left undone was so by the act of God, *what is meant is that it was not within the contract.*» Ily értelmezés útján az angol gyakorlat pl. hatálytalannak ismeri el a szerződést, ha teljesítése egy bizonyos dolog létezésétől függ, holott ez a dolog valóságban nincs meg. Egy esetben (Tayler v. Caldwell) alperes kötelezte magát, hogy átengedi felperesnek a maga zenecsarnokát oly célból, hogy felperes ott multságokat rendezhessen. Az első multság rendezése előtt a csarnok véletlenségből leégett, felperes kártérítést követelt alperestől. A bíróság elutasította a következő indokolással: «Where from the nature of the contract it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless, when the time for the fulfilment of the contract arrived, some particular specified thing continued to exist, so that when entering into the contract they must have contemplated such continued existence as the foundation of what was to be

done; there in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is *not to be considered a positive (feltétlen) contract, but subject to the implied condition that the parties shall be excused in case, before breach performance becomes impossible front the perishing of the thing without default of the contractor.*» Hasonlóan döntöttek, amikor az eladott (vagy bérbeadott) dolog átadás előtt az eladó (bérbeadó) hibája nélkül tönkrement «because from the nature of the contract it is apparent that the parties contracted *mi the basis of the continued existence of the particular chattel.*» Hasonló az érvelés olyankor, amikor a szerződés oly dolog iránt köttetik, mely már a szerződéskötéskor sincsen meg. Ilyenkor is, azt mondják, nem azért érvénytelen a szerződés, mert a teljesítés lehetetlen, hanem mert a felek egy tény feltételezése mellett szerződtek, mely tény valóság-ban fen nem forgott.

Egy hires esetben (Conturier v. Hastie 1856. évből) valaki eladott valakinek egy hajórakomány kukoriczát, mely a felek leírása szerint akkor útközben volt Salonikiból Valóságban azonban a kérdéses rakomány akkor már nem létezett; útközben ugyanis annyira szenvedett a melegtől, hogy a hajóskapitány kénytelen volt már előbb Tunisban kikötni és hamarosan eladni. A Lordok Házában, ahova az eset felkerült, Lord Cranworth majdnem az összes bírák hozzájárulásával, kifejtette: a per lényege az, hogy «what the parties contemplated, those who sold and those who bought, was that there was an existing something to be sold and bought. No such thing existing, there was no contract which could be enforced.» A semmisség oka tehát nem a lehetetlenség, hanem a felek téves feltevése. «It is not so much (mondja Pollock 399. 1.) the impossibility of performance that is regarded, as the originál non-existence of the state of things assumed by the contractifig parties as the basis of their contract The main thing is to ascertain, not whether the agreement can be per förmelj but what was in the true intention and contemplation of the parties».

Ugyanígy a felek hallgatóságos kikötésére vezetik vissza a szerződés hatálytalanságát akkor is, ha a teljesítés az adós

életétől vagy egészségétől függ. «All contracts for personal services which can be performed only during the lifetime of the party contracting are subject to the *implied condition that he shall be alive to perform them*; and should he die, his executor is not liable to an action for the breach of contract occasioned by his death.» Egyik perben (Robinson v. Davison) egy hangversenyvállalkozó beperelt egy zongoraművésznőt, ki a hangversenyben fel nem lépett, mert megbetegedett. A bíró elutasítja a felperest: »*by virtue of the terms of the original bargain incapacity either of body or mind in the performer, without default on his or her part, is an excuse for non-performance*». Tehát ismét nem a lehetlenség maga az elutasítás oka, hanem mert a szerződés szerint a felek így állapodtak meg.

Az angol jog elvi álláspontja azért érdekes, mert mi a római jog alapján megszoktuk, hogy az impossibilium nulla obligatio szabályát valami logikai kénytelenségnek nézzük, mely semmi jogrendszerben másképp nem is lehet. Így pl. *Dernburg* (Pand. I. § 16.) azt mondja: «Unmögliches kann nicht geleistet werden. Dies ist ein Satz zwingender Logik. Das Versprechen einer unmöglichen Leistung ist daher *notwendigerweise nichtig*». És legújabb művében (Das bürg. Recht des deutschen Reichs II 130): «Der Satz leidet kei ne wahren Ausnahmen, dieselben wären *undenkbar*». És *Brinz* (Pand. II. § 245): «Dass eine Obligation zu Unmöglichem keine sei, versteht sich aus dem Begriffe der Haftung, indem Satisfaction dafür, dass etwas Unmögliches nicht geleistet wird, so *vernunftwidrig wäre*, wie das Begehren nach Unmöglichem». Hasonlóan arra a tételre, hogy az utólagos fel nem róható lehetetlenülés a kötelmet megszünteti, azt mondja *Zsögöd* (Köt. fej. II. 193. 1.): «A ráció annyira elementáris, hogy azt fejtegetni sem kell». És a jegyzetben: «Epp ezért *nem is lehet alóla kivétel*. Már most annyi igaz, hogy czéltalan és ezért értelmetlen dolog volna a jog részéről, ha olyas valamit parancsolna az adósnak, amit az legjobb akarat mellett megcselekedni képtelen. Ezzel a jogrend csak magamagát compromittálná. De ezzel nincs megmondva, hogy a jogrend *semmire* se kötelezze az adóst. Képzeltető, és az

angol jog elvileg ez állásponton áll, hogy aki lehetetlent ígér, kezdettől fogva kártérítésre köteles. Képzeltető, hogy akinek a kötelezett szolgáltatása lehetlenné válik, feltétlenül (azaz a lehetlennítő ok fel- vagy fel nem róhatóságától függetlenül) kártérítésbe sodródik. És ha ennyire nem akarunk menni: képzeltető, hogy aki kezdettől fogva lehetetlent ígér, legalább annak kiadására köteles, amit a lehetlennítő tény folytán kapott, illetve megtakarított: az u. n. *helyettesiül commodum* kiadására. A római tan szerint még ez is ki van zárva, mert hiszen ha a szerződés semmis, akkor annak alapján semmi nem is követelhető. Pedig ha igazságos, hogy az adós, kinek részéről a szolgáltatás — noha hibáján kívül — *utólag* lehetlenné vált, legalább *ne gazdagodjék* e lehetlenség által (és hiszen ez a képviselő *commodum* alap gondolata): miért volna ez kevésbé igazságos annak részéről, aki olyasmire kötelezte magát, ami *kezdetlől* fogva lehetetlen volt? Egyébiránt, hogy az *impossibilium nulla est obligatio* nem logikai kénytelenség, mutatja az is, hogy e szabályt az utólagos lehetlenségnél már nem is alkalmazzuk. Mert itt az u. n. *objectiv* lehetlenség sem mentesíti az adóst, ha pl. maga okozta a lehetlennülést. Már pedig ha az *impossibilium nulla obligatio* logikai kényszerűség: kevésbé lehetlenn-e a lehetlenn azért, mert az adós azt *okozta*? Sőt a kezdetleges *objectiv* lehetlenség esetére is van példa, hogy a jog érvényesnek ismeri el a lehetlenn szolgáltatás felvállalását: az eladó, aki a *species* eladásakor oly tulajdonságokat ígért, amelyekkel az eladott dolog valóságban *nem* bír, *objective* lehetlenn ígért — a szerződés mégis érvényes. Az egész minőségi szavatosság intézménye az *impossibilium nulla obligatio* megtagadása.

Ámde térjünk vissza tárgyunkra, melytől egy kevésbé elbolyongtunk. Az *impossibilium nulla obligatio* elve alól, azt mondtuk, az uralkodó tan kivételt tesz először is a *kezdetlől fogva* fenálló u. n. *subjectiv* lehetlenség esetében. A második kivétel az uralkodó tan szerint: az utólag beálló (akár tárgyi, akár alanyi) lehetlenség, feltéve, hogy a lehetlennítő tény olyan, melyért az adós a fenforgó kötelmi viszony tartalma szerint felelős. Már most azok az esetek, amikor a

lehetetlenítő ok az adós culpáján fordult meg, e helyütt nem érdekelnek. Amikor azonban a jog az adóst a (részéről) *vétlen lehetlenségért* is felelőssé teszi: ezek azok az esetek, melyek jelen tárgyunkba vágnak.

A római jogban a fő- és mintaeset a *receptum cauponum* stb.; de hogy ez nem az egyedüli, hanem hogy az adós számos más esetben is felel a merő véletlenért, *Windscheid* is elismeri,¹ ha nem is megy oly messze, mint *Báron*, ki ismeretes *custodia*-elméletével majdnem szabályivá általánosítja a kivételt.² A modern magánjogban különösen a kereskedelmi és ipari szakjogok azok, melyek szerint az adósnak a hibáján kívül beállt lehetetlenülést is felrójuk. A legfontosabb és legtöbbször tárgyalt példák azok, melyeket a mi kereskedelmi törvényünk is a fuvarozó (398. §.) és a közraktáros (437. §.) tekintetében felállít, amivel összevethető a levélposta felelőssége (1892: XI. tcz. 8. cikk) és a kézi-zálogtartó felelőssége (1881: XIV. tcz. 12. §.). Az adós felelősségére az alkalmazottjai okozta lehetetlenülésért még alább reátérünk. Mindez esetekben az adós a vétlenül lehetlenné vált szolgáltatásért is felelős. A szolgáltatás elmaradása ez esetekben: jogellenesség, bár *vétlen* jogellenesség.

Hogy a kötelezettségéről vétlenül *nem tudó* vagy teljesítésére vétlenül *képtelen* adós esetében azt mondom, hogy a kártérítési kötelezettség imhol vétlen jogsértésből «ered»; nem pontos kifejezés ugyan. E kifejezés csak az abszolút jogok megsértése esetében talál, nem pedig a kötelmiékében. Ez utóbbiak megsértése esetében a kártérítési kötelezettség, mint minden kezdő jurista tudja, nem a jogsértésből fakad, hanem a már előbb fenállott kötelmi jogviszonyból. A hitelező nem *ex mora*, nem lehetetlenülés alapján perel, hanem *ex recepto*, *ex legato* stb. — a *mora*, a lehetetlenülés nem önálló jogalap. Megengedem. De mégis *része* a jogalapnak, és éppen azon része, amely szülő oka a kártérítési kötelezettségnek. Azt szoktuk mondani, hogy a kötelmi jog megsértése kártérítésivé *változtatja* az eredeti kötelezettséget, a

¹ Pand. II. § *zbl.* 9 jegyzet.

² A vitakérdés mai irodalmát l. *Windscheid—Kipp* Pand. id. h.

dologi jog megsértése kártérítési kötelezettséget *létesít*. Ez a megkülönböztetés sok tekintetben fontos: a követelés amott a régi, emitt új; a kárkövetelés tehát amott az eredeti követeléssel együtt jár le, évül el, zálog és kezesség, mely az eredeti követelésért adatott, a kártérítési követelés javára is szolgál, perhatáskör és illetőség az eredeti követelés szerint igazodik, és nem megváltoztatása az eredeti jogalapnak, ha eredetileg a szolgáltatásra perlek és későbbben, meggyőződven a lehetetlenülésről, a kérelmet kártérítésivé módosítom stb.,¹ holott mindez másképpen áll az ujon keletkezett kártérítési követelés tekintetében.

De a mi jelen kérdésünk szempontja alatt ezek a különbségek nem érdekelnek.

Minket itt az a kérdés foglalkoztat, hogy a vétlen jogsértés kötelez-e és mily esetekben, kártérítésre? E szempontból pedig mindegy az, hogy a jog, mely vétlenül megsértett, kötelmi volt-e vagy nem kötelmi, vagyis hogy a sértő és a sértett közt már a sértés előtt is fenállott-e jogviszony vagy sem? Mert szorosán véve: jogviszony a sértő és a sértett között mindenkor fenáll már a sértés előtt is, mert minden jogsértés szükségképpen köteleességsértés. Aki az ablakomat betörte, szintén azt a már régebben fenállott kötelezettséget sértette meg, mely mindenkit, tehát őtet *is* terheli: hogy tudniillik senki az ablakomat be ne törje. Miért mondjuk ez esetben, hogy az ablakbetörésből eredő kárkövetésem *új* követelés (*actio ex delicto*), holott a kötelmi kötelezettség megsértése esetében a követelésnek csak *változásáról* (*actio ex contractu*) szólunk: messzevágó kérdés, amelynek megfejtésében hitem szerint nagyobb része van a római jogfejlődés történeti véletleneinek, mint a jogtűnemények bölcseleti szemléletének. Logikusan tekintve a dolgokat, nem látom, miérthogy *új* kötelezettségről kelljen szólnunk, ha valaki (dolosusan, culposusan) tulajdonjogomat sérti, és miérthogy *módosult régiről*, ha ugyanígy követelési jogomat sérti? Ha valaki dolgomat ellopja vagy megrongálja, a római jog a kártérítési keresetet nem *ex dominio* adja,

¹ Windscheid Pand. 264 §. 7. jegyzet.

hanem *ex furto, ex damno injuria dato*. A tulajdonjog itt csak *előfeltétele* a kártérítési követelésnek. A *furtum*, a *damnum injuria datum* a követelés «alapja». De ha az adós tudja vagy gondatlanságból megszegi a szerződést: *ex contractu* felel, nem *ex mora* — a *mora*, a szerződészegés nem «önálló jogalap». Világos, hogy ugyanegy jogi jelenséggel itt más-másképpen bántunk el.

Ha a tulajdonjog vétkes megsértése önálló jogalap, akkor önálló jogalap lehetne a követelés vétkes megsértése is. És viszont, ha a *morosus* adóstól *ex contractu* követeljük a kártérítést, akkor *ex dominio* követelhetnők a tolvajtól, a dologrongálótól is: ilyenkor azt mondanók, hogy a tulajdonigény kártérítésivé «változott».

Hogy a két eset párhuzamosságát még jobban lássuk, hasonlítsuk össze a tulajdonigényt valamely *negatív* szolgáltatásra irányuló követeléssel, pl. a kereskedő azon szerződési követelésével, hogy az üzletéből kilépő segéd 3 éven belül ugyanabban a városban hasonló üzletet ne nyisson. Ezt az abbanagyást a kereskedő itt a szerződés alapján követelheti, csak úgy, mint pl. azt, hogy áruit az üzletből el ne csenje, a tulajdonjogánál fogva követelheti. Mégis: ha a segéd az előbbi kötelességét megsérti, *ezen* szerződési kötelezettség «változik át» kártérítésivé, holott ha a második kötelességét megsérti, «új» kártérítési kötelezettség áll elő. Ezeket pedig itt csak azért említem, hogy figyelmeztessen az olvasót, hogy az a különböző szemlélési mód, melyet a római jog (és nyomán a modern legislatiók) e hasonló esetekkel szemben követ, nem *szükségszerű*; és hogy a technikai kezelés különbözősége okából ne ismerje félre a benső rokonságot, mely az intra- és extraobligationális kötelességek megsértése között fenáll.

Két esetről akarok még megemlékezni, melyek a vétlen képtelenség fejezetébe tartoznak. Ez esetekben a vétlen képtelenséghez fűződő kártérítési kötelezettség kétséges és közelebbi szemlélésük különösen tanulságos.

Az egyik az az eset, melyet a pandectajog a «*genus nunquam perit*» parömiával jelöl. Szabály, mint mondtam, hogy az adós felszabadul, ha a szolgáltatásra utólag vala-

mely neki fel nem róható okból képtelenné válik. De a genus-adósra ezt a szabályt nem alkalmazzák. Még pedig kétféle út az, amelyen ez eltérést indokolják.

Az egyik az, hogy azt mondják: genus szolgáltatására az adós *sohasem válhatik képtelenné*. A másik az, hogy azt mondják: a képtelenség *sohasem állhat be oly okból^ mely az adósna fel nem róható*.

Mindkét után pedig arra az eredményre jutnak, hogy az utólagos szolgáltató-képtelenség a genus-adóst nem mentesíti.

Igaz-e már most, hogy a genus-adós sohasem válhatik képtelenné a szolgáltatásra? Persze, objectiv lehetetlenségről, oly értelemben, mint a species-tartozásnál, ha a species elpusztul, a genus-tartozásnál mindaddig, míg az egész genus el nem pusztult, szó nem lehet. Minthogy pedig — mondják e nézet védői — az adós, ha a kötelezett fajtából való dolog nincs is birtokában, azt mindenkor megszerezheti: a genus-tartozás szolgáltatása többé-kevésbé nehéz lehet ugyan az adósra nézve, de u. n. alanyi lehetetlenség (képtelenség) itt sohasem foroghat fen.¹ Hát ez az okoskodás talál addig, amíg afféle szolgáltatásokról van szó, mint búza, liszt, petróleum stb. Szóval tömegesen előforduló árucikkekről. De talál-e akkor is, ha Hagenbeck, a híres vadállatszeliadó, ki Afrikában két rhinoceroszt fogott, az amsterdami állatkertnek sürgönyileg «egy rhinoceroszt» ad el? Ha mindkét példány az után letör, késelemben esik-e itt az eladó, ha csak hat hónap múlva bir egy új példányra szert tenni? És ha egyáltalában nem bir új példányhoz jutni, lehet-e őt «egy rhinoceros» szállításába marasztalni, mert Afrikában még vannak és kézrekerítésök «nehéz ugyan, de nem lehetetlen?»

Hasonlóan áll a dolog mindenkor, valahányszor kisebb-körü genusról van szó (egy Raffaeli madonna; 10 üveg 1874. évi bor stb.), valahányszor a genusbeli dolgok kevés kézben vannak egyesítve (pl. részvények összevásárlása egy nagy-speculans részéről) stb. A szolgáltatás ily esetekben, ha nem

¹ Így pl. *Mommsen Beiträge* I. 47. 1. *Vangerow Pand.* § 591, III. jegyz. *Hasenöhr* Obi. R. II. 581. 1.

is objective lehetetlen, mégis oly nehéz lehet, vagy csak oly aránytalan áldozatok útján lehet elérhető, hogy az adós fogvartartása ex bona fide nem indokolható. Vegyük a következő példát. Egy antiquarius értesít egy nagy könyvtárt, hogy valami nagy ritkaságra tett szert, mondjuk a Gutenberg-féle híres 42 soros bibliának (1455. évből) egy példányára. A vétel létrejön. A példány véletlenségből elég. Méltányos-e már most különbséget tenni, vajon azt irta-e a kereskedő «felajánlom az én példányomat» vagy «felajánlok egy Gutenberg-féle 42 soros bibliát?» Szabad-e ez utóbbi esetben a genus nunquam perit szabályát alkalmazni azért, mert a lipcsei Klemm-féle gyűjteményben még egy ilyen példány található?

Egy másik nézet azzal támogatja a genus-tartozás kivételes szabályozását, hogy a genus-adós szolgáltató-képtelensége mindig *saját hibájára vezethető vissza*; a genus-adós azért felel szolgáló-képtelenségeért, mert «hibát követett el, amidőn olyan valamit ígért, amiről biztosan nem tudta, hogy fogja-e teljesíthetni».

Ezt a nézetet Ihering állította fel¹ a «Culpa in contrahendo» című híres értekezésében. Azonban ismeretes, hogy a nagy író egy későbbi dolgozatában maga is beismerte, hogy a nevezett értekezésben túlságos könnyedén bánt el a culpa fogalmával.² És csakugyan az idézett érvelés túlsókat bizonyít. Mert biztosan sohasem tudja az adós, fog-e teljesíthetni. Ennélfogva minden szerződés-kötés mindenkor culposus volna és a szolgáltató-képtelenség a species-adóst sem mentesíthetné. De keveset is bizonyít. Mert e szerint az adós mentes volna, ha in concreto magát a culpa vádjával szem-

¹ «Es verspricht Jemand eine Sache zu einem bestimmten Termin zu leisten, derén Verschaffuog voraussichtlichermassen nicht die geringsten Schwierigkeiten machen konnte z. B. einen Artikel, den jeder Kaufmann des Ortes zu führen pflegt, der jedoch wider Erwarten überall ausgegangen ist. Úie culpa des Versprechenden liegt hier nicht darin, dass dass er sich die Artikel nicht verschafft hat — er hat alles gethan, was in seiner Kräften stand — wohl aber darin, dass er einen Contract abschloss, ohne seiner Sache sicher zu seint Jahrb. f. Dogm. IV. 39. 1.

² Das Schuldmoment im röm. Privatrecht Vermischte Schriften 19: 1.

ben igazolhatná — amit pedig maga íhering sem akar.¹ Más utón is magyarázzák a szabályt, hogy a genus-adós magát vétlen képtelenséggel nem exculpálhatja. Aki fajlagosan meghatározott szolgáltatást vállal — azt mondják — az a forgalom felfogása szerint *garantiát vállal* azért, hogy az ígért szolgáltatást teljesíteni is fogja. A genus-adós e szerint azért felel a vétlen képtelenségért, mert ő ezt a felelőséget így vállalta.⁹ Ám ez a « hallgatólagost garancia valóságban nem más, mint «fictiv» garancia. Ez a módszer, mely a törvényszabályt úgy magyarázza, hogy azt mint «hallgatólag vállaltat» a felek lelkébe visszavetíti: amennyire elterjedt, annyira semmitmondó. Jellemző erre a «hallgatólagos garantiát az elnevezés, melylyel mások illetik: «törvényes garancia »-nak mondják. Vagyis garancia, melyet nem a fél vállal valóságban, hanem melyet a törvény vele vállaltat. Ez semmit sem magyaráz. Ez nem mond mást, mint: az adós azért felel a vétlen képtelenségért, mert — a törvény így rendeli.

Míg ilyen az állítólagos tétel magyarázata nem állja ki a kritikát: nem hiányzanak az irodalomban olyanok sem, kik magát a tételt is tagadják. Az élesemeljű *Hartmann* Gusztáv volt az, ki «Die Obligation stb.» című kitűnő könyvében³ először védte a tételt, hogy római jog szerint a bonae fidei iudiciumban a genus-adós [is felszabadul, ha a szolgáltatásra képtelenné válik, daczára annak, hogy megtett mindent, mi a fenforgó kötelmi viszonyban tőle ex bona fide várható. E szerint a genus-adós in concreto mentesülhet, daczára annak, hogy a lekötelezett genus nem szűnt meg merőben in rerum natura létezni. És hasonlóan *Brinz* is tanítja, hogy Rómában a bonae fidei iudiciumban (és a mai jog szempontjából csak ez érdekel) «a vétlen képtelenség felmentésre vezet-

¹ V. ö. *Windscheid* kritikáját az íhering culpa elméletével szemben: Pand. § 315, 7. jegyz.

² *Planck* Commentar ad § 279: «Es entspricht der Auffassung des Verkehrs, dass der Schuldner, solange nicht die Leistung aus der Gattung *unmöglich* wird, für die Leistung einzustehen hat, *ohne Rücksicht darauf ob ihm die Leistung subjectiv möglich ist, oder nicht.*

³ 249, 2»54 kv. 11.

hetett, noha a dolog még megvolt és eladó is volt».¹ Ezek az írók tehát nem tesznek különbséget a species- és a genus-tartozás esetében beálló képtelenség között. Sőt ide kell számítanunk első sorban magát *Windscheidet* is, ki, noha különben az egész tanban Mommsent követi, az utólagos lehetetlenülés tekintetében nem tesz különbséget species- és genus-adós között, és mindkettőt mentesíti, ha vétklenül képtelenné válnak a szolgáltatásra (§ 264, 3).²

Tényleg, ha utána nézünk Mommsennél, hogy mire alapítja az említett különbségtételt species- és genus-tartozás tekintetében: az eredmény igen sovány. Már maga az a tétel, hogy az utólag beálló képtelenség az adóst felmenti, ily általánosságban sehol sincs kimondva a forrásokban; annál kevésbé várhatunk oly tételt, mely a ki nem mondott szabály alól a genus-tartozások tekintetében kivételt statuálna. A források csak a tekintetben hoznak fel példákat, hogy az, ki bizonyos dolog át- vagy visszaadására köteles, e kötelessége alól mentesül, ha a dolgot tőle rablás, lopás, dejectio, ellenséges megrohanás stb. útján elvették, ha az átadandó rabszolga megszökött, vagy más vétkelen utón a tényleges vagy jogi dispositiót felette elvesztette;³ egy híres forráshely továbbá azt mondja, hogy az a körülmény, hogy a pénzadósnek nincs pénze, nem megy lehetetlenség számba (*impedimentum naturale*), ez csak nehézség (*causa difficultatis*), amely a kötelem fenállására befolyással nincsen;⁴ és ezzel egyezően: ha a kölcsönadós a pénzt elvesztette, ezért nem menekül kötelezettsége alól.⁵ Elegendők e helyek a kérdéses tétel támogatására? Hogy a pénzadós nem menekül az által, hogy pénzét elveszíti, az természetes, mert mindaddig, míg

¹ Pand. II 324 1.

² Sőt *Windscheid* annyira megy, hogy az adóst vétkelen szerencsétlenség okozta pénzhiány esetében is mentesíti (§ 277, 8. jegyz.). Igaz, hogy e pontban őt tudtommal senki sem követi.

³ Pl. 1. 1. §. 4. (44, 7): qui utendum accepit, . . incendio ruina naufragio rem quam accepit amiserit; l. γ (45, 1): si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur.

⁴ l. 137 §. 4. V. ö. 45, 1.

⁵ l. 1 §. 4 (44, 7) kezdete.

akárcsak egy utolsó inge is van, eladhatja, pénzzé teheti: itt szolgáltató-képtelenségről természetesen szó sem lehet. Az is érthető, hogy a források ott, ahol a tartozó dolognak naufragium, latrocinium stb. által való elpusztulásáról szólnak, species-tartozást tartanak szem előtt, mert rendszerint igaz az, hogy a genus-adós nem válik a szolgáltatásra képtelenné az által, hogy a tartozó genusból egyik-másik példány tönkremegy. De ha kivételesen a helyzet olyan, hogy a tönkrement példány in concreto nem vagy csak oly rendkívüli erőlködéssel pótolható, amelynek felfordítására az adós a fenforgó kötelmi viszonynál fogva *nem* köteles: hogy az adós ily esetben nem menekülne és hogy ily esetben, a ratio azonossága daczára, más szabály állana a genus- mint a species-tartozásra nézve, azt a felhozott forrásanyagból kiolvasni nem lehet. Amit a «genus nunquam perire censetur» parömia mondani akar, csak annyi: az adós rendszerint nem mentesül az által, hogy az általa szolgáltatni kívánt genus-példány véltlenül tönkrement; de hogy genus-tartozásnál egyáltalán nem állhatna be oly szolgáltató-képtelenség, mely az adós kötelezettségét megszünteti, ezt a genus nunquam perit szabálya nem jelenti. A véltlen szolgáltató-képtelenség tehát a genus-tartozásnál épp úgy nem jár kártérítéssel, mint a species-tartozásnál.

A német polgári törvénykönyv mégis a czáfolt értelemben codificálta a genus nunquam perit szabályát.

«§ 279. Ist der geschuldete Gegenstand nur *der Gattung nach* bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, *wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.*»

Ha a Windscheid Pandectáinak legújabb kiadója (Kipp) e tételre azt mondja: «dieser Satz stimmt mit dem gemeinen Recht überein (ad 255. §. 2.), szerintem sem az észrevétel, sem a vele approbált törvényszakasz helyesnek nem mondható. Ez a §. a genus nunquam perit igaz értelmének nem visszaadása, hanem tulhajtása és caricaturája. Még pedig három hiba az, mely ebben a szakaszban rejlik:

1. Az első hiba a Mommsen tanításának codificatiója:

hogy mindaddig, míg a genusból csak egy egyetlen példány is megvan még a földön, az adósnak hozzáférhető összes többi példányok vétlen elpusztulása őt sem a késedelem alól nem exculpálják (v. ö. 285. és 279. §.!), annál kevésbé a kötelezettség alól fel nem mentik. Ebben, mint kimutattuk, nincs benső igazság.

2. De a német 279. §. a Mommsen tételét még sokkal szélesebbre is terjeszti. Mommsen ugyanis csak arra az esetre állítja fel a maga tételét, ha az adós a tartozó genusbeli dolgot a maga tényleges vagy jogi dispositiója alá nem szeretheti: csak ezen okára a képtelenségnek nem hivatkozhatik Mommsen szerint a genus-adós. Ellenben ha más ok gátolja a szolgáltatásban, az szerinte is mentő ok lehet: tehát pl. az adós a fix-határidőben nem szállíthat, mert hirtelen megbetegedett, vagy mert vasúti szerencsétlenség történt, a rendeltetési hely elemi akadályok miatt hozzá nem férhető stb.¹ A német 279. §. szerint pedig ily esetben is felelni fog az adós: ez a következmény pedig a genus nunquam perit ratio-jával sehogy sem egyeztethető össze.

3. Míg az eddigiek szerint a bírált szakasz tág, addig más irányban szűk. Mert a törvénykönyv nem intézkedik sem e §-ban, sem másutt arról a mindennapi esetről, amikor az adós nem genussal, hanem speciessel tartozik, de ezt vagyonihiány miatt szolgáltatni nem képes. Pl. az eladó, kinek egy egyedileg meghatározott képet, lovat kellene szolgáltatni, nem rendelkezik kellő pénzről vagy hitelről, hogy azt megszerezhesse; vagy a meglevő képet, lovat az ő hitelezői lefoglalták; vagy időközben csődbe jön stb. A 279. §. ilyenkor nem alkalmazható, mert az adós nem genussal tartozik. Pedig itt nyilván meg nem engedhető, hogy az adós az utólag beállott subjectiv lehetetlenségre hivatkozassék, ha mindjárt vétlenül jutott is szorult helyzetébe: máskülönben a vétlen csődbejutás kötelemszüntető tény volna, amiről pedig szó sem lehet. Amint a német törvény 275. és 279. §-ai szólnak, azt kell mondanunk, hogy a vétlen vagyontalanság a

¹ Mommsen, szerint ily esetben a genus-adós szabadul. L. Beiträge I. 28. 1.

species-tartozás esetében kimenti az adóst, és ez eredmény annál hihetőbb, mert Windscheid, kinek befolyása a törvénykönyvre ismeretes, csakugyan így tanítja (Pand. 277. §. 8. jegyzet).

Csakhogy e tan gyakorlati alkalmazása szinte képzelhetetlen. Hova jutnánk, ha eladóm az áru szállítását, bérbeadóm a lakás kötelezett rendbehozatalát, a conductor operis a kötelezett mű előállítását stb. megtagadhatná egyszerűen az alapon, hogy a szükséges pénzt előteremteni nem volt képes! Ha tehát a *genus nunquam perire censetur* szabályának valami megfelelőt akartak fölvenni a törvénykönyvbe, akkor éppen ezt kellett volna valami alakban kimondani, hogy a vétlen vagyonihiányra az adós mentő okul nem hivatkozhatik.¹ Ez a legfontosabb következménye a *genus nunquam perit* igaz értelmének, és éppen ezt nem mondta ki a német törvénykönyv.

Egy másik kétséges és érdekes esete a vétlen képtelenséghez fűződő kártérítési kötelességnek: *kereskedelmi törvényünk 34.8. §-a*:

«Ha az áru a kikötött vagy törvényi kellékeknek meg nem felel, a vevőnek jogában áll az ügylettől elállani, vagy a vételár aránylagos leszállítását igényelni. *E mellett mindig esetben a netaldni kdr megtérítését is követelheti*»

Amint e §. szóhangzata szól, az eladó az elállás és ársökkentés esetében *kártérítésre köteles*, tekintet nélkül vétkesen vagy vétlenül szolgáltatotta-e a hibás minőségű árut. A következőkben azt az esetet tartjuk szem előtt, hogy *species-vétel* történt és az áruban már a vétel megkötésekor

¹ A magyar tervezet a német 279. §. helyett, sokkal helyesebben, azt mondja: «i 165. §. Aki pénzbeli vagy oly szolgáltatásra kötelezte magát, amely az ő részéről költséget tesz szükségessé, fizetőképességért feltétlenül felelős». Cakhogy a formulázás még így is szűk: eladóm nem hivatkozhatik arra, hogy a nekem tartozó képet hitelezői lefoglalták vagy elárverezték; pedig itt nekem sem pénzzel, sem oly szolgáltatással nem tartozik, mely az ő részéről költséget tesz szükségessé». Igenis, ha azt akarta adósom, hogy hitelezői a nekem tartozó képet le *ne* foglalják: ez csakugyan költséget tett volna szükségessé. Cakhogy nem lehet mondani, hogy adósom nekem azzal *tartozik*, hogy hitelezői a képet *le ne* foglalják.

valami hiba lappangott, melyről az eladó *vétlenül* nem tudott és mely többé *helyre sem hozható*,

Ezt a tényállást már most kétféleképpen bírálhatjuk meg. Vagy így fogjuk fel: a vevő *ezt* a concret dolgot vette a ki-alkudott árban, vette pedig ezt és ebben az árban *azért, mert* hibátlan minőségűnek tartotta. Ha tehát később kiséül, hogy tévedett, e tévedés, mint a jogügylet *indokában* forgó, az ügyletet szabály szerint nem alterálhatná: az ügyletnek meg kellene állnia.

Vagy foghatjuk fel imígy: a vevő *ezt* a dolgot, *mint hibátlant* vette meg és az eladó annak *hibátlan állapotban* való szállítására kötelezte magát. Ámde ez lehetetlenség, még pedig már a vétel megkötésekor fenálló, u. n. objectiv lehetetlenség, mert *ezt* a *hibás* dolgot *hiba nélkül* senki sem szolgáltathatja. Az ügylet tehát ezen felfogás szerint az impossibilitium nulla obligatio szabálya értelmében: semmis.

A római jog egyik következményt sem vonta le.

Nem vonta le az első felfogás következményét, mert az ügyletet nem mondta ki megtámadhatatlannak. De nem vonta le a második felfogás következményét sem, mert nem mondta ki a lehetetlenség okából semmisnek sem. Tényleg az u. n. minőségi szavatosság intézménye kivétel mindkét emiített szabály alól, mely egészen sajátos utón halad.

Lehet-e mondani, hogy a római jog az első felfogás szerint értelmezi az adás-vételt? Nem lehet, mert különben érthetetlen, miért ad helyt az árleszállítási és elállási kereseteknek, amikor hiszen az eladó azt szolgáltatatta, amire köteles volt.

Lehet-e mondani, hogy a második felfogás szerint értelmezi? Nem lehet, mert különben érthetetlen, miért nem adja meg a teljes interessé iránti kártérítési keresetet, amikor hiszen az eladó *nem* szolgáltatatta azt, amire (ezen felfogás szerint, ha a lehetetlenség szabályát félretette) köteles volt. Ennyiben tehát a római jog rendezése a középúton halad a két felfogás között: meg engedí támadni az ügyletet (actio redhibitoria) vagy árcsökkenést enged (a quanti minoris) — de se megtámadhatatlanságot, sem teljes érdektérítést nem ismert el.

Teljes kártérítést csak akkor adott (*actio emti*), amikor az eladó a kár megtérítését egyenesen *felvállalta* (garantálta: *dictum promissum*), vagy *vétkesen okozta.*»

A római jog ez álláspontjától, legalább első olvasásra, eltér a mi 348. §-unk. Kötelezi az eladót az elálláson és ár-csökkentésen *felül* minden esetben, tehát tekintet nélkül hibájára, a «netaláni kár megtérítésére» is. Öntudatos ez az eltérés? Nem hiszem. A 348. §. egyike azoknak, miket a magyar törvényszerkesztő nem a német kereskedelmi törvényből vehetett át, mert ott ez irányban nincs intézkedés. A magyar §. mintája itt nyilván az osztrák polgári törvénykönyv 932. §-a volt: «...so kann der Verkürzte die gänzliche Aufhebung des Vertrages, . . . diesen Nachtrag, *tn bei den Fällen aber auch den Ersatz des weitern Schadens.* . . . fordern.» Csakhogy ezen §. is felette homályos. Mert mire irányul az a «kártérítés», melyet a redhibitoria esetében ^a megad? Hasenöhrl szerint a «teljesítési érdek»-re.³ Csakhogy a teljesítési érdeket a keresk. törvény «nem teljesítés miatti kártérítésinek nevezi és pl. a 353., 354. §-okban a szerződéstől való «elállással» egyenesen ellentétbe helyez. És joggal. Aki «nem teljesítés miatti kártérítést» követel, az a maga szerződési érdekét liquidálja; ezt pedig csak a szerződés *alapján*, nem pedig a szerződéstől való elállás után, azaz a szerződési alap *elejtésével* lehet követelni. A szerződéstől elállani («mintha az meg sem kötött volna: 353. §.) és teljesítési érdeket követelni: *contradictio in adjecto*. Maradna még az a kártérítés pedig, melyet *Krainz*» említ, hogy a vevőnek a tett kiadások megtérítendő stb., azaz az u. n. negatív kár megtérítése. Ez a *pandectairadalomban* is elterjedt nézet és Ihering az *actio redhibitoriát* egyenesen negatív kártérítési keresetnek nevezte.⁵

¹ *Windscheid* Pand. § 393.

² Vajon van-e e §. alapján helye a *quanti minoris*nak is? az osztrák jogban vitás. Mellette: *Krainz* § 322, ellene *Hasenöhrl* II. 476. 1. 89. j.

³ II. 476. 1. «Es gebührt ihm alsó das Erfüllunginteresse und dieses besteht aus der Differenz zwischen dem, was er gehabt hätte stb».

⁴ §322', 13. jegyz.

s Dogm. Jahrb. IV. 17. 1.

Csakhogy egész komolyan ezt a tételt senki sem meri keresztülvinni a pandectajog terén sem. Így pl. Windscheid elvül állítja fel, hogy *mindkét fél* ugyanabba az állapotba helyezendő vissza, amelyben lenne, hogyha a vétel meg se kötöttet volna»¹ és ez a tan körülbelől uralkodónak is mondható.³ Ámde ez a tétel a negatív kártérítés tételével össze nem fér. Mert az utóbbi tétel szerint bizonyos, hogy a vevőnek megtérítendők nemcsak a megvett dologra tett összes kiadások, nemcsak a dolog által directe okozott kár (pl. a molyos portéka molyossá tette a vevő összes prémneműjét, a beteg ló átragasztotta betegségét az egész istállóra stb.), hanem azt a hasznot is, melytől a vevő ezen vétel megkötése okából elesett, pl.: a vevő, ha ezt a hibás árut meg nem vette volna, másutt fedezte volna szükségletét, aminek továbbelárúsítása által tetemes nyereséget ért volna el; vagy: a vevő, bizva a megvett áru hibátlanságába, azt kötbér kikötése mellett továbbadta — kisülvén most az áru hibás volta, ő saját vevőjével szemben nemcsak a továbbeladási nyereségtől esik el, hanem kötbért is kell fizetnie. Mindez benne van a negatív kárban: mindez a kár nem érte volna, ha a vételt meg nem köti. Am ha az eladót mind ennek megtérítésére kötelezzük, akkor meg ő nincs «in integrum restitua», mert akkor meg az ő helyzete sokkal rosszabb, mint ((amelyben lenne, hogyha a vétel meg se kötöttet volna». Nem is vonja le ezt a következtetést senki sem. Még a dologra tett kiadásokat is csak annyiban ítéli meg Windscheid, «amennyiben azokat az eladó is tette volna», a dolog által okozott pozitív károsítást pedig csak azzal a korlátozással téríteti meg, hogy megadja az eladónak a noxae datio jogát.³

Az osztrák jog szempontjából *Krainz* még ez utóbbi korlátozással sem ismeri el a kártérítési kötelezettséget. Jellemző

¹ Pand. §. 394: 2; V. ö. fr 23 § 7 (21, 1): *utrumque i. e. venditorum et emptorem quodammodo in integrum restituere debere.*

² *Arndts* Pand. § 304.

³ § 394: 9 Ígyz« Mások még e korlátozással sem ismerik el ezt a kártérítési kötelezettséget: *Dernburg* Pand. 100 l. f. *Hanausek* Haftung des Verkäufers I 139 kv. 11: Nem ismeri el e kártérítést a pandectajogi praxis sem. L. uyanott 141. 1.

a Krainz érvelése: «minthogy (a noxae datio szabályai) az osztrák jogban nem alkalmazhatók és az 129§. és 1306. §-ok vétséget tételeznek fel, ilyen nélkül csak a tett kiadások megtérítése stb. követelhető».¹ Sőt a szövegben is úgy tanítja, hogy az elálláson és árcsökkenésen kívül az eladótól követelhető: «Ersatz des allfällig *verschuldeien* Schadens».

Ha a tan ez állását a pandectajog és az osztrák polgári törvénykönyv területén szem előtt tartjuk, mely utóbbiból vette magát a mi 348. §-unk: kételkedve kell néznünk az e §-ban statuált kártérítési kötelezettséget. Hozzájárul a következő érvelés magából a keresk. törvényből. Az eladó a 342. §. szerint az átadás megtörténteig az eladott dolgot a rendes kereskedő gondosságával megőrizni tartozik. Azaz: ha az áru a szerződéskötés és átadás között a kellő gondosság kifejtése daczára megromlott, az eladó nem felel. Ez kifejezett megtagadása a 348. §. kártérítési kötelezettségének. Az eladó, akinek kezében az áru — részéről való hiba és szállítási késedelem nélkül — megromlott, ki van ugyan téve annak, hogy a vételárt ne (*actio redhibitoria*) vagy ne egészen kapja (*actio quanti minoris*): ez csak következménye annak, hogy a «veszélyt» az átadásig (342., 344. §.) az eladó viseli. De a *vétlen* romlásért, a 342. §. világos kijelentése szerint, *kártérítéssel* nem tartozik. Ezt tartva szem előtt, megtaláljuk a 348. §. igaz értelmét is.

E §. szerintem nem *statuál* kártérítési kötelezettséget az eladó terhére sem a pozitív, sem a negatív kár tekintetében. Amit e §. tételiesen *rendel*, az csak az elállás és az árcsökkenés joga. A hozzátétel: «e mellett mindegyik esetben a netaláni kár megtérítését is követelheti» csak annyit akar tisztázni, hogy az elállás vagy árcsökkenés *épségben hagyja* a vevő kártérítési igényét is, *ha ugyan* neki általános elvek szerint *kártérítés jár*. Hogy mely esetben jár neki kártérítés, arra e §. nem ad választ, erre az általános elvek irányadók. Ezek szerint pedig az eladó elvileg csak *vétsége* esetében felelős. A 348. §. tehát szerintem *nem* szaporítja a vétlen felelősség eseteit.

¹ § 322: 13. jegyz.

II. *Felelősség megengedett károsító cselekményünkért* A «*qui jure suo utitur neminem laedit*» római jogi tétele csak azt a magától értetődő logikai tételt mondja, hogy aki jogszerűt tesz, nem tesz jogellenest, amit a logikusok így fejeznek ki: A nem nem-A. De éppen azért, mert logikai tétel, merőben formális; anyagilag e tétel semmit sem rendel. Mert a kérdés az egyes adott esetben éppen az, hogy mennyire terjed a «*jus meum?*» Ugyanaz a tipikus jog, a szerint amint másnak ilyen-olyan érdekével coliidái, hol többre, hol kevesebbre terjed. Gondoljunk csak az ingatlan tulajdonjogra, melynek más-más szomszéd viszony ok más-más határt vetnek. Másfelől, ha jogom gyakorlásával nem is követek el jogellenességet: a jog engem akárhányszor a jogszerű cselekményem által okozott kár megtérítésére is kötelez.

Az ide tartozó esetek röviden az *érdek-collisio* szavával jelölhetők. A törvényhozó ez esetekben kétféle álláspontot foglalhat el. Vagy azt mondja: *A.* bizonyos cselekményét, minthogy a *B.* érdekébe ütközik, *megtiltom*; vagy pedig: megengedem, de csak *B.* kártalanítása mellett. Az első esetben *A.*, ha a cselekményt mégis végbeviszi, *alium laedit*, a másik esetben *suo jure utitur*: de mindkét esetben kártérítéssel tartozik. E két eset mellett van még egy harmadik és negyedik is: *tilos* érdeksértés de kártérítési kötelezettség *nélkül*; és *megengedett* érdeksértés kártérítési kötelezettség *nélkül*. Ebben a schémában az első és a negyedik eset mai jogunkban a szabályt, a második és harmadik a kivételt képezik. De mik azok az érdeksértések, amelyeket a törvényhozás tilt és mik azok, melyeket megenged? erre a kérdésre éppoly kevésbé lehet elvi választ adni, mint arra a második kérdésre, hogy a tilos és a megengedett érdeksértések közül a kártérítés tekintetében, melyek esnek a szabályos és melyek a kivételes elbánás alá? Innen van, hogy akárhány cselekmény tekintetében, melyhez a törvény a kártérítés következményét fűzi, vitás, vajon a cselekmény a törvény értelmében tilos-e vagy sem? Abból, hogy a törvényhozó *büntetést* fűz valamely cselekményhez, mindig következik, hogy tiltja is; abból, hogy *kártérítést* nem következik. E kérdés tehát esetről-esetre értelmezési, még pedig sokszor nehéz értel-

mezési kérdés. Mai törvényeink a tilalmat ritkán szokták közvetlenül kifejezni, hanem rendszerint csak a tilalomszegés *következményét* mondják ki. Nem beszélnek így: «Senkise vegyen el stb. idegen ingó dolgot (főtétel); ha mégis teszi, akkor (így meg így) büntetessék (= sanctiós tétel)» hanem így: *A ki idegen ingó dolgot stb. elvesz... (így meg így; büntetessék.)* Minthogy pedig, mint mondtam, a kártérítés joghatása úgy a megengedett, mint a tilos cselekményhez fűződhetik: esetről-esetre nehéz értelmezési kérdés, vajon egy kártérítést rendelő törvényszabály *önálló fMétel-e* vagy csak egy (alattomban értetődő) *tiltótétel sanctiója*? A problémának, mely itt foglalkoztat, érdekes párdarabja van a jogügyletek tanában. A jogügylet rendszerint megengedett cselekmény, tilos cselekménytől a jog rendszerint megtagadja a jogügyleti elismerést. De ez nincs mindig így. A törvény tiltja, hogy az özvegy nő házasságának megszűnésétől számított tiz hónap eltelte előtt házasságot kössön; de ha köt, ez mégis érvényes házasság. (1894: XXXI. 24. §.). Idegen ingó dolognak eltulajdonító szándékkal való elvétele tilos; de ha megtörténik, a birtokbavétel joghatásai (birtokvédelem) mégis beállanak. Hasonlóan vagyunk az u. n. *leges imperfectae* minden esetében: a jogügyleti cselekmény tilos, de a célba vett hatást éppúgy szüli, mintha meg volna engedve. Így viszont a fenti esetekben: a károsító cselekmény meg van engedve, de a kártérítési hatást éppúgy szüli, mintha meg lenne tiltva.

Ily esetek a következők:

a) *A szükségfog* (végszükség). Míg a jogtalan támadás ellen való *önvédelmet*¹ (u. n. moderamen inculpatse tutelse) az uralkodó tan mindig *jogos* cselekménynek tekintette,

¹ Furcsa lapsus calami csúszott be a magyar büntetőtörvény 79. §-ába, mely a jogos önvédelem definitióját adja: *Jogos védelem az, mely akár a megtámadottnak, akár másnak személye vagy vagyona ellen intézett . . . megtámadásnak elhárítására szükséges.* Hiszen a «megtámadás» mindig csak a «megtámadott» ellen lehet intézve, az *takar másnak* szavaknak így nincs értelmük; ha pedig az «akár másnak» szavakat meg akarjuk tartani, akkor «a megtámadottnak» helyébe «a védekezőnek» vagy «a tettesnek» szavak teendők. A novella-szerkesztők figyelmébe!

mely kártérítésre nem kötelez¹, addig *végsszükségben* elkövetett cselekmény tekintetében máig eltérnek a vélemények, úgy a cselekmény jogos vagy jogtalan volta, mint annak tekintetében, kártérítésre kötelez-e vagy sem? A római jog forrásai szerint a cselekmény magában véve *tilos* ugyan, de ha mégis elkövetetik — minthogy a subjectiv vétség hiányzik — kártérítésre nem kötelez.» Az újabb írók nagyobb része a végsszükségi cselekményt *megengedettnek* és ezért kártérítés alól mentesnek mondja.³ Ujabban túlsúlyra jut a nézet, hogy a végsszükségbeli cselekmény *megengedett* (jogos) cselekmény, de azért kártérítésre kötelez.⁴ Közvetítő állást foglal el a német codex. A megengedetség vagy tilosság kérdésében csak annyit mond, hogy a cselekmény nem «widerrechtlich» (§ 228); a kártérítés tekintetében pedig különbséget tesz, vajon a végsszükséget maga az a dolog okozta-e, amely ellen végsszükségbeli cselekményem irányul, vagy más körülmény? A második esetben feltétlen kártérítés jár, az első esetben csak annyiban, amennyiben a végsszükség előidézésében magam hibás vagyok.⁵

Azonban a törvény határozatlan kifejezőmódja daczára kimutatható, hogy a végsszükségbeli cselekmény a német törvény *anyagi* intézkedéseinél fogva *jogos* cselekmény;⁶

¹ fr 45 § 4 ad leg. Aqu. (9, 2): vim enim vi defendere omnes leges omniaque jure permittunt.

² fr 49 § 1, fr 29 § 3 ad leg. Aqu. (9, 2); fr 3 § 7 de incendio (47, 9); fr 7 § 4 quod vi aut clam (4), 24); fr 14 de praescr. verb. (19, 5).

³ Windscheid: Pand. II § 455", Dernburg: Pand. II § 131»

⁴ Bekker: Pand. I 70 1.

⁵ Titze Die Notstandsrechte (Lipsee 1897) 100 és köv. 11.

228. és 904. §§. E két szakasz változatos történetéről a codificáló bizottságban I. Endemann: Einführung I § 88, 2. jegyz.

⁶ A német törvény — nem szerencsés terminológiával — a tilosság megjelölésére felváltva használja e kifejezéseket «widerrechtlich» (227, 228, 229, 231, 125, 858 §§) «rechtswidrig» (§ 227) «unerlaubt» (25 czíro feliratában és szövegében passim) «unzulässig» (§ 226). A megengedetség kifejezésére néha a kettős negatiót használja: «nicht widerrechtlich» (227—229 §) «Der Eigenthümer... ist nicht berechtigt... zu verbieten» (904 §). Épen ez utóbbi §-nak a 228 §-al való összevetéséből tűnik ki, hogy a végsszükségbeli cselekmény a német törvény felfogása szerint egyenesen *jogos* cselekmény. E § a veszélyben forgó személynek egye-

jogos cselekmény még azon esetben is, midőn a végszükséget maga a cselekvő idézte elő (128. §. második mon-

*nese*n jogot ad az idegen dologra való «behatásra». Már pedig a 228. §. esete *nem egyéb mint a 904. §. a/esete*, mint a két § egymás mellé állításából kitűnik:

§ 228

§904

Der Eigenthümer einer Sache Wer eine fremde Sache be- ist nicht berechtigt, die Einwirkung schädigt oder zerstört, um eine eines Anderen auf die Sache zu *durch sie* drohende Gefahr von sich verbieten, wenn die Einwirkung oder einem Anderen abzuwenden, zur Abwendung einer gegenwärtig handelt nicht widerrechtlich, wenn tigen Gefahr nothwendig und der die Beschädigung oder die Zer-drohende Schaden gegenüber dem störung zur Abwendung der Gefahr aus der Einwirkung dem Eigenerforderlich ist und der Schaden thümer entstehenden Schaden un-nicht ausser Verhältniss zu der verhältnissmässig gross ist. Gefahr steht.

Egyébiránt e két § nem szerencsés törvényhozási alkotás: se alaki, se tartalmi tekintetben. *Alaki* tekintetben nem, mert e két § szövege nem harmonikus. (228 §: Beschädigung oder Zerstörung 904 §: Einwirkung; ott: zur Abwendung der Gefahr erforderlich, itt: zur Abwendung einer *gegenwärtigen* Gefahr nothwendig; stb. stb. — pedig a merőben különböző szövegezés, ugyanezt a tényállást akarja kifejezni, az egész *tartalmi* eltérés csak a 228. §. «durch sie» szavaiban van.) *Tartalmi* tekintetben a két § oly megkülönböztetésen alapszik, mely gyakorlatilag alig vihető keresztül és nem is igazságos. Mert hogy a veszély a dolog *által* támadt-e, mely ellen a végszükségben cselekményt elkövetem: sokszor önkény nélkül el nem bírálható. Ha a szomszéd ház ég és én azt lebontom, hogy saját házamat védjem: kétségtelenül a lebontott ház *által* állt elő a veszély; de ha a tőlem harmadik ház ég és én a továbbterjedést megakadályozandó a közvetlen szomszéd házat lebontom: a 228. §. vagy 904. §. esete forog fen? A veszélyt keletkeztető ok itt a harmadik ház — de a továbbterjedés oka a szomszéd ház, mert hiszen ha ez nem volna, a tűz hozzám se juthatna. Amily nehéz az efféle megkülönböztetés, oly igazságtalan a hozzá fűzött jogkövetkezmény. A 228. §. esetében ugyanis a veszély kártérítés kötelezettsége nélkül hárrítható el, holott a 904. §. esetében feltétlenül kártérítés jár. (228. §.: Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadenersatz verpflichtet.» 904. §.: tDer Eigenthümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.t) Ez a különbségtétel a törvény egyéb intézkedéseivel ellenkezik. A német törvény szerint ugyanis az a kár, melyet valamely ingó vagy ingatlan dolgom (állatoktól eltekintve, melyek kártételeiről alább külön szólok) saját hibám nélkül okozott, általam *nem* térítendő meg. Ha tehát *véletlenül* tűz üt ki házamban és a tűz a szomszéd házra terjed; ha a kertem szélén álló fa *véletlenül*

dat);¹ a kártérítési kötelezettség tehát még ez utóbbi esetben is nem *ex delicto*, hanem *megengedett cselekményből* (*ex lege*) áll elő.

Hazai jogunkban a végszükségbeli cselekményről csak büntető-törvényeink beszélnek, aminthogy a kérdés dogmatikáját is csak büntetőjogászaink tárgyalják.⁹ Magánjogi következményeiről, jelesül a kártérítés kötelezettségéről nem értekeznek, döntvénytárainkban sem találtam esetet, hogy bíróságaink a végszükségbeli cselekmény kártérítési következményéről határoztak volna. Két speciális törvényünk van csak, mely e pontban intézkedik. Az egyik a vízjogi törvény (1885: XXIII. tcz.), melynek 66. §-a szerint: «veszély esetén a hajók és tutajok bárhol kiköthetnek, kirakodhatnak és partra vontathatók; ezen esetben azonban a parti birtokos *az okozott károk . megtérítését igényelheti*»; a másik az erdő-törvény (1879. évi XXXI. tcz.), melynek 81. §-a szerint: «ha valakit útközben... oly baj ért, mely miatt kénytelen volt *erdei kihágást* (?) elkövetni... úgy ezen cselekmény nem bün-

ledől és a szomszédom » üvegházát betöri; ha az általam (*hibátlanul*) letétbe helyezett tűzveszélyes tárgyak explodálnak és a letéteményesnél kárt okoznak stb.: én a kárért felelős nem vagyok. Miért viselem hát én a kárt, ha a másik — a veszélyt megelőzve — a veszélylyel fenyegető dolgomat elpusztítja? Ez annyit tesz, minthogy a törvény engem a dolgom által *fenyegető* kár ezimén jobban sújt, mint az általa már *előidézett* kár czimén. Az igazság azt követeli, hogy aki végszükségben a más dolgát pusztítja, ezt csak kártérítés mellett tehesse; hogy maga ez a dolog volt a végszükség oka, csak oly dolgok tekintetében képezhet kifogást, amelyek által okozott kárt okért a tulajdonos feltétlenül felel (állatok: német törvény § 833).

¹ Tehát ha pl. magam izgattam addig a kutyát, míg nekem ront, és ekkor lelövöm: kártérítésre vagyok ugyan köteles, de a védekezés (végszükségi cselekmény) még ez esetben is *jogos* cselekmény. Ez következik a 904. §-ból a majoré ad minus. Mert ha a 904. §. szerint *jogosan* pusztíthatok *bármely neutrális* dolgot, melyre a végszükségben rászorulok, akkor is, ha magam okoztam a végszükséget: annál inkább kell ennek állania magával a *fenyegető* dologgal szemben. Ezenfelül: ha a törvényhozó az ilyen cselekményt jogtalannak fogta volna fel, akkor a 228. §. 2. mondata felesleges intézkedést tartalmazna, mert ez esetben a kártérítés már a 823. §-ból következnek.

² *Illés Károly*: A büntetőtv. magyarázata (1894.) I. 288—306. II. *Fayer László*-. A magyar büntetőjog kézi könyve (1895.) I. 78. 1.

tettetik mint kihágás. Az okozott kár *vagy* az eltulajdonított dolog értéke (?) azonban *ez esetben is megtérítendő»*; és 103. §-a szerint: «ha... valamely állat csakis az erdőbe való menekülés által óvathatott meg a fenyegető közvetlen veszélytől, ez esetben a büntetésnek nincs helye, *az okozott kár azonban ez esetben is megtérítendő*».

Vajon e speciális törvényes intézkedések elegendők-e, hogy azok alapján kimondjuk a tételt, hogy mai hazai jogunkban minden közvetlenül fenyegető veszély elhárítása céljából a «magánkisajátítás joga» van elismerve?» Ezt nem hiszem, sőt de lege ferenda sem ajánlanám ez elvnek oly szertelen elismerését, melyet a német törvény 904. §-a magában foglal. A német törvény sem azt nem kérde, *miféle* érdek veszélyeztetik, sem azt, *vétlen* volt-e a veszély? Máris vitatkoznak a német írók, hogy ki lehet-e zárni a 904. §. szerinti «magánkisajátítás» jogát az ilyen esetekben: Valaki sétakocsizásom közben kényszerít engem, hogy kocsimból kiszálljak és neki átengedjem, minthogy közelben más kocsni nem kapható és neki a legközelebbi vasúti vonatot el kell érnie, mert neki Bécsben fontos üzletet kell megkötnie!» Vagy hideg téli

¹ E találó kifejezést használja *Titze*: Die Notstandsrechte 109. 1. és nálunk *Zsögbd*: Fejezetek kötelmi jogunk köréből 640. 1. Zsögöd a fenti idézett két törvényhelyen kívül a végszükségi kártérítés példájául még az 1888: X. tcz. (a tenger alatti kábelek védelme iránt kötött nemzetközi egyezmény) 2. cikk 2. bekezdését is idézi. Ámde e beczikkelyezett nemzetközi szerződés idézett cikke nem statuálja a kártérítést. Első bekezdésében rendel, hogy az, ki a kábelt megsérti, megbüntettessék, «*érintetlenül hagyatván* a kártérítésre irányzott polgári keresetjogot, vagyis: e tekintetben az egyes országokban *fenálló* szabályok, *amennyiben* kártérítést rendelnek, fenmaradnak. És azután folytatja a második bekezdés: *IEzen rendelkezés nem terjed ki* azon elszakításokra vagy megrongálásokra, amelyek tetteseinek nem volt más, mint azon jogos céljuk, hogy életüket vagy hajóik biztonságát védelmezzék, stb.» Ezen 2. bekezdés tehát, még ha az 1. bekezdést úgy érteimeznők is, hogy rendszerint kártérítést *rendel*, e rendelkezést a végszükség esetére *kizárja*. Az 1888. évi XII. tcz., mely a fenti nemzetközi egyezmény alapján a büntető határozatokat megállapítja (és voltaképen *ez* a mi hazai kábelvédelmi törvényünk, mely az *alattvalókat* kötelezi, a X. tczikk mint szerződés csak az aláíró *államokat* kötelezi) 7. §-ában szintén a büntetés alól kiveszi a végszükség esetét, de kártérítést nem statuál.

² *Endemann*: Einführung I. 380. 1. 16. jegyzet.

estén a kaszinó előszobájában valaki, kinek téli kabátját ellopták, vagy ki vigyázatlanságból csak könnyű felöltőt hozott magával, elviszi az én meleg bundámat: mert ő igen könnyen meghül, én pedig bebizonyíthatólag erős egészségű ember vagyok, kinek a nátha könnyen meg nem árt!¹ Hova jutunk ily szertelen «szükségjoggal»? Ha a német törvény 904. §-át elfogadjuk, nem látok módot, hogy éhinség esetében a pék vagy a mészáros boltjának kirablása ellen védekezzék. Ha védekezik, akkor cselekménye nem jogos önvédelem (mert önvédelemnek csak *jogtalan* támadás ellen van helye), hanem jogtalan támadás, melynek legyőzésére a rablónak még ölni is szabad! Sőt éhinség se kell: bármely munkakerülő csavargó, mihelyt az idő a szabad ég alatt egészségellenesen nedves vagy hideg, vagy mihelyt «veszélyesen» éhes: jogosan betörhet házába, kényszer útján megétekezhetik nálam és letelepedhetik. A «kártérítési kötelezettség» megvan ugyan — de az efféle «magánkisajátítók» többnyire nem töképezések, hiszen a «veszély» többnyire épen abból áll elő, *mert* vagyonuk nincsen. Nem kételkedem benne, hogy a német praxis ezt a 904. §-t nagyon megszorítólag fogja *alkalmazni*. Nekünk pedig jó lesz erre már a magánjogi törvénykönyv *fogalmazásánál* is ügyelni.

b) A *végzsükség* esetén *kivül* is meg van engedve az *idegen dologra való behatás*. Ide valók a tulajdonnak és különösen az ingatlan tulajdonnak mindenféle u. n. «korlátolásai» idegen magánérdek szempontjából: a törvény megengedi, hogy bizonyos esetekben a más dolgára behassak, az okozott kárt azonban meg kell térítenem.

Ilyen behatások:

a) *Jogos behatások a szomszédviszony alapján*. A telektulajdonos bizonyos behatásokra a szomszéd telekre kártérítési köteletség *nélkül* van feljogosítva. E jogosítványokat a «szomszédjog» neve alatt szokták összefoglalni, ilyenek pl.: a szokásos u. n. *immissiókra* való jog (a szomszéd meg nem tilthatja, hogy telkemről a füst, gőz, szag, lárma stb. hozzá át

¹ Valahol egész komolyan a 904. §. eseteként olvastam, de most a helyet nem bírom megtalálni.

ne hatoljon, ha ugyan a szokásos mértéket meg nem haladja); szomszédom a telkére áthajló ágakat, gyökereket bizonyos mértékben túrni köteles; szomszédom — római jog szerint — köteles túrni, hogy épüлетem határfala egy fél lábon alóli távolságig az ő telkére áthatoljon; szomszédom — római jog szerint — túrni köteles, hogy a telkére hulló gyümölcsseimet bizonyos időközökben felszedjem; túrni köteles — római jog szerint — hogy a telkére áthajló ágak megnyesése végett telkére léphessek stb. stb.

Vannak azonban más jogos behatások, miket a szomszéd csak *kártérítés mellett* köteles túrni. Ilyen pl. a *szükség-ül* (Nothweg), mely engem, némely jogok szerint, szomszédom telkén át illet, ha saját telkemnek valamely közúttal nincs összeköttetése."

p) *Más viszonyok alapján* is vannak idegen behatások, miket a tulajdonos *kártérítés nélkül* túrni köteles. Így: a parttulajdonos kártalanítás nélkül tartozik a vontatásra u. n. *vontató utat* hagyni emberek és állatok számára, hajók és tutajok kikötését bizonyos hatóságilag kijelölt helyeken engedni. (1885: XXIII. tcz. 66. §.). A ház- és földtulajdonosok kártérítés nélkül túrni kötelesek, hogy a közhasználatú távírdák, távbeszélők és villamos jelzők huzalai épületeik és földjeik fölött a légürben elvezettessenek (1888: XXXIX. tcz. 7. §.). A parti birtokos túrni köteles, hogy a vízben támadó szigetek vagy iszapolások folyamszabályozás vagy a hajózás érdekében 30 éven belül a területért való minden kártalanítás nélkül eltávolíttassanak (1885: XXIII. tcz. 7. §.). Az ipari vállalat céljaira szolgáló víznek a törvény határozta feltételek mellett öntözésre való felhasználását a hatóság kártalanítási kötelesség nélkül engedélyezheti (u. o. 30. §.). Ragadós betegségek kiirtása céljából a hatóság rendelte leöléseknél a tulajdonos kártalanítást nem kap, ha az állat ragadós tüdőlobban, veszettségben stb. betegnek találtott; valamint ha kutya vagy macska a veszettségnek vagy fertőzésnek gyanúja miatt irtatott ki (1888: VII. tcz. 105. §.). Egyéb esetekben is a

¹ Német törv. 917. §. Nálunk ez intézmény ismeretlen. L. azonban az u. n. «vontató útra» alább.

ragadós betegségben szenvedő állat kiirtásáért csak a becsérték $\frac{1}{2}$ része követelhető kártérítés czímén, a kár többi része meg nem térítetik (u. o. 106. §.).

Más behatásokat azonban a tulajdonos csak *kártérítés mellett* köteles tűrni. Ez eseteket sokszor összeállították: v. ö. *Krainz System I* § 138, *Pfaff Gutachten* 43. kv. 11., *Ungar Handeln auf eigene Gefahr Zsögöd* Fejezetek § 59, *Reiner A* szerződésen kívüli kártérítési kötelmek 134. kv. 11.

1. A vadászatra, halászatra, fausztatásra vagy tutajozásra jogosítottak jogosítva vannak — a törvényben meghatározott módon — az idegen földbirtok, erdő, víz bizonyos használatára, kötelesek azonban a joggyakorlásuk által okozott kárt megtéríteni (1883: XX. tcz. 16 §.; 1888: XIX. tcz. 12. §.; 1879: XXXI. tcz. 202. §.).

2. Erdei termékek átszállítását bármely mivelési ághoz tartozó földeken keresztül minden földtulajdonos engedni köteles, ha e termékek az erdőből különben vagy éppen nem, vagy csak aránytalan költséggel lennének elhordhatók, a netalán okozandó károk megtérítésére szolgáló pénzbiztosíték előzetes letétele mellett (1879: XXXI. tcz. 178. §.).

3. Kirepült méhraját a tulajdonos, ha a keresést nyomban eszközzi, másnak telkén is keresheti, tartozik azonban a netalán okozott kárt megtéríteni (1894: XII. tcz. 59. §.). Az osztrák polgári törvénykönyv 384. §-a e szabályt a méhraj és minden házi állat tekintetében állítja fel, sőt a német törvény e keresési jogot *minden* dolog tekintetében adja, mely idegen földre került (867. §.).

4. Engedélyezett ipartelep jogos üzeme által a szomszédoknak okozott kár megtérítendő (1884: XVII. tcz. 35. §.).

5. A közhasználati távírdák, távbeszélők és villamos jelzők huzalainak az épületekre vagy azok tetőzetére való fölérősítését és bekapcsolását, valamint a föld alatt elvezetését az épület- és földtulajdonosok és birtokosok eltűrni kötelesek, azonban az ez által okozott károk megtérítését követelhetik (1888: XXXI. tcz. 8. §.).

6. A vízvezeteki szolgálatra jogosított a föld tulajdonosát az elfoglalt területért, az épületeken, függő természetesen és ültetvényeken okozott károkért, valamint a terület szétdara-

bolásáért vagy egyébnemű romlásáért kártalanítani köteles (1885: XXIII. tcz. 61. §.).

7. Ide tartoznak kiválóan a *kisajátítás* esetei is. Az expropriatarius a kisajátítást rendelő hatósági actus által fel van jogosítva, hogy az idegen dolgot bizonyos célra felhasználja, elpusztítsa, megrongálja, elvegye stb., egyúttal kötelezve van, hogy az ekképp okozott kárt — melynek megbecsülése külön rendezett eljárás útján történik — az expropriatusnak megtérítse. Akár külön törvény (lex speciális) adja a kisajátítás jogát esetről-esetre, mint Angliában, akár általános törvény határozza meg a kisajátítás megadásának előfeltételeit, mint minálunk: a kisajátító magánszemély minden esetben *jogosítva* van a károkozásra, egyúttal kötelezve a kár megtérítésére.

E példák nem kimerítők. De elegendők két tény kimutatására: először, hogy az idegen dologra való *megengedett* behatás is szolgál akárhányszor kártérítés alapjául; és másodszor, hogy nem *minden* behatás jár ily kötelezettséggel.

Szokásos e behatásokat vagy azok egy részét a tulajdonjog «korlátozásának» nevezni és a tankönyvek mind ily felirat alatt foglalják össze. Ez elnevezés félrevezető. A «korlátozás» szó felteszi, hogy a tulajdonjog voltaképpen «magában véve» korlátlan jog és hogy e korlátozások mintegy igaz mivolta *ellenére* érik a tulajdont. Ámde korlátlan tulajdon sohasem létezett, ma még kevésbé, mint valaha. «Korlátja»-e az én 100 frtos követelési jogomnak, hogy csak 100-at követelhetek annak alapján, nem pedig 1000-et? Ez jogomnak nem «korlátja», hanem bennerejlő határa. Így vagyunk a tulajdonjoggal is. A tulajdonnak nincs «magában való» fogalma, a tulajdon épp oly tételes fogalom, mint minden más jog: tartalma abban van, hogy a tulajdonos eltilthat mindenkit a dologra való minden *jogosulatlan* behatástól, vagy positive szólva: hogy tehet a dologgal mindent, ami *másnak* jogába nem ütközik. Ámde, mint láttuk, a törvény másoknak is ad jogot mindenféle behatásra az én dologomra, ez idegen jogosultságok az én tulajdonjogomnak nem kívülről és utólagosan reákényszerített *korlátozását*) hanem kezdetől fogva vele járó tartalmi *hatarai*. A szomszéd, aki az

én telkemre bocsátja a lefolyó vizet, a kéményéből szálló füstöt, aki telkemen, mint szükség-úton, jár keresztül, vagy növényzetének gyökereit vagy ágait telkemre átnöveszti, épp úgy *jogát* gyakorolja, mint én, ha telkemen ép.tek, szántokvetek, vagy egyébként tesz-veszek a nekem vont joghatáron belől. Bizonyos dolgokra azt szoktuk mondani, hogy «közhasználatban» állanak: utak, folyók, terek, hidak stb., a mellett, hogy akár az államnak, törvényhatóságnak, községnek, akár magánszemélynek tulajdonában vannak.¹ Ámde bizonyos mértékben *minden* ingatlan közhasználatban van. Ha a szél kalapomat idegen telekre hordta, jogom van oda belépni, hogy elvigyem (német törvény 867. §.); erdőtermékeimet, ha különben nem lehet, idegen szántóföldön keresztül is szállíthatom (erdőtörvény 178. §.) stb. — ez nekem «jogom» épp úgy, amint «joga» a tulajdonosnak az ő tulajdonjoga. Hogy e jogaim csak az okozott kár megtérítése mellett gyakorolhatók, nem ellenvetés. Mert először is vannak — mint láttuk — ily köteleléstől mentes behatások is. A vontató út szolgálata pl. kártérítéssel nincs összekötve. De meg: kevésbé «jog» az a jog, amelyhez a törvény a kártérítés köteleességét fűzi? Hiszen ha az erdei termékek átszállítására «jogom» nem volna a szomszéd szántóföldjéhez, akkor ez utóbbi ellenem önvédelemmel élhetne, és hiába ajánlanám fel akár előre is a kártérítő összeget, ő nem lenne köteles túrni, hogy lábamat is betegyem. Pedig köteles, tehát jogom van; vagy ha jobban tetszik: jogom van, tehát köteles.

És mostan tegyük fel a kérdést: mik azok a behatási jogok, amelyek kártérítés nélkül és mik azok, amelyek csak kártérítés mellett gyakorolhatók?

Állítsuk csak szembe a következő eseteket: A parti tulajdonos kártérítés nélkül köteles túrni, hogy telkén u. n. vontató utat használjanak, — ám az áttévedt méheket csak kártérítés mellett szabad idegen telekre követni. Ha ragadós tüdőlobban beteg lovamat öli le a hatóság, nem kapok kártérítést, ha nagyfokú rühességben szenvedő lovamat öli le, kapok. A tulajdonommá lett új sziget 30 évig kárpótlás nél-

¹ Bekker Pand. § 68. Regelsberger Pand. § 113. és köv.

kül távolítható el, 30 év után csak kárpótlás mellett. Mi itt a szabály, mi a kivétel: a kártérítés vagy annak hiányar Ez a kérdés a modern jognak egyik gyenge pontját tárja fel. Itt napjaink joga — nemcsak a mienk, de a külföldé is — még nincsen kiépítve. Nem kisebb dologról van itt szó, mint a *tulajdon határainak* kérdéséről, és ez a kérdés, a világ egész gazdasági rendjének egyik alapkérdése, napjaink socialis mozgalmái folytán, mintha félig öntudatlanul újabb világtörténelmi revisio elé jutna. Az «absolut» tulajdon fogalma elveszíti hitelét.

A közvetlen és a távolabbi szomszédok, a tömeg, a köz érdeke mind hangosabban szól bele az egyén tulajdonába.

A francia nagy forradalom óta a jogi haladás a tulajdon terén abban állott, hogy a százféle középkori kötelékkel •megkötött» tulajdont «felszabadították». Megszüntették — kártalanítással vagy a nélkül — a hűbéri terheket, megszüntették a család, a szomszédság középkori előjogait: az ősiségét, a visszaesési vagy elővásárlási jogot stb. A tulajdon szabadsága, sérthetlensége, szentsége lett a jelszó.¹ Es mit látunk ma? A hűbéri, a földesúri, a családi, a szomszédsági kötés helyébe egy másik lép: napról-napra újabb érdekek nehezednek reá, vetnek békót, szabnak határt a tulajdonnak. A közigazgatás mind követelőbb lesz a tulajdonnal szemben: egészségügyi, közjóléti, művelődési, sőt széépészeti érdekeket is érvényesít parancsok és tilalmak formájában, a « szabad» tulajdonnal szemben. Tanulságos példát szolgáltatnak a modern nagyvárosok út-, viz-, házépítészeti rendszabályai. Szinte észre se vesszük, annyira megszoktuk, mennyi gáncsot vet a mai közigazgatás, különösen az ingatlan tulajdon szabad érvényesülésének. Utalok csak azokra a szabályrendeletekre, melyek a főváros területén- való építkezésre vonatkoznak.²

¹ Így nálunk is: 1848: III. 32. §.

² Érdekes munka volna a Budapest fő- és székvárosa területére kiadott.. jelenleg gyakorlatban levő építésügyi szabályzatot» egyszer annak jogi érvényessége szempontjából megvizsgálni. Ezt a szabályzatot a fővárosi közmunkák tanácsa az 1870: X. törvényczikk alapján bocsátotta ki, amely szerint t a fővárosi közmunkák tanácsának feladata: . . az építési ügyet szabályozó javaslat kidolgozása (14. §.)), továbbá: «Míg az

A tulajdon mind «socialisabb» lesz, azt lehetne mondani, az egyéni tulajdon bizonyos fokig vissza-visszafordul a köztulajdonhoz, mely bölcsője volt. E folyamatban a kártérítésnek a közvetítő szerepe jut. Átmenet az egyéni tulajdontól a socialis tulajdonhoz. Mikor a tulajdonost az eddigi magas trónjáról letaszítjuk, alája terítjük a kártérítés puha szőnyegét, hogy *túláságosan* ne érezze a lökést. De mi az a *tulsdg*, mely esetben van *szükség* a temperáló szőnyegre, ez *appreciatio* dolga: függ az érzékenységtől, amelylyel kor s idő szerint a tulajdonba való belenyúlás iránt viseltetnek, a köz- és magánérdek mérlegelésétől, amely, mint minden érdekmérlegelés, bizonyos fokig önkényes és ingadozó. Innen van, hogy a különböző időből, különböző alkalomból való törvényeink között e tekintetben elvi harmónia nincsen, sőt hogy inog az egyensúly még egyazon törvény rendelkezései közt is.

c) *Más jogok* is tárgyai a kártalanítás melletti jogos csorbításnak. Így:

a) *Immaterialis jogok*. Példa: A szabadalmazott találmányt az állam, a hadsereg, honvédség, hadi tengerészet vagy az állami egyedáruság részére igénybe veheti, a szabadalmas azonban kártérítést követelhet (1895: XXXVII. tcz. 14. §.).

Építés ügye törvény által nem szabályoztatik: a két város középítési bizottságai kötelesek mindig szem előtt tartani azon szabályozási terveket, elveket és utasításokat, amelyeket a fővárosi közmunkák tanácsa általában megállapít (22. §.)» és «Míg az építkezési ügy törvény által szabályozva nem lesz: a középítési bizottság véleménye alapján adatnak ki a tanács által a magánépítkezési engedélyek is». £ törvényi meghatalmazás alapján kiadott«építésügyi szabályzat»-nak számos intézkedése van, mely a fenálló magánjog elvi intézkedéseibe ütközik, mely tehát az 1886: XXI. tcz. 11. §-a szerint érvénytelen és melytől a bíró az 1869: IV. tcz. 19. §-a szerint az elismerést megtagadni köteles. Például fel- említem a 116. §-t: (Világossági, közlekedési vagy egyéb szolgálmat az építési hatóság csak az esetben vesz tekintetbe, ha telekkönyvileg be vannak keblezvet. Vagy 108. §-át: «Ha valamely telek, melynek határán a szomszédnak — bár telekkönyvileg biztosított ereszjog alapján — nyeregterítéssel ellátott háza van, újonnan beépítetik, vagy a rajta levő épület lényegesen átalakítatik: a szomszéd ereszjoga megszűnik és házának fedele félereszű fedéllé alakítandó át». Az efféle közigazgatási- silag csinált magánjogtól a szabályzat hemzseg. Ideje volna azt egyszer alaposan megrostálni.

P) *Kötelmi jogok.* Példa: Az osztr. polgári törvénykönyv 1021. §-a szerint a megbízott bármikor felmondhatja a megbízást; köteles azonban az ebből eredő kárt megtéríteni. Amint a §. szövegezte van, nem lehet mondani, hogy a megbízott az időszerűtlen felmondás által a maga szerződési köteleességét *sértené*. Neki *joga* van bármikor felmondani — de e joga csak kártalanítás árán gyakorolható. Másképpen is lehetett volna rendezni az időszerűtlen felmondást. Mondhatta volna a törvény, hogy időszerűtlenül felmondani nem *szabad*, ez esetben a kártérítés a *szerződésszegésnek* következménye volna. Mondhatta volna azt is, hogy időszerűtlenül felmondani nem *lehet*, azaz hogy az ilyen felmondás *hatálytalan* mindaddig, míg az időszerűtlenség tart. Az előbbi a német törvénykönyv, az utóbbi a porosz LR. álláspontja.¹ Az osztrák jog szerint az időszerűtlen felmondás *jogos* is, *hatályos* is, de kártérítésre kötelez.

7) *Családi jogok.* Ide tartoznék az eljegyzéstől való ok nélküli visszalépés esete, ha azt ugyan — ellentétben a fentebb kifejtett felfogással — *jogosnak* tartanok.

III, *Felelősség mások cselekményeiért* Idáig csak a *saját* vétlen eljárásunkért való kártérítési felelősségről beszéltünk. De a római jogtól a mai napig a világ minden törvényhozása felelőssé tesz bennünket *a mások eljárásáért* is. Ez eljárás magában véve lehet hol vétkes, hol vétlen — magunkat úgy az első, mint a második esetben *vétlenül* sújt a

¹ A háromféle felfogást szemlélhetővé teszi a következő összeállítás:

Osztr. ptkv. 1021. §.
Der Machthaber kann die angenommene Vollmacht aufkündigen. — Wenn er sie aber vor Vollendung des Geschäftes aufkündigt, so muss er allen daraus entstandenen Schaden ersetzen.

Német bir. tkv. 671. §.
Der Beauftragte darf nur in der Weise kündigen, dass der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäftes anderweit Fürsorge treffen kann . . . kündigt er zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Porosz LR. I, 13: 172.
Der Bevollmächtigte, welcher die ihm übertragenen Vollmacht aufkündigt, ist schuldig, die angefangenen Geschäfte . . . so lange forzusetzen, bis der Machtgeber dazu andere Vorkehrungen treffen kann.

felelősség. Tekintsük elsőbben is a mások *vétkes* cselekményeiért való felelősséget. Az eseteket magukat nem kell behatóbban tárgyalnom, összeállították azokat ismételve, és régebbi és újabb monográfiák vannak, melyek ez eseteket az idegen vétségért való felelősség» szempontjából, sőt részben egyenesen ezen cím alatt tárgyalják.¹ E helyütt tehát rövid áttekintéssel érhetjük be.

Azon szabály alól, hogy mindenki csak a saját vétségért felel, messzeható kivételek vannak, még pedig az intraobligationalis, mint az extraobligationalis viszonyok esetében.

A) *Intraobligationalis viszonyok*. Ez a kifejezés, bár jobb mint a szokásos «szerződésen belőli» (intracontractualis) elnevezés, még sem kifogástalan, mert még mindig szűk. Mert amit a következőkben a kötelmi viszonyban álló «adós» felelősségéről mondunk, az áll a dologbeli igény által kötelezettre is. Minthogy azonban nincs bevett kifejezés, mely a kötelmi és dologi kötelezettséget egy közös szóval jelölné, a következőkben hitelezőről és adósról és kötelemről fogunk szólni, ez azonban gondolatban — ott, ahol talál — a dologi jogsultra, kötelezettre és igényviszonyra is kiterjesztendő.

Ha azt kérdezzük: mely esetekben felel az adós a mások vétségért? ki kell rekesztenünk azokat az eseteket, amelyekben az illető voltaképpen azért felel, mert ő *maga*, vagy ő *maga is* vétkes volt. Ilyen az eset, ha az adós a neki alárendelt harmadiknak a károsító cselekményt egyenesen meghagyta, ha a gondozása alá tartozó harmadikat a károsító cselekménytől vissza nem tartotta, ha a cselekmény káros hatását kötelelességszerűleg meg nem akadályozta, ha a károsító cselekményben mint felbujtó, tettestárs vagy segéd egyenesen közreműködött. Ez esetekben — amelyek közé, látnivaló, a dolus és culpa in eligendo, in custodiendo, inspicendo stb. is tartoznak, de amelyeket ezek ki nem merítenek — az adós voltaképpen saját dolusáért és culpájáért felel: megvan az okozatos összefüggés a saját jogellenes

¹ Régebben: *Wyss* Haftung für fremde culpa (1867), *Waentig* Über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (1875). Ujabban: *Matja*, *Jung*, *Rümelin*, *Merki*, *Steinbach*, *Mayr* ismeretes dolgozatai.

magatartása és a kár között, ha mindjárt ezen saját magatartása a kárnak nem *egyedüli* oka.

De ki kell zárunk a mi kérdésünk köréből azokat az eseteket is, amidőn az adós egyszerűen *minden » casusért»* felelős. Mert az az adós, aki pl. a szerződésben a « casusért való felelősséget! elvállalta, vagy aki késedelem okából a törvénynél fogva minden véletlenért felel, vagy a nauta caupo stabularius: mindezek, igaz, akkor is felelnek, ha e kötelességszerű szolgáltatás egy harmadik személy vétsége miatt lehetetlenül, de nem a *harmadik személy vétsége* specificus okából, hanem egy *általánosabb* okból, mely amaszt is magában foglalja: éppen a «casus» okából. Vagyis jobban mondvá: kérdésünk tárgyát csakis azok az esetek képezik, amikor az adós nem *minden* casusért, hanem csakis bizonyos *qualified* U casusért: t. i. a harmadik személy vétségeért felel.

A főeset,¹ mely ide tartozik: az adós felelőssége *alkalmazottjai vétkességeért* Hogy a római jog e szabályt elismerte-e és mily kiterjedésben, egyik híres vitakérdése a pandectajognak.⁹ Vannak (Ubbelohde), kik e szabályt feltétlenül vallják, mások (Dernburg), kik szerint legalább a műbárszerződés körében áll, míg az uralkodó nézet (Windscheid, Ihering) az alkalmazót, ha nem *személyesen* volt köteles a szolgáltatást elvégezni, csak culpa in eligendo-ért teszi felelőssé. E vitakérdés forrásszerű tárgyalása e helyre nem tartozik.

De könnyű belátni, hogy a kérdéses tételnek a római világban kisebb volt a jelentősége.

A munkát jóformán csak rabszolgamunka formájában ismerték, a rabszolga vétségeért pedig az ő ura különben is noxaliter felelős volt; amikor pedig a rabszolga maga kötötte meg a munkaszerződést, ura az intracontractualis kihágásért is az actio adjecticise qualitatis elvéi szerint szavatolt.³ A mai életben e jogállapottal be nem érhetjük és ezért az újabb

¹ Mellőzöm az olyan római specialitásokat, mint pl. az *emtor redhibens* felelősségét: Si quid post venditionem traditionemque deterius emtoris opera, familiae, procuratorisve ejus factum érit (fr i § 1 D. de aedil. edicto 21, 1).

² Windscheid § 401, 5. jegyz.

³ Windscheid 432. §. 15. jegyz. .

jogfejlődés — praxis és törvényhozás egyaránt — oda iparkodik, hogy az adóst a maga alkalmazottjai hibáiért is felelőssé tegye. A mi tételes törvényhozásunk ez elvet csak egykét konkrét alkalmazásban mondotta ki, így kiváltképpen a keresk. törvény 402. §-ban: «A fuvarozó felelős azokért, kiket az elvállalt fuvarozás teljesítésénél alkalmaz». De nem tartom kétségesnek, hogy e szabálynak állania kell minden más esetben is, valahányszor az adós mással végezteti a reá tartozó szolgáltatást.

Vagy képzelhető-e vajon, hogy a szabó, az asztalos vagy más mesterember, vagy gyáros, kit valami munka készítésével vagy javításával megbízam, azzal mentse ki a hibás szolgáltatást, hogy segédje azt elügyetlenkedte? A Döntvénytárban idevágó döntést nem találtam, alighanem már azért sem, mert a gyakorlatban az effajta védekezésre rendes eszű munkavállalkozó nem is gondol.¹

Es ez a felelősség éppenséggel nem szorítkozik a munkaszerződésre. Az eladó sem mentesül kötelezettsége alól, ha segédje, kivel a portékát a vevőhöz viteti, azt útközben összetöri.⁸ A bérlő, ki rossz állapotban adja vissza a lakást, sem mentheti magát azzal, hogy nem ő, hanem családja vagy -cselédje, vagy vendégei rongálták azt el. Hasonlóan a haszonkölcsönvevő, a megbízott, az ügyvivő sem védekezhetik azzal, hogy a kölcsönvett vagy megbízásszerűen megvett stb. ingóságot a hordár törte össze, kire azt reabízta. Sőt nem védekezhetik az effélével még a letéteményes sem, ha a letétemény átvételét» visszavitelét stb. másra bízta. Ez utóbbi példa mutatja, hogy a mi tételünk független a diligentia fokától, amelyre az adós az illető szerződési viszonyban köteles. A harmadikért való felelősség nem *fokozása* a rendszeren köteles gondosságnak. Mert lehet — mint a lététeményes példája mutatja — hogy az adós csak culpa lata-ért felel, és mégis felel a harmadik személy (lata) culpájáért is. Az adós, ki

¹ Sem Zlinszky-Reiner, sem a Fodor-féle magánjog e kérdéssel nem foglalkozik.

² Ez persze nem azért van így, mert a «veszély» még nem ment át a vevőre, hanem azért, mert az eladó segédjének hibájáért «felelős». L. e tekintetben *Zsögöd* éleseszű fejtegetéseit: Fejezetek II. 979. és köv. 11.

tartozása teljesítését másra bizza, nem *nagyobb* gondosságért felel, mint az, ki azt maga végzi: hanem a megbízottnak (hasonfokú) gondosságáért *is* felel. A felelősség, hogy úgy mondjam, csak extensive nagyobb, nem intensive.

Eddig a szokásos formulázást használtam, hogy az adós az «alkalmazottjai» vétkességeért felel. De ez a formulázás valóságban szűk. Gondoljunk csak a bérleti szerződés példájára. Lehet-e mondani, hogy a bérlő az ő családját, cseléd-ségét, barátait, kik hozzá ellátogatnak és ez alkalommal egy ablakot betörnek, az általa elvállalt szerződési szolgáltatás teljesítésénél «alkalmazza»? Ha barátom engem bérelt lakásban meglátogat és a bérben bírt divánomra leül, lehet-e mondani, hogy én őt most arra <alkalmazom>, hogy ő az engem terhelő azon szerződési (negatív) szolgáltatást, hogy a lakást, a bútort ne rongáljam, helyettem «teljesítse»? Nem lehet. A valóság az, hogy a bérlő felelős mindazok vétkességeért is, kiknek ő a bérelt helyiség használatát megengedi, a mint azt a német törvény 549. §. 2. pontja egyenesen kimondja. Sőt minden más esetben is az adós nemcsak az «alkalmazottjaiért», hanem általában az «embereiért» is felelős lesz abban az értelemben, a mint azt a régi német kereskedelmi törvény 400. §-a kifejezte: «Der Frachtführer haftet für seine Leute und für andere Personen, deren er sich bei Ausführung des von ihm übernommenen Transports bedient.»¹ A mi kereskedelmi törvényünk 402. §-a nem beszél ugyan a fuvarozó «embereiről», hanem csak azokról, «kiket az elvállalt fuvarozás teljesítésénél alkalmaz.» De e §-t nem lehet szószerint venni. Mert ha a fuvarozó az árut az egyik kocsisának átadja és egy másik kocsisa teszi tönkre az árut, pl. az által, hogy az ő lovait ügyetlenségből az első kocsiba behajtja: a fuvarozó kétségen kívül felelős lesz, noha az a második kocsis nem volt az *első* fuvarozás «teljesítésénél alkalmazva». A fuvarozó itt azért lesz felelős, mert ő általában «embereiért» felel. És ugyané hibában

¹ Az új német kereskedelmi törvény hasonlóan: «§ 431. Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen stb.»

leledzik a német polgári törvénykönyv 278. §-a is, mely szerint «der Schuldner hat ein Verschulden . . . der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient zu vertreten» — itt is hiányzik az adós «embereiért» való felelősség, melyet a régi és az új német kereskedelmi törvénykönyv külön kiemel és melyet a gyakorlat itt is kénytelen lesz kiterjesztőleg beleértelmezni.

XIII.

Akaratlan szerződés.

I.

Az «akaratlan szerződés» első tekintetre magában való ellenmondásnak látszik. Mert hiszen a szerződés akarat-egyezmény:

1. 1 § 2 de pact. (2, 14) Est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.

1. 3 eod. Nullum esse contractum, nullám obligationem quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est.

1. 3 pr. de pollicit. (50, 12) Pactum est duorum consensus atque conventio. cf. Gaj. III. 89 . . . consensu, 119, 135 consensu fiunt obligationes in emtionibus et venditionibus rel. 154 societas consensu contrahitur nudo . . . consentire veró omnes homines naturali ratione possunt; 1. 19 pro socio (17, 2) 1. 25 pr. de pec. const. (13, 5) 1. 1 § 5. eod. § 4 J. quib. mod. toll. obi. (3, 29.)

Windsch. § 69. «Es bedarf der Willenseinigung Mehrerer; näher: der von dem Einen erklärte Wille muss von dem Andern ergriffen und festgehalten werden».

Puchta § 54. «Der allgemeine Inhalt des Rechtsgeschäftes beruht auf der Existenz des bestimmten Willens, seiner Erklärung, und damit alsó auf der Uebereinstimmung beider.» «Bei dem Vertrag kommt zu dem allén Rechtsgeschäften gemeinsamen Erforderniss der Willenserklärungen und der Uebereinstimmung des Willens und der Erklärung, was hier von beiden Seiten vorausgesetzt wird, das der Ueberein-

stimmung der Willenserklärung des Einen mit der des Andern hinzu».

Brinz (i. kiad.) 1391, 1400—1403, 1413, 1574 1. § 359-Bei den Verträgen muss der mehrseitige Wille 1) innerlich übereinstimmen (*consentire*), 2) äusserlich zusammentreffen (*convenire*)».

Bruns (Holtzend. *Encycl.* 412. 1.) «Der obligatorische Vertrag als Willensvereinigung zur Begründung einer Obligation ..» «Der Wille des Ersteren ist das Versprechen, der Wille des Andern die Annahme».

Unger II. «Zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte sind solche zu deren Entstehung die Uebereinstimmung zweier oder mehrerer Willen erforderlich ist . . . und zwar ist der Vertrag der einzige erschöpfende Fall dieser Gattung von Rechtsgeschäften. Denn Vertrag ist eben die gegenseitig erklärte Einigung des Willens mehrerer Parteien».

V. ö. *Zlinszky* 396. 1. «Az egyik fél akarata oda irányul, hogy ő valaminek szolgáltatására kötelezve kivan lenni, a másiké pedig arra, hogy ő e szolgáltatás követelésére jogosított akar lenni.»

Ennélfogva, mihelyt valamely szerződés tartalmát egyik, másik fél nem akarja, akaratgegyezményről, azaz szerződésről nem lehet szó:

1. 57. de O. et A. (44, 7). In omnibus negotiis contrahendis . . . si . . . aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit . . . si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.

És mi tagadás: ha a szerződés közkeletű értelmezése {szerződés = akaratgegyezmény} helyes, úgy az «akaratlan szerződés» fogalmi lehetetlenség. Ha pedig az akaratlan szerződés kategóriája tényleg létezik, úgy ama szokásos definíciónak hibásnak kell lennie, és más meghatározás után kell néznünk, mely alá ezen új osztály sorozható. Kell tehát, hogy mindenekelőtt a szerződés szokásos meghatározásával számoljunk. Csakugyan annyira alkotó eleme-e a szerződésnek a szerződő felek benső akaratának megegyezése, hogy nélküle szerződésről nem is szólhatnánk?

Ez egy sokat vitatott jogbölcseleti kérdésre visz: a szerződés kötelező voltának jogbölcseleti okára. A ki a szerződés kötelező voltának okát a felek megegyező akaratában látja, az a fenti kérdésre már eleve megfelelt. De vajjon csakugyan az adósnak, vagy a hitelezőnek, vagy mindkettjük megegyező akarata-e az, melyből a szerződés kötelező volta logikailag levezethető? *A* azt ígéri *B*-nek, hogy holnap 100-at fog neki fizetni. A holnap bekövetkezik, *A* vonakodik a fizetéstől. Miért kötelezzük őt, hogy fizessen? Azért, mert ő ezen fizetést tegnap szándékolta? Ámde ma ezt már nem szándékolja; miért legyen az ő tegnapi akarata reá nézve kötelezőbb, mint mai akarata? «Habét animus humanus» — mondja Grotius, de jure belli et pacis lib. II. cap. XI. §.2. — «non tantum naturalem potentiam mutandi consilium sed et jus.» Az *A* akarata reá nézve csak addig lehet irányadó, míg azt meg nem változtatja. *Spinoza*, tractat. polit. 2. (de jure naturali) §. 12. Fides alicui data, qua aliquis verbis pollicitus est, se hoc aut illud facturum, quod pro suo jure omittere poterat vei contra, tamdiu ráta manet quamdiu ejus, qui fidem dedit, non mutatur voluntas. Vagy azért, mert *B*. akarja? A *B* akaratából egymagából *A-ra*. semmi sem következhetik — mindenki saját cselekményeinek ura. Vagy azért, mert *B* most ugyanazt akarja, a mit tegnap *A* is akart? Erre az előbbi két válasz együttvéve áll. Azért hogy *A* ugyanazt akarja mint *B*, *A-ra*. nézve az o saját akaratának követése mindig csak szabadság, de nem kötelesség. De hogy egyáltalában, bármi teljesen essék is össze a két fél akarata, nem ezen concordáló akarat az, mi *A-t B-vel* szemben kötelezi: kitűnik abból, hogy a ki nem fejezett akarat, bármi teljesen egyezzen is az a *B akaratával*, nem kötelező. Miért? Mert a ki nem fejezett akarat be nem bizonyítható? De *A-t* a ki nem fejezett akarata akkor sem kötelezi, ha annak megvoltát tagadásba sem veszi, sőt nyíltan be is vallja. Bármi erős, és bármi megegyező legyen az eltökélés egy bizonyos dolog iránt *A*-ban is *B*-ben is — mindaddig, míg azt *A* ki nem jelentette, ezen eltökéléséből reá nézve kötelezettség nem származik. Sőt az akarat kijelentése sem elegendő! Kell, hogy *A* ezen akaratát *B*-vel

szemben jelentse ki. Miért? Ha azon körülmény, hogy A ugyanazt akarja mint B , elegendő logikai alap arra, hogy A most már ezen akaratához kötve is maradjon, és azt teljesítse is — mire való akkor még annak megkövetelése is, hogy A ezen akaratát B -vel szemben ki is jelentse? Mert csak a kijelentett akarat igazi, kész, befejezett akarat? Mert az akarat addig, míg csak az akaró elméjében forog, még csak készül, habozik, ingadozik, csak ha tetté (értsd: a kifejezés tettévé) válik, bizonyul igazi kész akaratnak? De ez alapból legfőleg azt lehetne levezetni, hogy az akarat általában kijelentessék, de nem azt, hogy éppen i ?-vel, a jogosítottal szemben, jelentessék ki. Ha tehát A kijelenti X jelenlétében, hogy megakarja venni a B házáat ilyen-olyan ár mellett, B kijelenti Y jelenlétében, hogy házáat el akarja adni A -nak ugyanolyan ár mellett: a szerződés létrejött volna, mert hiszen megvan az egyező, sőt ki is jelentett két akarat. Ha tehát B , habár csak utóbb is, megtudja A -tól az A kijelentését, azonnal megkövetelhetné A -tól a «szerződés» teljesítését! E képtelen consequentia megmutatja, mely irányban keresendő az igazság: A -nak (hogy kötelező szerződés származzék) nemcsak akarnia kell azt, mit B akar; hanem A -nak a B irányában olyképp kell cselekednie, hogy B ennek folytán A -nak illetően akaratáról meg is legyen győződve. A szerződés kötelező voltának alapja tehát nemcsak az A akarata, hanem B -nek bizonyos A akaratáról való (és A által előkeltett) meggyőződése. E meggyőződése alapján B hiszi, hogy A azt, a mit a jövőre nézve akar, tenni is fogja, és ha ezen megvalósítás a B érdekében van, akkor B ezt nem csak hinni, hanem reményleni azaz hinni és óhajtani fogja. Ha A utóbb megváltoztatja akaratát, akkor B reményében csalatkozást szenved. Ha tehát azt mondjuk: A -nak a B irányában kijelentett akaratát utóbb megváltoztatnia nem szabad, ezzel azt mondtuk: A -nak B -t a saját maga által keltett reményében megcsalnia nem szabad. Ily alakban kifejezve a szerződés kötelező voltának thesis világos és meggyőző. A köteles i ?-nek holnap az ígért 100-at megfizetni: nem azért mert akaratuk ma megegyezett (mert ezen mai akarategyezésből holnapra még semmi sem követ-

kezik), hanem mert *B-t* azon reményben, melyet *A* maga Ikeltett benne, megcsalnia nem szabad.

Annyira természetes, magától értetődő dologgá vált a mívelt forgalomban a szerződés kötelező voltának thesis, hogy majdnem hasztalan ideologismusként tűnhetik ma már ezen tétel bölcséleti okát fürkészni. Pedig e kérdés felvetése felette gyakorlati. Mert csak az ok megismerése, hogy miért ltötelez a szerződés? vezethet a határ megismerésére, hogy meddig kötelez a szerződés, azaz, hogy mely tényállások azok, melyekre nézve ama bölcséleti ok azonosságánál fogva, azoknak kötelező voltát is el kell fogadnunk. Ha csakugyan az egyik-másik fél akarata, vagy mindkettejük akaratmeg-egyezése a szerződés kötelező voltának oka, akkor bármi hasonló legyen is egy bizonyos tényállás a szerződési tény-álláshoz — mihelyt az egyik-másik fél nem akart, vagy mihelyt a két fél akarata meg nem egyezett, kötelező szer-ződésről nem szólhatunk. Akkor a mi «akaratlan szerződésünk» azaz oly szerződés, melyet az egyik-másik fél vagy tán mindkettő nem akart, csakugyan *contradictio in adjecto*; akkor szerződésnek neveztünk olyan tényállást, mely a mel-lette álló «akaratlan» szóból kitünőleg nem lehet szerződés. Ha már most, mint e sorok folyamán látni fogjuk, lép-ten-nyomon akadunk oly tényállásokra, melyeket *doctrina* és gyakorlat szerződésnek ismer és annak nevez, melyekhez a szerződés összes joghatásait fűzi, melyeket a többi szerző-désektől semmiben meg nem különböztet, és melyekről mégis azt kell mondanunk, hogy ezen «szerződés»-hez fűzött joghatásokat *A* vagy *B*, vagy talán egyikök sem akarta: akkor felette gyakorlati föladat, a *doctrina* tanát a gyakor-lati alkalmazással összemérni, és ha úgy találjuk, hogy más az, mit *in abstracto* szerződésnek nevezünk, mint az, mit *in concreto* annak elismerünk, az eltérést *constatálni*, és rajta okulva, ama szabályt újból *revisió* alá venni. E *revisió* ered-ménye szerintünk abban áll, hogy a szerződés kötelező voltának oka és ezért határa is nem a felek akarata; hogy az «akaratlan szerződési» nem ellenmondás; hogy ennél fogva a szerződés elméleti meghatározása is olyképp módosítandó, hogy az «akaratlan szerződés» osztálya is alája legyen foglalható.

Az akaratmegegyezés mint a szerződés kötelező voltának alapja ellen a szerződés kötelező voltának történeti fejlődése is szól. Ismeretes, hogy azon tétel, hogy minden akaratmegegyezés, bármilyen tartalmú legyen és bármilyen alakban történjék is, kötelező, («pacta sunt servanda») csak a középkori romanistáknak köszöni eredetét, hogy sem a római, sem a germán jog e tételt ily általánosságban nem ismerte, sőt hogy ama középkori *communis opinio doctorum* tekintélyes jogírók véleménye szerint még szokásjogilag sem fogadtatott be a közönséges jogba.¹

Nem lehet itt feladatomban, a szerződés történetét annak őskori alakulásától egészen annak mai fejlődéséig, ha csak nagy vonásokban is, előadnom. Csak egynehány példát kívánok bemutatni annak igazolására, hogy a hol a szerződés kötelező volta elismertetett, ott ezen jogi alapelv nem az akaratmegegyezés kötelező voltának elismeréséből fejlőd-

^x V. ö. *Seuffert* Geschichte der obligatorischen Verträge 168. L «Die Entstehung des Rechtssatzes von der allgemeinen Klagbarkeit formloser obligatorischer Verträge hängt mit dem Dogma von der Willensraacht zusammen, und muss dieses Dogma als ein historischer Irrthum betrachtet werden». Ehhez: *Karsten* Die Lehre vom Vertrag bei den italienischen Juristen des Mittelalters 1882. bevezetés 18—19.1. «Ich trage kein Bedenken den hier ausgesprochenen Zusammenhang mit dem Willensdogma in seiner letzten Consequenz als völlig richtig anzuerkennen und sehe gerade in diesem Umstande die grosse Gefahr für die Rechtsanwendung im gemeinen Rechte. Was ich aber bezweifle . . . liegt darin, dass es sich in der That nicht um einen geltenden Rechtssatz handelt, sondern vorläufig nur um einen weit verbreiteten Irrthum der einer eingehenden Quellenuntersuchung gegenüber nicht Stand halten kann. Als letzte Grund eines solchen Rechtssatzes wäre doch immer nur die Wissenschaft zu nennen. Dass es sich aber hier eben nicht um diese Rechtsquelle als solche handelt, sondern nur um eine tuckte *communis opinio*» (Thöl. Handelsr. I. §. 8.) die von ganz falschen Prämissen ausgegangen ist, ist aus der Entstehung desselben zu erweisen. Dieser Erweis ist ausschliesslich auf historischen Wege zu führen . . . Die italienischen Doctrin würde danach allein der erste Anfang einer solchen angeblichen Rechtsbildung sein. Die letzten Consequenzen dagegen, die in der Verbindlichkeit des blossen Summenversprechens ohne alle Form gipfeln, sind freilich sehr neuen Datums. Allerdings sind es Folgerungen, die sich in der That aus der italienischen Theorie ergeben mussten.»

dött ki, hanem más alapból, melynek ama bölcseleti tételhez semmi köze sincsen.

A kötelem eredete mindenütt, a merre a jogtörténeti kutatás eddig világot vetett, nem a szerződés, hanem a vétség terén van: nem a forgalom, hanem az erőszak, az ölés, rablás, lopás tanította az embereket arra, hogy egyik a másikkal kötelemi viszonyba lépjen. Ha valaki a másikat meglopta, úgy ez elégtételt keresett: sértett önzése tanította rá, hogy a tolvaj neki valamivel «köteles». És midőn a magánbosszút a — bármi kezdetleges — jogszolgáltatás váltja fel, a büntetési és kártérítési kereset az első megjelenési formája a jogi kötelemnek. E kötelem független a károsító akaratától. Nem mert károsítani akart (dolus), vagy mert akaratát nem eléggé féken tartotta (culpa), hanem mert károsított: ezért felelős. Az alanyi beszámíthatóság ezen teljes elhanyagolása, a felelősségnek csupán a tárgyi eredményre való alapítása úgy a kezdetleges római » mint a germán³ jogokban ismétlődik: a ki az enyémhez hozzányúl, ez által adósommá válik.

A lépés innen a szerződési kötelemhez nem oly nagy, mint első tekintetre tűnik. Valamint a házasságkötés formája majdnem minden népnél kimutathatólag a nőrablásból fejlődik,³ úgy majdnem minden nép jogtörténete egy fejlődési szakra mutat vissza, midőn a kölcsön még a rablás alakjában kötött és a kölcsönadó a maga jogát a dolog visszaadására csak magánharcz (Fehde) és későbbben vétségi kereset által érvényesíthette.¹ A gondolat mindkét esetben ugyanez: a ki a más vagyonából valamit bir és azt vissza nem adja, az delictumot követ el és a kár megtérítésére

¹ *Ihering*. Das Schuldm öment im rom. Privatrecht.

² *Heusler*. Instit. des deutsch. Privatr. II. 262. 1.

³ A hindu jog — mint *Mayne* Hindu Law-ban olvasom — Aiyolcz házasságkötési formát ösmer. Ezek között a «Rakshasa» a nőrablás alakjában megy végbe: The seizure of a maidén by force from her house, while she weepes and calls for assistance, after her kinsmen and friends have been slain in battle or wounded, and their houses broken open, is the marriage styled Rakshasa». A nőrablási ceremónia elterjedéséről l. *Lubbock* Origin of Civilisation, pass.

⁴ *Heusler* Inst. II. 231. 1.

köteles. Nem az tehát, hogy valaki a másíknak valamit ígért, hanem hogy ő a másík vagyónából valamit bír: ez a fogalmi alapja a kezdetleges kötelemnek. Erre mutat a római terminológia: debitor az, ki a másíktól valamit bír (debere = de — habere), eredi tor az, ki a másíknak valamit adott (eredére = credere, duere = dare), kötelezettség azon idegen vagyón, a mely az adósnál van (aes alienum).¹ Nem az akarat, hanem a «res» tehát a kezdetleges szerződések civilis causája. Így a római legrégíbb szerződés, a nexum, kötelező alapja a per aes et libram leolvasott valutában rejlett: az aes, mely későbbben csak jelkép szerepét játszotta, eleinte valóságos pénzeszköz volt, és mert a hitelező adott, nem mert az adós ígért, vált a nexumból kötelem. Az ünnepélyes kölcsön későbbben a formátlan mutuumba ment át. De ebben is, valamint a többi realszerződésekben az alapgondolat az: hogy a kötelem nem a pusztá akarat, hanem a res, a vagyoni változás által jön létre: hitelező az, a ki ad, adós az, a ki kap. A rómaiak classificatiója, mely szerint a contractusok verbal, literal, consensual és réal természetűekre oszlanak, nem hozza a res e jelentőségét kellő kifejezésre. Mert a res nemcsak formája a szerződéseknek — mint a szó, vagy írás — hanem materialis alapja, jogi oka is. A literalcontractus is az «acceptum habere» «expensum habere» formájában ment végbe — nem mert az ellenfél így akarta, hanem mert az ellenfél kapott vagy adott, ezért vált e szerződés kötelezővé. E valutaelismerés, igaz, csak fictio volt, csakúgy mint a pénzleolvasás jelképelése a nexumnál — de e formák az eredeti tényleges tartalom maradványai. Hasonló gondolat képezi alapját — *Ihering* nyomán id. h. — a stipulatióknak is, mely szerinte «a valuta nyugtája ellenszolgáltatás Ígérete kíséretében». A mi végül a négy consensualis szerződést illeti, ezeket csak a későbbi jogtudomány a jus gentiumból vette át: kivételes, szorosan zártkörű szerződések ezek, melyek magukban állanak a fejlődő jogélet ezerféle «név nélküli szerződései» között. Ez

¹ *Ihering Zweck im Recht.* I. 271. I. V. ö. a most következővel is. *Hozzá.: Hofmann.* Entstehungsgründe der Obligat ionén 55. és köv. 11

utóbbiak pedig egytől-egyig az előzetes szolgáltatás, a res, alapjából állnak elő: do ut des, facio ut facias — nem mert te úgy akarod, hanem mert az enyém nálad van, azért vagy nekem adósom. A kapcsolatot a szerződés ezen felfogási alapja és a delictum között a római jogban *Ihering* «Das Schuldmoment im röm. Privatrecht» című mélyeszmeji értekezésében számos példában kimutatta. A római jognak számos szerződése a delictum szempontján keresztül fejlett ki. Így a tutela, mandátum, societas, fiducia, depositum. A kötelelem alapja itt kezdetben nem az volt, hogy a depositarius stb. magát a dolog visszaadására stb. kötelezte, hanem hogy a másét meg akarja tartani — az, hogy a másé jogtalanul nála volt (aes alienum, res aliena) volt e kötelek kezdetleges alapja.

Hasonló fejlődést mutat a német jog is. *Sohm*¹ tudtom szerint először kimutatta, hogy a német jogban nincs alakatlan «akarategyezmény.» Utána mások — *Heusler* (Institut. d. deutsch. Priv. R. II. 225—257. 1.), *Amira* (Nordgermanisches Obligationenrecht I.) — ez eszmét mélyítették és adatilag igazolták. A római négy reálszerződés közül itt csak a kölcsön nyert szerződési szabályozást, a haszonkölcsön, letét és zálog mindenütt a delictum alakjában védetnek: a tulajdonos a haszonkölcsönbe stb. adott dolgot nem azon alapon követeli vissza, mert erre az alperes magát kötelezte, (dare debet), hanem mert jogtalanul visszatartja, elrontotta, elvesztette stb. (subtraxit, perdidit, in damnum misit res meas) — nem az akarat, hanem a vagyonsértés, a res, alapja e köteleknek. Hasonlóan az adásvétel nem mint consensualis, hanem valamint a csere a rómaiaknál, mint reális szerződés fejlődik a germánoknál: nem mutuo consensu, hanem az egyik részről történt teljesítéssel (re) jön létre a szerződés. Hasonlóan a németek ünnepélyes formaiszerződése, a wadiatio, eredetileg valóságos reálügylet, még pedig két oldalú reálügylet volt: a hitelező teljesítése ellenében az adós átadta a wadiumot. E wadiatióval — a szó eredeti értelmében — az adós eleget tett kötelességének, és csak

¹ Das Recht der Eheschliessung 34. és köv. 11.

későbbben vált a wadium a fizetési Ígéret pusztá formájává, (*Heusler* id. m. II. 224. köv. 11.) Sőt mindvégig a német ünnepélyes szerződésnek (*Wettvertrag*, *Gelöbniß*) kötelező alapja nem az adós akarata, hanem a zálogul (wadium) adott szó, melyet úgy mint a régi wadiumot be kell váltania, mert különben «szavát veszti» — a szó «átadását a régi résznek, mint a szerződés causájának, legutolsó maradványa. (*Heusler* ib. 248. 1.)

De hogy a szerződés ezen reális gyökere még a fejlett jogban sem hal el szükségképen és hogy a legtokéletesebb forgalmi viszonyok sem teszik szükségessé a kötelező akarat-egyezmény dogmáját, meggyőző erővel bizonyítja az angol (és amerikai) jogállapot még mai nap is. Már *Rüttimann* remek könyvében¹ kifejtette az angol consensualis szerződés sajátos természetét: bármilyen egyezmény (a formális ügyletektől — *contracts under seal* — eltekintve) csak akkor érvényes, ha «jó alapja» (*good consideration*) van. A «*consideration*» fogalma már most újabban két hivatott tollból származó jeles értekezés által a *continentalis* jogirodalomban is bőven megismertetett.² E szerint a *consideration* röviden a szerződési ígéret ellenértéke, vagy mint egyik legelső angol jogiró, *Pollock*³ meghatározza: *Consideration is that which is actually given and accepted in the return for the promise.* A ki ellenérték nélkül ígér, nem köteles ígéretét beváltani — az angol jog nem ismeri az alaktalan ingyenes szerződést. Nem meglepő-e itt is a hasonlóság a római jogállapottal? A római jog is mindvégig idegenkedett az ingyenes szerződésektől.⁴ A ki a régi Rómában jogérvényesen, *jure Quiritium* ajándékozni akart, kénytelen volt ajándékát a színleges adásvétel formájába burkolni: a *mancipatio*, a színleges adás-vevés volt az egyetlen forma, melyet a legrégebb jog a *jus Quiritium* sze-

¹ *Englischer. Civilprozes* 26/27.!

² *Schuster Busch* Arch. f. HR. (4Ö. köt.) és *Hartmann* Grundprinzipien der Praxis d. engl. amer. Vertragsr. Archiv. f. civ. Prax. 77. kötet.

³ *Principles of Contract* 167. 1.

⁴ V. ö. a következőhöz *Ihering* remek fejtegetését: *Zweck im Recht* 277. és köv. 11.

rinti átruházás céljára ismert, sőt még a halál esetére való liberalitas, a végrendelezés is csak a familiae emptio alakjában volt lehetséges. Csak későn — *Ihering* szerint¹ csak a város hetedik századában — határozza magát a római jog az ingyenes kötelező Ígéret elismerésére: a mandátum formájában. De a mandatarius nincs is oly feltétlenül kötelezve, mint az, ki szolgálatait ellenszolgáltatás mellett felajánlja (conductor) — a mandatarius, ép úgy mint az ingyenes sequester és arbiter indokoltan visszaléphetnek, mit a conductor nem tehet. Sőt a mandátum sem feltétlenül ingyenes — nagyobb szolgáltatásoknál illőnek tartották, hogy a megbízottat honorálják, sőt a kikötött honorárium perelhető is volt. Az egyetlen ingyenes kötelező Ígéret, melyeket a római jog régtől fogva elismert, a votum és a pollicitatio, sem tisztán liberálisak. A votum — *Ihering* szerint id. h. — «nem más, mint az istenséggel kötött innominat-szerződés, nem érdeknélküli ajándékozás, hanem teljesítés Ígérete a kívánt viszontteljesítés alapján, kötelező ereje a «res»-en nyugszik. Es a pollicitatio sem kötelez mint pusztán liberalitas,² hanem csak akkor, ha különös ok (justa causa) van igazolására» — gyökere ez intézménynek is, mint az előbbinek, a reális «do ut des.» Azon lépés, melyet Justinianus tett, midőn a római jog ezeréves hagyományával szemben a pusztán alaktalan ajándékozási pactumot kötelezőnek jelentette ki — nem a római, hanem a keresztény szellem eredménye volt: ezer évig állt fenn a római jog, a nélkül, hogy az ellenérték nélküli Ígéretet, a liberális akaratból való kötelezést elismerte volna.

Ez az álláspontja az angol jognak még ez idő szerint is. Nem mert az adós a hitelezőnek bizonyos szolgáltatást ígért, hanem mert a hitelező a magáéból valamit adott, kötelez az angol szerződés: ex nudo pacto (ellenszolgáltatás nélküli akarategyezményből) non oritur actio. Ezzel összefügg, hogy a tisztán liberális szerződések kötelezőknek el nem ismertetnek. Az ajándékozás, a megbízás, a visszteher nélküli kezesség vállalás

¹ Schuldmoment 34, 35. 1.

² «Qui non ex causa reipublicae pecuniam pollicentur, liberalitatem perficere non coguntur fr. 1. §. 5. de poll. (50, 12.)

érvénytelen. De igenis, ha a hitelező, annak ellenében, hogy kezességet vállaltam, az adósnak valamit elengedett, vagy fizetési halasztást adott stb. szóval a kezességért valami ellenszolgáltatást tett — akkor érvényes. Hasonlóan a megbizott, ki a megbizást teljesítette, követelheti kiadásai megtérítését: nem mert a megbízó így Ígérte, hanem mert a megbizott a magáéból költött (re); ugyanez okból azt, a mi a mandátum véghezvitele folytán kezébe jutott, kiadni tartozik — ismét nem, mert így ígérte, hanem mert a másé van kezében (re). Az ingyenes szerződések elleni idegenkedés annyira megy, hogy a gyakorlat még a tisztán liberális szerződéseket is a visszterhesek mezébe kénytelen öltetni. *Hartmann* többször idézett értekezésében közöl egy esetet az angol gyakorlatból (Thomas v. Thomas), mely e tekintetben jellemző. Egy férj halálos ágyán tanuk előtt sajnálatát fejezte ki a felett, hogy nejenek nem eleget hagyományozott végrendeletében és kívánatát jelentette ki, hogy a hagyományon felül még vagy a családi házat vagy egy megfelelő összeget kapjon. Néhány nappal gyorsan bekövetkezett halála után, az elhunyt testvére, mint végrendeleti végrehajtó, az örökösök beleegyezésével szerződést köt az özvegyasszonnyal, oly tartalommal: hogy az elhunyt végső akarata iránti kegyeletből az özvegy ingyen lakhassék a házban, minek ellenében a házat jó karban tartsa. A szerződés itt az örökösök részéről nyilván az örökhagyó iránti kegyelet indokából liberalitatis causa történt; a bíróság elismerte a szerződést, de azon jellemző indokolással, hogy a hazfentartás kötelezettség ellenértéket képez (good consideration): elvileg a liberális szerződés csak mint visszterhes ösmertetett el. Az ajándékozási szerződés el nem ismeréséből következik a visszterher nélküli elengedés érvénytelensége is, mint az angol jogban a híres «Pinnels case» óta el van ismervé. (Pollock ib. 179. 1.) Pinnel 1600-ban adósától részfizetést fogadott el oly kijelentéssel, hogy e részfizetéssel egész követelését kiegyenlítettnek tekinti. Pinnel utóbb mégis beperelte az elengedett hátralékot és a bíróság egyhangúlag megítélte, mert a kinek nagyobb összeg jár, az kisebb Összeg fizetése által semmiesetre ki nem elégíthető (— «by no possibility a lesser sum can be a satisfaction to the plaintiff for a greater sum»).

Az, hogy a felperes beleegyezett abba, hogy a hátralék el legyen engedve, tekintetbe nem jön. Mértékadó nem az, hogy a hitelező mit akar, hanem mit kapott: nem a consensus, hanem a res.

Íme, e rövid történeti és jogösszehasonlító körültekintés hadd készítse elő a következő fejtegetéseinket. Nemcsak a kezdetleges jogtörténetben, hanem két oly fejlett forgalmú népnél, mint a későbbi rómainál és a mai angolnál, mily meglepő elvi ellentét az «akarategyezmény» mindenhatóságához / A subjectivismus, mely a «pacta sunt servanda» elve alapján a szerződés összes hatásait a szerződő felek belső akaratából származtatja, mely a német közmondást «Des Menschen Wille ist sein Himmelreich» jogi axiómává emeli, e népek jogában ismeretlen. Nem a subjectiv akarat, hanem bizonyos objectiv tényalapok azok, mikhez e jogok a maguk hatásait fűzik. Nem mondom, hogy a római jogtudomány ez elvi alap tekintetében mindenkor tisztában volt, bizonyos spiritualismus korszaka létezett az ő jogászaik között is és hiszen ismeretes a támadás, melyet épen e szempontból *Ihering* az ő utolsó könyvében («Der Besitzwille») Paulus «akaratdogmája» ellen intézett. De érdekes megfigyelni, hogy a midőn náluk a gyakorlati érzék összeütközésbe jut a dogmaticai schémával, mily finom tapintattal kerül ki többnyire, hogy a fogalmi következetesség kedvéért gyakorlatiatlan eredményre ne jussanak. Jellemző példát nyújt e tekintetben az úgynevezett *condictio Juventiana* esete: Többektől kértem kölcsönt, végül a kívánt pénzt A-tól megkapom, de azon véleményben, hogy B küldte. Létrejött-e itt a kölcsön köztem és A között? Nem, mondja a jeles *Juventius Celsus* (fr. 32. de reb. ered. 12, 1), mert kölcsön csak azok között jöhet létre, kik a kölcsönre nézve egymással megegyeztek, ez pedig a jelen esetben a személyben való tévedésnél fogva meg nem történt. De folytatja: *sed proprius est út obiigari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest) sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.* Celsus itt a szerződés létrejöttét elméleti szempontból kétségbe vonja (*subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti*), gyakorlatilag azonban mégis

megadja, mert az objectiv vagyonváltozás kötelez, nem a subjectiv akarat.

II.

Ha az akarat feltétlenül kötelező erejéről való dogma állana,¹ akkor két tételnek kellene minden szerződési viszonyban érvényesülnie. Először: hogy szerződési viszonyban mindaz, mire nézve a felek megegyeztek, jogilag kötelező; másodsor: hogy szerződésből csak oly jogi hatás állhat elő, a miyen iránt a felek megegyeztek.

Az első tétel kirekesztésére nem kell szót szaporítanunk. Kiki tudja, mily számosak a szerződési megállapodások, melyeket a bíró el nem ismer. Bizonyos szerződések egyáltalán nem köteleznek, mivelhogy oly érdekeket illetnek, melyeket a jog védelemben nem részesít, mások egyenesen meg is vannak tiltva;² az első osztályba tartozik az érdeknélküli szerződés pl. az első keringő ígéretének ismeretes példája; a másodikba bizonyos játékszerződések.³ Ide tartoznak továbbá bizonyos szerződési mellékhatározmányok, mint tilos kamatok megállapítása stb. Általában pedig:

1. 7. §. 16. de pact. (2, 14). Et generaliter quotiens pactum e iure communi remotum est, servari hoc non oportet.

Bővebben kell szólnunk a második tételről. Azon körülmény, hogy a felek akaratának bizonyos korlátok szabvák, melyeken túl az nem érvényesülhet, még nem zárja ki a lehetőséget, hogy ezen korlátokon belül, azaz magában a jogilag megengedett és védett szerződésben a felek akarata és csakis a felek akarata érvényesüljön.

Ám ez sincs így. Van egy egész sora a kötelmeknek,

¹ *Bruns* Holtendorff Encyclopédiájában 365. 1: «Der Inhalt des Rechtsgeschäftes ist nichts als der Inhalt des Willens».

² Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti; 1. 26. V. O. (45, 1), 1. 15. de cond. instit. (28. 7.), 1. 134. V. O. (45, 1), tit. 24, 1. de donat, int. v. et. u. 1. 1. §. 12. de extraord. cogn. (50, 13), 1. 7. mand. (17, 1), 1. 123. V. O. (45, 1.)

³ 1. 2. de aleat. (11, 5). Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere. L. *Trendelenburg* szép elmékedéseit a tilos szerződésekről: *Naturrecht auf d. Grundé der Ethik*. 1. kiad. 236 és köv. 1.

melyek a jog- által változatlanul és feltétlenül bizonyos szerződési tényálladáshoz kötvék, oly formán, hogy a felek ez utóbbit elő nem állíthatják, a nélkül, hogy ama törvényes kötelmeket is magukra ne róvják. E kötelmek beállanak önmaguktól, anélkül, hogy a felek azokat megállapították, róluk említést tettek, vagy reájuk akárcsak gondoltak volna is: beállanak nem a felek akaratánál fogva: vi voluntatis, hanem a törvény parancsánál fogva: vi necessitatis. A viszony, mely a felektől megállapított és a törvényes kötelmek között fenáll, azoknak úgy száma, mint súlya szerint igen különböző lehet. Lehet, hogy a szerződési ügyletből előálló kötelmek legnagyobb és legfontosabb részei a felek autonómiájára vannak bízva és a jog csak csekély kiegészítő, adminiculáló tevékenységre szorítkozik; lehet az is, hogy a jog maga állapítja meg a szerződési ügyletből fakadó összes kötelmeket kötelezőképen olyformán, hogy a felek akaratára csak az ügylet, azaz a törvény által megkövetelt jogi forma betartása van bízva: hogy ezen ügyletből, ha a felek egyszer megkötötték, minémü kötelmek származzanak, nem függ többé a felektől, hanem a törvénytől. A mit a római jogász a mandátumra mond, ily értelemben ezen szerződési jogra áll: voluntatis est suscipere: az ügyletkötés a felek akaratától függ, de ha az ügylet egyszer meg van kötve, akkor necessitatis est consumere: az ügylet jogi hatásai kényszerítő szükséggel, a törvény erejénél fogva állanak be és a kifogás: én ezen kötelmeket az ügyletkötésekor nem akartam, többé tekintetbe nem jöhet. Ilyen természetet öltének a szerződések azon mértékben, a mint fontosabbak, gyakoriabbak és a gyakorlati élet által, szokás vagy törvény által, hogy úgy mondjam sűrűbben átdolgozottak. Az oka ezen jelenségnek elég érthető. Ha *SL* szerződésből csakis oly hatások fakadhatnak, melyeket a felek az ügylet megkötésekor kifejezetten megállapítottak, egy-egy ügylet több vigyázatba, előrelátó munkába és fáradságba, vitába és időbe kerülne, mint a mennyi haszonnal akár a legjövődelműbb ügylet is kecsegtet, és mi több, a leggondosabb munka és fáradság mellett is mindig előállhatnának bonyolulatok, melyekre a felek figyelme ki nem terjedt és ki nem terjedhetett: neque leges neque Seta ita scribi

possunt ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehenduntur 1. 10 de leg. 1, 3) mert: ea quae raro accidunt non temere in agendis negotiis computantur, L. 64. R. J. (50, 17). Lehetetlen tehát, hogy a felek szerződéses megállapodása, a *lex contractus*, legyen egyetlen szabály a szerződésből eredő összes kérdések eldöntésére: mert akkor igen sok szerződésbeli jogkérdést egyáltalán nem lehetne elbírálni: e követelmény a forgalom biztonságával ellenkezne. Másfelől minden forgalom a maga szükséges mozgékonyágában meg volna bénítva, ha egy-egy ügyletet, melynek megkötése ma egy tollvonás vagy egy fejbólintás által lehető, csak az összes jogkövetkezmények tüzetes megállapítása árán lehetne eszközölni: ez megsemmisítené a forgalom gyorsaságát. A forgalom biztonsága és gyorsasága megköveteli tehát, hogy a törvény a felek feladatát mentül kevesebbre redukálja, maga mentül többet vegyen kezébe mindazon munkából, melynek a szerződési cél elérésére megejtetnie kell; a biztonság követeli, hogy a szerződési szabályok mentül teljesebbek, mentül kimerítőbbek legyenek; a gyorsaság követeli, hogy ezen szabályok közül mentül kevesebb kelljen a feleknek gondolniuk, hogy a feleknek a szerződés előállítására körüli munkája a lehető minimumra redukáltassék. Arii ezen feladatot a törvényhozás nem végezheti minden lehető szerződési alakulatra egyformán. A gondolható szerződési célzatok száma végtelen, végtelen tehát azon lehető szerződések száma is, melyeket a mindennapi forgalom világgá bocsát. Mindezek számára tehát a forgalmi élet külön szabályokat nem alkothat, ezeknek minden fontosabb tekintetben való rendezése tehát tényleg kell, hogy a felek kifejezett megállapítására bizassék. Ide tartoznak azon határtalan számú szerződések, melyeknek a mindennapi forgalomban való szokatlansága és ezért a jog részéről való gondozatlansága már abban is nyilvánul, hogy nevük sincsen: a mai élet számtalan (*consensualis*) *innominat contractus*ai. (Brinz Pand: 2. kiad. §. 337.) A jog, mely nem az egyes esetet, hanem az összességet, az átlagot, a *typicus* életjelenségeket szabályozza, csak a *typicus* szerződéseket, azaz a leggyakoribbakat veszi gyámkodó gondozása alá: felállít bizonyos *typicus* ügyleteket, melyek úgy megkötésük formája,

mint jogi hatásuk, mint gazdasági célzatuk szerint egyszer mindenkorra meghatározzák. A felek, kik eme gazdasági célzatot kívánják, csak amaz ügyletet veszik elő: hogy ama jogi hatásokat is ismerik-e vagy sem, akarják-e vagy sem, az ügylet jogi elbírálásánál közömbös. Ezen a felek akaratától független jogi hatások közül, bennünket itt csak a kötelmek érdekelnek: törvényes kötelmek a mennyiben tényleg nem a felek megállapodásából, hanem a törvényből veszik eredetüket, másfelől szerződésen belőli kötelmek, a mennyiben keletkezésük alapja szerződéskötés, mely körülmény ama kötelmek védelmére szolgáló keresetek nevében (*actio emti, locati* stb.) nyer kifejezést. Ezen szerződésen belőli törvényes kötelmek pedig vagy I. absolut természetűek, a mennyiben minden körülmények között a szerződés megkötésével együtt kényszerítőleg advák; vagy II. subsidiár természetűek, a mennyiben csak a felek egyéb megállapodása hiányában állanak be.

i. A szerződésen belüli absolut törvényes kötelmek leg^¹ élesebben mutatkoznak a formálszerződéseknel.¹

Hogy a formálszerződések esetében a szerződő felek akaratának csakis az ügylet formájára, nem pedig az ezen formához kötött joghatásokra kell irányulnia — ma már mind általánosabban elismertetik. A ki a rómaiaknál az ünnepélyes «centum dare spondes?» szavakra rámondta a «spondeo» szót (Gaj. III. 92—127.); a római, ki valakinek házikönyvébe (*codices accepti et expensi*) az adóssági nyilatkozatot beírta (Gaj. III. 128—134.); a peregrinember, ki egy chirografumot vagy syngrafumot állított ki; a mai váltókibocsátó, elfogadó, forgató, ki nevét ily minőségben a váltóra teszi stb: mindezek ezen forma megcselekedése által egy egész sor valóságos és eshetőleges kötelmet vállaltak magukra, a nélkül, hogy az: vájjon ezen kötelmeket akarták-e magukra vállalni, vagy hogy ezen kötelmek bekövetkezéséről akárcsak tudomással is bírtak-e? tekintetbe jöhetne.

Drastikus példa a formálszerződések ezen természetére a

¹ A következő bővebb kifejtése azon gondolatnak, melyet már «Új irányok a magánjogban» című értekezésemben (36. és köv. 11.) érintettem.

házasságkötés jogügylete. (Rittner Eherecht 170—171. 1.) A leánytól, ki midőn férjhez megy, a házasságkötési világi vagy egyházi ceremóniáit végzi, nemcsak hogy meg nem kívánjuk, de a mai társadalmi felfogás egyenesen tiltja, hogy ezen jogügylet egyik legfontosabb jogi következményéről, a nemi köteleességről, még csak tiszta fogalommal is birjon. Hova jujtnánk, ha a férjnek ezen köteleesség teljesítésére irányuló követelésével a feleség kifogásképen arra hivatkozhatnék, hogy a házasságkötésekor ő ezen köteleességet magára vállalni nem akarta! Valójában az összes formálügyletekre áll az, mit *Plósz* a váltóügylet tekintetében mond (Váltójog 28. §.): Oly (váltói) akarat felvételét, a minőt az általános magánjogban mint kötelezési akaratot ismerünk, meg nem engedhetjük . . . mert ha a kötelezési akarat mint olyan lényeges volna, akkor annak hiányában a (váltó-) kötelezettség senki irányában sem jöhetne létre . . . az akarat, mely az (váltó) ügylet létrejöttéhez szükséges . . . nem egyéb, mint ... a formának akarása». V. ö. Karsten. Die Lehre vom Verr. bei den ital. Juristen d. Mittelalters 14. 1. «Die Willenseinigung bei stipulatio u. literarum obligatio ist wesentlich und alléin auf die Form . . . gerichtet, so dass sie nur in dieser Richtung Werth hat» 20. 1. «Der consensus geht alsó nur auf die Form.» De a nem formális szerződésekben is akárhány ily absolut, a felek által másíthatatlan, kötelem áll elő. Az u. n. *naturalia negotii* tetemes része ilyen a felek akaratától független természetű. Az összes *bonae fidei contractus*okban az *exceptio dólí* «*tacite inest*», azaz a megcsalt fél az ellenfél csalárdságát érvényesen megtámadhatja, még pedig oly feltétlen érvénnyel, hogy még az ellenkezőnek kikötése sem szünteti meg e jogát: a *pactum ne dolus debitoris* *præstetur* érvénytelen.¹ A vevő joga, hogy az áru hiányai alapján árcsökkentést vagy visszalépést követelhessen, másíthatatlan.² A zálogszerződésnél a *distractio* jogáról való lemondás érvénytelen.³ A házasságkötésnél a *pactum ne liceat divortere*

¹ Fr. 23. (50, 17) fr. 1. §. 6. §. 7. §. 32. §. 47. depót. ló. 3.)

² *Thöl* Theaterprocesse 39. 1.

³ *Windscheid* Pand. 237. §. 1. jegyz.

érvénytelen.¹ A vendéglőssel, fuvarossal, istálóssal kötött bérleti szerződés esetén a receptum szerinti felelősség helyes nézet szerint kényszerítő természetű.² Ilyen a vasúti fuvarosok fokozott felelőssége³ stb.

II. A szerződési subsidiarius kötelmek helyt engednek ugyan a felek eltérő megállapodásának. De azért, ha a felek ily eltérő megállapodásra nem léptek; beállanak vi legis és tekintet nélkül arra, akarták-e a felek ezen kötelmeket vagy sem. Fr. n. §. i. de act. emt. vend. (19, 1): quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus iudicii potestate. Példákat e tekintetben tán fölös szaporítanom. Ha e subsidiarius kötelmek is a felek akarátának kifo-lyásai volnának, akkor a szerződések subsidiarius hatásai iránti kérdés mindenkor csak queestio facti (voluntatis) volna; való-
ságban pedig e kérdés mindenkor quaestio juris és csak a positiv jog ismerete segít megoldására. Mit tud a laikus vevő az evictio, a mora, a casus deteriorationis et interitus joghatásairól? Mit tud a laicus depositarius arról, hogy a letéti szerződés esetében csak culpa latáért felelős r Mit a zálogba-
adó arról, hogy a zálogtárgy alkalmatlansága esetén más zá-
log adására köteles (fr. 9. pr. fr. 16. §. 1. fr. 32. de pign. act. 13. 7)? Tudja-e minden bérbevevő, mily beruházások tek-
intetében követelhet megtérítést és milyenek tekintetében illeti csak a jus tollendi? Tisztában van-e a laicus (sőt a tan
mai állapotában még a jogtudós is) az iránt, mennyiben felel
a vállalkozó alkalmazottjai hibájáért? A fél öntudatos akara-
tából foly-e a szabály, hogy a socius csak a culpa quam in
suis rebus-ért felelős, vagy hogy a társak követelései ellené-
ben a beneficium competentiae illeti? A mandatarius akarata-e
az, mely határozza, hogy a megbízás örököseire át ne men-
jen (római jog szerint), vagy átmenjen iker. törvényünk sze-
rint)? És így tovább a végtelenbe. Azon ezer meg ezerféle
joghatás közül, mely a forgalom tarka életében minden pil-
lanatban előáll, valóságban csak a legkevesebb az, melyet a

¹ Puchta Instit. II. 404. f. jegyz.

² Más nézetten Windscheid Pand. 384. §.

³ Windscheid ib. 9. jegyz.

felek tudatos akarata szült. Igaz, a felek a subsidiarius joghatásokat kikerülhették volna. Szabadságukban állt, hogy e törvényes kötelmeket kifejezetten kizárják, hogy helyökbe más, többé-kevésbé eltérőket, sőt ellenkezőket állapítsanak. De a mit ki nem kerültem, arra még nem mondhatjuk, hogy akartam. Kikerülhetem, hogy az utcán téglá ne essék a fejemre — csak nem kell a házsorok közelében járnom; de ha e veszélyt ki nem kerülöm, még sem akaratom volt az, mely a téglát fejemre zúdította. Mindennapi dolog, hogy a fél utólag panaszkodik ügyvédjének, hogy a kötött szerződés alapján ilyen-olyan terhes következmények állottak elő, mikről azelőtt sejtelve sem volt — lehetséges volna-e ez, ha a szerződés összes joghatásai csak akaratából állhatnának elő r

A fenti jelenségek sokkal feltűnőbben tolják fel magukat, semhogy az elmélet azokat bármikor észre ne vette volna. De a szerződési «akaratdogma» oly erős volt, hogy alája kellett szorítani e jelenségeket is. A legmesterkétebb magyarázatokhoz folyamodtak, hogy a szerződésen belőli törvényes kötelmeket a felek akaratára vezessék vissza. Így keletkeztek azután a következő scholasticismusok, melyek egyik-másik formában a mai napig minden pandekta-kézikönyvben olvashatók.

1. Régi és elterjedt tan az, mely a törvényes kötelmeket a felek hallgatólágon kijelentett akaratára vezeti vissza. Már most igaz, hogy a római források a naturalia negotii-féle kötelmekre gyakran alkalmazzák azon fordulatot, hogy a felek ezeket «hallgatólágon akarták». Sok más helyett utalok a Dig. 20. 2. feliratára: «In quibus causis pignus tacite contrahitur». De már Savignay megczáfolta e felfogást. «Helytelen a feltevés — úgymond¹ — hogy az adós minden jogügyletnél, melyhez törvényes zálogjog van csatolva, ily elzálogosítási akarattal bírna. Ha valaki pl.,lakást bérel, vagy jószágot vesz haszonbérbe, aligha fog arra gondolni — hacsak véletlenül nem jogtudós — hogy bútora vagy. gazdasági felszerelése most zálogjoggal terheltesség; valóság szerint ez csak a jogszabály erejénél fogva történik, mely e zálogjogot

¹ System III. 254. 1.

természetesnek, méltányosnak és czélszerűnek látja». A mit Sávigny itt a *pignus tacite contractum*-ra mond, az tényleg áll a *naturale negotii* egész osztályára. Kétségtelen, hogy ezen törvényes kötelmek történetileg a felek akaratóból vették eredetükét. Így tudjuk például, hogy az *evictio*ért való törvényes szavatosság a vételi szerződésnél eredetileg a felek egyenes kikötésén alapult, mint ezt a Bruns közölte *ibrmulárékben*¹ még ma is olvashatjuk. E kikötés későbbben oly magától értetődő valami volt, hogy az adásvételi jog természetes alkatrészének, *naturale negotii*-nek vették. De mit jelentett ez? Azt, hogy ez időtől fogva, mihelyt az *evictio*t a felek ki nem zárták, a szavatosság kötelme beállott, tekintet nélkül a feleknek igazi (talán ellenkező, csakhogy . ki nem fejezett) akaratóra. De hogyha egy jogi hatás beáll, akár akarom, akár nem, akkor nem lehet mondani, hogy ezen hatás az én (hallgatva vagy egyébként kijelentett) akaratomnál fogva állt be. Ezen eredményt elfogadja *Windscheid* is, Pand. 85. §. 1. jegyz.: «Wenn man als drittes Glied der Eintheilung (*essentialia, accidentalia*) die *naturalia negotii* hinzufügt . . . so liegt der Vorwurf gegen diese althergebrachte Eintheilung nahe, dass sie Gewolltes und Nichtgewolltes zusammenstelle. Diesem Vorwurf lässt sich nur in der Weise begegnen, dass man sagt, das Recht bringe in der Ordnung jener *naturalia negotii* wenn auch nicht den wirklichén (bewussten) doch den eigföntlichen Willen der Partheien zur Geltung, spreche nur aus, was die Partheien selbst ausgesprochen habén würden, wenn sie gerade diesen Fali in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten.» De ha ő azt az akaratódogmával oly fordulattal véli összeegyeztethetni, hogy e kötelmek nem hozzák ugyan érvényre a felek valódi akaratót, de igenis azon voltaképeni akaratókat, mellyel birtak volna, ha e kötelmek esetére is gondoltak volna: úgy csak azt kérdem: honnan tudja ő a *concret* esetben azon akaratót, mellyel a felek birtak «volna»? És vájjon, miért köteleznek ezen *naturaliák* akkor is, a midőn utóbb kisül, hogy a felek

¹ *Fontes*205.es köv. 11: «*Eum puerum sanum traditum esse, furtis noxaque solutum, erronem, fugitivum, caducum hon esse; prestari*» stb.

(vagy azok egyike-másika) ezen akarattal tényleg nem bírt volna»? A mikor például a fél más Írásbeli feljegyzéseiből, naplójából, az illető szerződés magánfogalmazványából, előbb kötött hasonló szerződéseiből kitűnik, hogy ő a kérdéses tekintetben egészen másnak képzelte a jogkövetkezményt, sőt hogy el is volt határozva e felfogásnak a szerződési okiratban kifejezést adni, csak hogy később e szándékáról ismét megfeledkezett? A hallgatóságos akaratkijelentés kétségen kívül használható fogalom. De ha nem akarjuk, hogy minden tartalmától fosztva, minden ködös általánosság, minden homályos gondolatlanság leplezésére felhasználhassék, akkor meg kell követelnünk, hogy mindenütt, hol « hallgat ólag-os akaratkijelentésről» szólunk, a következtetés a kijelentésről az akaratra logikai kényszerűséggel történjék. Lehet-e ily értelemben a subsidiarius kötelmekre vonatkozó «hallgatóságos kijelentésről» szólni? Lehet-e abból, hogy két laikus szerződést köt és a főpontok tekintetében egymás között megegyeztek, hallgatóságos kijelentést kiértelmezni oly joghatások tekintetében, mikről ők talán sohasem hallottak, miket nem ismertek, tehát nem is akarhattak? Az ilyen értelmezésre a Goethe gúnyszava áll: «Legt Ihr's nicht aus, so legt was untért.»^x

2. Csak némi módosítás az, mit a fent czáfolt felfogáson egyes újabb írók, mint *Karlowa*, és *Eisele*³ tesznek. A laikus, — mondja az előbbi — ki a jogügyletet végzi, nem hozza mindig tisztán öntudatára, mit akartat vele a jog (was das Recht ihn wollen lässt). Jog és jogtudomány helyette gondolkodnak, és fogalmi, jogi alakba öntik azt, amit ő tökéletlen, nem jogi-technikai alakban gondolt és akart». És Eisele: «A kellő akaratirány fenállhat, a nélkül, hogy a joghatásokra irányzott akarat mint olyan a fél öntudatába lép».

Más szóval: a felek, ha nem is ismerik e joghatásokat,

¹ A helyes felfogás képviselője *Thöl* I. 248. § végén: Übrigens ist der gesetzliche Inhalt des Geschäftes nicht als stillschweigend vereint bárt zu behandeln.

² Das Rechtsgeschäft 177. 1.

³ Krit. Vierteljahrsschr. 20. köt. 7. 1.

mégis akarják azt az előttük ismeretlen valamit, a mit a jog «velük akartat» vagy «helyettük akar»; ők látatlanba alávetik magukat és ez által magukévá teszik a jog akaratát; blankettet adnak mintegy a jog kezébe, hogy reája írja nevükben, amit jónak lát: ez az, amit *Zitelmann* «általános» vagy «határozatlan akaratnak» nevez.

Ezt mesterkéltnak és a tényeknek meg nem felelő felfogásnak tartom. Nem tagadom, hogy lélektani szempontból, ha úgy tetszik, az ilyen határozatlan tartalmú akaratot is még « akaratnak» lehessen nevezni. El tudom képzelni, hogy az üzletfőnök, ki a levelezője által elébe tett leveleket látatlanba aláírja, ez által gondolatban elfogadja, «akarja» azt, amit levelezője irt, bármi legyen is — ő belenyugszik az ismeretlenbe; hogy az árverési vevő, ki az árverési terembe lép és az árverésen részt vesz, miután a feltételeket már felolvasták, belenyugszik e feltételekbe, elfogadja *tels quels*, bár nem ismeri; hogy az, ki másnak általános felhatalmazást ad, előre elfogad mindent, mit a meghatalmazott tenni fog, bár e cselekvése jövő tartalmáról előre mit sem tud — a másiknak kezébe adja akaratát, irányítsa ahogy neki tetszik. Mondom, ez így lehet, de nem szükségképen így van, sőt, merem mondani, rendszerint nincs így. Mindenki, ki a fenti cselekményeket végzi, rendszerint «valamit» képzel ezen előtte ismeretlen alatt is. A főnök nem tudja, mi áll az elébe tett levélben, de azért ez ismeretlen x mégis bizonyos előtte ösmeretes határokon belül mozog, és hasonlóan van a többi felhozott esetekben is. De ha a levél, mely a főnök képzelme szerint a rendes üzleti körben mozog, valóságban valami esztelen elhatározást, valami indokolatlan becsületsértést stb. tartalmaz: akkor joggal fogja mondhatni, hogy ezt nem «akarta». A civiljogi következményt ugyan ilyenkor is köteles lesz magára venni, de nem mert ama levél tartalmát akarta, hanem daczára annak, hogy nem akarta. Hasonlóan vannak a felek a szerződés subsidiarius hatásaival is. Hiszen ők is, ha szerződést kötnek, rendszerint tudják, hogy ebből

¹ Die juristische Willenserklärung (Jahrb. f. Dogm. 16. köt. 398.1.) és Irrthum und Rechtsgeschäft 514. 1.

mindenféle jogi következmények előállhatnak, amiket nem ösmernek; rendszerint ebben a tudatban kötik az ügyletet. De ez ismeretlen következményekről is rendszerint valami bármi általános képet alkotnak, legalább azt a negatív képet, hogy e következmények nem lesznek olyanok, melyek számításukat megghiúsítják. És hogyha ebben a feltevésben csalódtak, ha később e hatások kedvezőtlenebbek mint képzelték: lehet-e még akkor mondani, hogy e hatásokat, úgy a mint vannak, akarták? Példa százával kínálkozik. Valaki uzsorás ügyletet köt és azt hiszi, hogy az ő ügylete nem esik az uzsoratörvény alá; egy kereskedő többbedmagával kölcsönt vesz fel és azt hiszi, hogy ő csak a megfelelő hányad fizetésére lesz köteles; valaki háromszoros árban adja el a lovát és nem tud a *laesio enormis* tilalmáról — lehet-e e felekre mondani, hogy a bekövetkező hatást, úgy amint beáll, akarták? Igaz, tudniok kellett volna, hogy a hatás esetleg más is lehet, mint minőnek képzelték. De itt nem azt kérjük, mit kellett volna tudniok, hanem mit tudtak? És ha tudatában voltak is annak, hogy a jogkövetkezmény esetleg más lesz, mint képzelték: lehet-e még ez esetben is mondani, hogy e «mást» akarták? Ez Grotius mondására emlékeztet, hogy a gyilkost saját akaratánál fogva akasztják fel, mert ő is tudta, hogy esetleg fel fogják akasztani.

3. Ismét mások egy lépéssel tovább mennek. Elismerik? hogy a szerződési törvényes kötelmeket a felek nem mindig akarják. De a törvény — úgy mondják — vélelmezi ez akaratukat, mindaddig, míg eltérő akaratukat ki nem fejezték. Minthogy e kötelmek többnyire a felek igaz akaratának megfelelnek, felteszi ez akaratukat ott is, a hol a felek e kötelmekről hallgatnak: a *naturalia negotii* e szerint a felek praesumptiv akaratának értelmezésén alapulnak. E felfogás, az idevágó írók tekintélye és száma szerint ítélye, ma talán uralkodó felfogásnak mondható.¹

¹ Így *Savigny* Syst. §. 16. «Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens», *Keller* Pand. 10. §. e szabályokat egyenesen *tinterpretationes voluntatis*-nak nevezi, *Brinz* 24. §. 110. 1. (elnsoweit das Privatrecht) seinen eigenen Willen- imr. für den Fali, da (die Parteien)

Ez ellen hármias észrevételünk van. Először: ha a «vélelem» a «vélelmezett akarat» kifejezése komolyan van értve, akkor a vélelmezett kötelmek csak addig állhatnak be, amíg az illető fél a maga eltérő akaratát be nem bizonyította. Ha tehát a kölcsönvevő a visszafizetés idejét meg nem állapította, beáll, vélelmezett akaratánál fogva, a szabály «quod sine die debetur, statim debetur»; de mihelyt a kölcsönvevő bebizonyítja, hogy ő igazában hat óra akarta a pénzt felvenni, e szabály többé helyt nem foglalhat. Így van-e a dolog? Mindenki tudja, hogy nincs. Bármit akart is a fél, ha ő ezen akaratát idején ki nem fejezte, beáll a subsidiarius jogszabály, melylyel szemben az eltérő akarat igazolásának helye nincs.¹ Már pedig oly vélelem, mely ellenbizonyítást meg nem tűr (u. n. *presumptio juris et de jure*) valójában nem vélelem, hanem *factio* — ennek ami szempontunkból való értékéről pedig alább fogunk szólni.

Másodsor: E nézet a vélelem fogalmának a törvényhozási indok fogalmával való összezavarásán sarkal. A törvényhozó ugyanis a szabályok felállításakor bizonyos ténybeli feltevésekből indul ki, melyeket a tapasztalat a legtöbb esetben valóknak igazol, és melyeket ő ezért az illető életviszony rendezésénél általánosságban igazaknak vélelmez. E ténybeli feltevéseket egy ismeretes jogiró példájára² «törvényhozási vélelmeknek» lehet nevezni. Valamint a bíró bizonyos tényállás esetén a törvény rendeleténél fogva más, azzal rendszerint összefüggő tényeket valóknak vélelmez, úgy a törvényhozó is egy rendezendő életviszony szabályozásánál más azzal rendszerint összefüggő tényeket, mint rendszerint valókat tekint és ezekhez alkalmazza szabályait, tekintet nélkül arra, vajjon ama feltevés a konkrét esetben valónak bizonyul-e vagy

selbst nicht ausdrücklich wollen, und nur so wie diese vermuthlich wollen, vorschreibt», *Wächter* Pand. 20. §. nAusdruck und Auslegung des nur theilweise ausdrücklich ausgesprochenen Privatwillens», V. ö. *Arndts* Land. 65. §. *Püchta* Pand. 148. §. 9. jegyz. *Windscheid* Pand. 231. §. r. j.: «auf Grund des präsumirten Parteiwillens».

¹ *Thöl* Handelsr. 65. §. ' tder vermuthliche Wille- gegen den wirklichen». . . , , . .

² *Burckhardt* Die Civilistischen PräsuptionenJ

sem?¹ Így pl. azon ismeretes kanonjogi szabály, hogy a házassági válóok megszűnik, mihamarabb a felesége hibájáról tudomással bíró férj vele újból elhal, azon törvényhozói vélelmen alapszik, hogy a férj neki megbocsátott; így a törvényhozó vélelmezi a *consensus de praesentit*, mihamarabb a *de futuro* eljegyzettek közösülnek. Más példák a római jogból: a szabály, hogy a *filius familias miles* kölcsön vétele (a *SC. Maced.* szabályától eltérőleg) perelhető, azon törvényhozói vélelmen alapul, hogy a katona hadi czélokra veszi fel a kölcsönt; a szabály, hogy a *mater binuba* az első házasságbeli gyermekeinek adott ajándékot *propter ingratitudinem* vissza nem vonhatja, azon vélelemből indul ki, hogy az ilyen visszavonásnak igaz oka többnyire nem annyira a gyermekek hálátlansága, mint az anyának második férje iránti tekintete.» A különbség ezen «törvényhozási» és a technikus értelemben vett, mondjuk «jogi» vélelmek között szembeötlő. Az előbbieket csak mint a törvényhozó indokai jönnek tekintetbe, de ha a szabály egyszer meg van hozva, akkor alkalmazandó, tekintet nélkül arra, talál-e a konkrét esetre amaz indokbeli feltevés vagy sem: A válóok tehát megszűnik, ha mindjárt a férj beigazolja, hogy az elhalás alkalmából nem bocsátott meg nejének; a házasság létrejön, ha mindjárt a volt jegyesek beigazolják, hogy a közösülést nem *consensu de praesentit* végezték; a *filius familias* kölcsöne érvényes, ha igazolja is, hogy a pénzt nem katonai célra vette fel; és a *mater binuba* vissza nem vonhatja az ajándékot, ha mindjárt bizonyítja is, hogy gyermekei csakugyan hálátlanok voltak. E vélelmezett tények a szabály indokához taitoznak, de nem tényalapjához; a törvényhozó meghozta, mert többnyire valóknak tartotta, de a bíró alkalmazni köteles, ha *in concreto* nem is valók. Nem így a jogi vélelmek esetén. Ha egy bizonyos joghatás egy bizonyos jogi vélelemtől van feltételezve, akkor, mihamarabb bebizonyul, hogy a való tényállás *in concreto* a vé-

¹ Fr. 4, 5. de leg. (i, 3) Celsus: Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur, nam ad ea potius debet adaptari jus, quae et frequentur et facile, quam quae perraro eveniunt.

² Modern példák: a ker. törv. 47., 48. §-ai szerinti felhatalmazások törvényhozási nem pedig jogi vélelmen alapulnak.

delemnek meg nem felel, a joghatás be nem állhat. Így a «pater est, quem nuptiae demonstrant» vélelmétől feltételezett joghatások, pl. a tartás, nevelés iránti igény, az öröklési stb, be nem állhat, míhelyt a gyermek törvénytelen születése bebizonyíttatik, a hireveszettség vélelméhez fűzött joghatás elmarad, míhelyt igazoltatik, hogy a hireveszett még él stb. Már most világos, — hogy tárgyunkra visszatérjünk — hogy a naturalia negotii nem alapulhatnak a felek «jogilag» vélelmezett akaratán. A törvényhozó, midőn e pótló jogszabályokat felállította, ha nem is mindegyikőknél, de soknál kétségen kívül azon tapasztalati kérdésből indult ki, mit szoktak a felek az ilyen jogviszonyokban egymás között kikötni? E tipikus kikötések jó részét azután subsidiár jogszabályivá változtatta.¹ A felek tapasztalatszerű szándéka indoka volt e jogszabályok felállításának. De ma, midőn e szabályok megvannak, helyt foglalnak és alkalmazást követelnek tekintet nélkül arra, vájjon a konkrét felek, kik egy konkrét szerződést kötnek, akarják-e, tudják-e vagy ha tudnák, akarnák-e ezen szabályokat vagy sem? E subsidiár kötelmek tehát nem alapulhatnak a felek vélelmezett akaratán.

Harmadszor: E tan, mely a subsidiár jogszabályok hatályát a felek (vélelmezett) akaratára vezeti vissza, felforgatja a viszonyt magánakarat és törvény között.² Minden magán-

¹ Féléák: i. az evictióért való szavatosság 1. 293. 1.; 2. a receptumból való felelősség, mely az edictum ezen kitételéből tSalvum főre reci» pere a kitűnőlég eleinte valószínűleg szerződésileg vállaltatott (Windsch, Pand. 384. §. 4. jegyz.); 3. a jus distractionis a zálognál, mely eredetileg csak szerződésileg volt kiköthető {Dernburg Pand. I. 8. §.}; 4. az eredeti stipulatio dolura malum abesse et abfuturum esse» (fr. 38. pr. §. 1,2. fr. 83. V. O.) későbbben minden bonae fidei szerződés naturalejét képezte stb. Az átmenetet a szabad szerződési kikötéstől a subsidiár jogszabályhoz a római jogban igen gyakran az képezte, hogy a feleket az illető szerződési kikötésre a hatóság kényszerítette (compellendus est a praetore, a iudice): a kötelem e stádiumban tartalmilag törvényes, alakilag szerződési. L. *Ihering* Geist. d. r. R. III, 58. §. «Constructionshandlungen».

² V. ö. a következőhöz *Bülow* alapvető, mély gondolatú értekezését: Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung Arch. f. civ. Praxis 64. köt. 1—110. 1.

akarati szabályozás csak annyiban bír érvénynyel, amennyiben az objectiv jog azt megengedi. A fél akaratának érvénye tehát a tárgyi jogon alapszik, de nem megfordítva: a tárgyi jog a fél akaratán. A privát jogrendezés is törvényes jogrendezés: a fél csak azt formulázza, hogy mit akar? — de a tárgyi jogrend az, mely a magánfél akaratát jogerővel ellátja. A jogrend mintegy blankettörvényt ad a féi kezébe: írj reá (bizonyos általam szabott határokon belül) a mit jónak látsz! — de a mit a fél e blanketre reír, csak azért bír joghatással, mert a tárgyi jog azt előre (irt bianco) szentesítette. A¹ magándispositio is tehát közvetve a tárgyi jog dispositiója, az ügyleti rendezés is törvényi rendezés, a joghatás, mely a felek akaratából előáll, igazában a jogszabályból áll elő. Ily értelemben mondja a római jurista a végrendeleti Öröklést is törvényes öröklésnek, mert a magánfél végrendelete is csak a törvény engedelmé folytán bír *joghatálylyal*: fr. 130. V. S. (50, 16). «Lege pbenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmanur». Ily értelemben mondja a tizenkét táblás törvény: uti legassit — ita jus esto; ilyenben beszélnek a rómaiak lex contractusról, mondják: contractus legem ex conventionem accipimnt.

Ezen objectiv jogi szempontból kell megkelnünk a subsidiár jogszabály alapját is.. Nem mert a fél. Így akarja,, rendelkezik így a törvény, hanem mert a törvény így rendelkezik, akarhat (joghatályosan) a fél. A subsidiár jogot tehát époly kevésbé szabad a felek vélelmezett akaratából magyarázni, mint pl. az intestátöröklést a vélelmezett végrendeletéből. Ismeretes, hogy a dogmatika egy része valamikor ezen utóbbi hibát is elkövette. Ugyanazon kényszerítő okok, a melyek a törvényes öröklésnek ilyen felfogása 'ellen szólarat,» szólnak a subsidiár jognak a «vélelmezett magánakaratrát» való visszavezetése ellen is. Mindkét félfogásban van ugyan az igazságnak egy csirája is; a törvényes öröklés felállításánál a törvényhozó szintén, indokul használja, a» örök-

¹ Unger Erbrecht. r8. 1: 4. j.

hagyó, rendszerinti valószínű akaratát is, csakúgy mint a szerződési subsidiár szabályoknál a szerződő felekét. De ha az örökhagyó érvényes végrendelet nélkül halt el, akkor az intestatöröklés szabályai, beállnak, még akkor is, hogyha a concret körülményekből vélelmezhető, hogy az örökhagyó ezen öröklési rendet nem akarta. Tehát ha tudva van is, hogy legközelebbi törvényes örökösével halálos ellenségeségben élt, hogy számtalanszor ki is jelentette, hogy nekik halála után nem akar egy krajczárt sem juttatni, sőt ha ezen örökösait a maga — formahiba miatt érvénytelen — végrendeletében határozottan ki is tagadta: az öröklés mégis ama törvényes — subsidiár — öröklési szabály szerint megy végbe. Számos más flagrans példa a subsidiár perjogból a Bülow idézett értekezésében olvasható: ha a felek prorogált bíróság elé nem viszik az ügyet, akkor a törvényes illetőség áll be — de azért nem lehet mondani, hogy a törvényes illetőség a felek által vélelmezetten szándékolt bíróság; ha a felek az ítélet ellen nem felebbeznek, akkor az jogerőre emelkedik — de azért nem lehet mondani, hogy az Ítélet a felek vélelmezett akaratát tartalmazza; sőt az ítélet maga kikerülhető a felek egyezsége által — de azért lehet-e mondani, hogy az Ítélet azt tartalmazza, amit a felek, ha egyezséget kötöttek volna, vélelem szerint akartak volna? íme, azonképen vagyunk az összes magánjogi subsidiár joggal is: az objectiv jogtétel nem a subjectiv jogból magyarázandó, hanem megfordítva.¹

¹ A fenti gondolatot, mely a német dogmatikában csak a legutóbbi 10—15 évben jutott felszínre — de igaz, oly erővel, hogy ez idő egész elméleti munkájára reányomta bélyegét — minden megkívánható határozottsággal kifejtve találom már Toulliernél (*Le droit civil francais*), ki azt egy helyen következőleg fejezi ki (III. köt. III. tit. ch. I. §. 3—4.): *Toute obligation vient donc de la loi, vinculum juris, c'est la loi qui la produit en nous imposant la nécessité ou la contrainte morale de faire les actions qu'elle commande, d'éviter celles qu'elle défend, et de souffrir celles qui sont permises. Ainsi toute obligation suppose une loi antérieure; toute obligation vient de la loi soit immédiatement par un simple acte de la volonté de législateur, soit par le moyen de la volonté on du fait de l'homme, §. 4. Les conventions elles-mêmes n'obligent qu'en vertu de la loi qui commande de tenir la parole qu'on a donnée;*

4. Amit a «vélelmi» elmélet ellen kifejtettünk, fokozott mértékben áll azon felfogásra, mely a szerződési törvényes kötelmeket a felek «fictiv akaratára» vezeti vissza. Említettük fent, hogy a «vélelmi» elmélet a szerződő fél akaratát nem egyszerű praesumptio jurisra (mely ellenében az ellenbizonyításnak helye van) hanem praesumptio juris et de jure-ra alapítja, mely utóbbi pedig nem egyéb fictionál. Ám a fictio sohasem pótolja a valóságot: az akarat «képzeltetik» annyit tesz mint: az akarat valóságban nincs meg. A ki tehát a szerződési törvényes kötelmeket csakis a felek fictiv akaratára vezetheti vissza, ezzel beismeri, hogy nem vezetheti vissza a felek akaratára. Máshol kimerítően értekeztem a fictio dogmaticai értéktelenségéről,¹ nem ismétlem az ott mondottakat. A fictiók ideje lejárt a tudományban. Azt látjuk benők, amik: körülírt beszédet egyenes beszéd helyett. Ha valamely tényállásnak (nevezzük T-nek) bizonyos joghatása (J) van, és a törvény ugyanezen joghatást egy másik tényálláshoz (T^a) is akarja fűzni, akkor a helyett hogy azt mondaná: al[^]-nak is J hatása legyen» sokszor így mondja: «T^a-nak oly hatása legyen mintha T volna.» E kifejezőmód a római perjogból származott reánk, és a római perbe valószínűleg — mint Demelius ismeretes könyvecskéjében⁹ mutatta — a római vallási rítusból hatolt át. E kifejezési mód jogtörténeti érdekesség, de dogmaticai értéke nincsen. «Vannak tények — mondja *Savigny*³ — melyeknek a positiv jog oly erőt tulajdonít, mint az akaratnyilvánításnak, a nélkül hogy azért az akarat létezését állítani lehetne: ezeket fictiv akaratnyilvánításnak nevezem. Ez esetek többjénél lehet ugyan mondani, hogy az akarat létezése általában véve valószínű, miért is vélelmezett akaratról lehetne szólni; de más esetekben még ily valószínűségről sem lehet szó . . . sőt e fictio sokszor ott is alkalmaztatik, a hol a fél valóságos

il y a donc obligations imposées par la loi immédiatement. . . il y en a d'autres que la loi n'impose qua par le moyen ou par la suite de leur volonté, comme un effet de cetté volonté qu'elle sanctionne.

¹ Új irányok a magánjogban 57—59. 1.

² Die Rechtsfiction.

³ System III. §. 133.

akarata nem is lehetséges». E tényállással szemben nem látok hasznot abban, ha a szerződési törvényes kötelek alapját a felek «fictiv akaratának» nevével illetjük. Bár az elnevezés ártatlan dolognak látszhatik, mégis félrevezethet, aminthogy a fictióval való visszaélés nem egy pontban félrevezette az elméleti felismerést és a gyakorlati jogalkalmazást a mai napig.¹ De ha e subsidiár joghatásokat fictiv akaratnyilatkozatoknak nemcsak nevezzük, hanem valóságban a felek bármiféle akarata kifolyásának nézzük is: akkor ideje, hogy a fictio haszontalan fogalmával felhagyjunk, és a fictio mögött rejlő valóságot elismerjük. E valóság pedig abban áll: hogy amit a «fictiv akaratnyilatkozat» nevével takarunk, igazában nem akaratnyilatkozat, hanem törvényes jogszabály. A szerződésen belüli subsidiár kötelek, mint a naturalia negotii általában nem a felek akaratából, hanem a törvényből eredő joghatások.

III.

Minden jelbeszéd, történjék az szóval, Írással, taglejtéssel: közvetett akaratnyilvánulás. Nem akaratom az, mit az észlelő, kihez szólok, percipiál, hanem érzékbe eső jelek, melyekből akaratomra következett. E következtetés mindig bizonytalan; az eredmény sohasem több valószínűségénél. Egyazon jel, melyet éber állapotban az ilyen szándék kifejezésére használtam, nem enged ugyanily szándéokra következtetést, ha zavart állapotban, tréfából vagy épen tévesztés czéljából használom. A fej bólintása ezerszer igenlésnek vehető; a jel csal, mihelyt ellenfelem nem magyar, hanem török. Ugyanazon személy hallgatása ugyanazon kérdésemre hol azt jelentheti, hogy egyetért, hol azt hogy felém se hallgat. Minden akaratkijelentés tehát nem egyéb többé-kevésbé concludens jelnél s az észlelő szempontjából nincs különbség a tankönyvekben úgynevezett «közvetlen» (nyilvános) és a közvetett» (hallgatolagos) kijelentések között: egyik csak oly «közvetett» eszköz a jeltadó személy akaratának felisme-

¹ Példákat 1. *Bülow* értekezésében (Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten) (Arch. f. civ. Prax. 62. köt.)

résére, mint a másik, mindegyik csak azt mutatja, quod verisimile est cogitatum (fr 24 de reb. dub. 34, 5).¹

Ha igaz tehát, hogy a felek jogi nyilatkozatainak csak úgy van hatásuk, ha mögöttük megfelelő akarat is áll: úgy kell (minthogy az akarat hiánya a látszólag legkétségteiebb nyilatkozat mellett is lehető), hogy a nyilatkozat hatálytalan legyen, ha ezen akarat bebizonyíthatólag hiányzik.

Mit látunk e helyett? Számosak az esetek minden jogrendszerben, hogy A) a pusztá nyilatkozat kötelez a bebizonyítható teljes akarathány daczára; hogy B) a nyilatkozat kötelez oly értelemben, mely a fél akaratától többé-kevésbé eltér; C) hogy a nyilatkozat pusztá látszata is kötelez, tekintet nélkül a fél akaratára. Nézzük e csoportokat egyenként.

A) A nyilatkozat kötelez a bebizonyítható akarathány daczára:

a színlő nyilatkozat.

A ki tudva kötelező nyilatkozatot ad kötelező szándék nélkül (u. n. egyoldalú simulatio, reservatio mentalis): e nyilatkozat által, ha annak színlelő volta felismerhető nem vala, köteleztetik és eltérő szándékára nem hivatkozhatik.³

¹ Nem engedhető meg tehát *Unger* (Syst. II. §. 105. 1.) tétele: «Der Schluss (auf die Existenz des Willens) welcher aus einer concludenten Handlung gezogen wird, kann unter Umständen mit logischer Notwendigkeit und absoluter Sicherheit gezogen werden.» Mit logischer Notwendigkeit —? igen: bizonyos cselekvényekből logikai kényszerűséggel következtetünk bizonyos mögöttük rejlő szándékra. Mit absoluter Sicherheit —? nem: mert e subjectiv kényszerűség mellett is csalódhatom. És ez így van nemcsak a szűkebb értelemben vett «concludens» cselekményeknél, de még az u. n. «közvetlen» (nyilvános) nyilatkozatoknál is. Az «igen» szóból logikai kényszerűséggel következtetek a velem egyetértésre; hogy milyetén «absolut biztossággal», mutatja a hazug. Ama «logikai kényszerűség» csak a nyilatkozat objectiv értelmére vezet, nem a nyilatkozó (subjectiv, amattól eltérhető) akaratára.

² «Szinlő nyilatkozatnak» mondom ezeket, nem «szinlelt nyilatkozatoknak», mert a nyilatkozat ezen esetben nem színleges hanem valódi, csak az akarat, melyet a nyilatkozat kifejezésre hoz, nem valódi, nincs meg, hanem csak színleg van meg: színlelt akarat. Sajátszerű, hogy az elmélet a színlő nyilatkozatokról mindig csak a simulált szerződéseknél szól, mintha egyoldalú simulatio nem is léteznék. Így *Unger* is II. §.

E tétel általánosan el van ismervé. Sav. Syst. III. 259. 1. *Wtndscheid* § 75 1. jegyz. *Unger* II. § 87 2. jegyz. *Arnots* § 37 *Bruns* [*Holtendorff* Encycl.] 366. 1. *Herczegh* (a magy. magánjog mai érvényében) § 95 2. jegyz.

Ha tehát pld. megalkuszom egy nyerges paripában, talán fitogtatásból, hogy jelenlévő szomszédom úrhatnám kedvteléseimet bámulja: ha akár alku közben két hites tánu előtt titkon ki is jelentem, hogy nincs eszemben lovat venni: áll a vásár s tanúimra nem hivatkozhatom. Ha cselédemtől veszedelmesen megtámadva, odaajándékozom összes arany-ezüst-szerszámomat: uralkodó nézet szerint ipso jure megáll az. ajándék és csak kifogás vagy külön kereset által dönthetem le hatályát. Ugyanez áll helyes nézet szerint a tréfából színlő nyilatkozatra nézve is.¹ A diák, ki boros jó kedvében összevásárolja az összes ügyébe eső szénaboglyákat s azokat szállása elé rendeli vitetni {*Ithering*> *Jahrbücher für Dogm.* IV. évf. 74 L): hiába hivatkozik tréfára, mikor az eladók pénzüket követelik. Mindez esetekben szerződési kötelelem származik, daczára annak, hogy részemen a kötelező nyilatkozatnak — az uralkodó nézet szerint — nélkülözhetlen kel-léke, az akarat, hiányzik.

Hogy egyezik e jelenség az «akarat» dogmájával? Mindez esetekben mást mondtam, mást akartam. Ha pedig igaz,

SS, 5 jegyz.: «Es wird hier (a simulatio esetében) stets vorausgesetzt, dass die Beteiligten selbst darüber einverstanden sind, dass ihre Handlung eine Scheinhandlung sei; der Fali, wenn der eine Contrahent simulirt, ura den andern zu hintergehen, gehört nicht hieher (— miért?) sondern in die Kategorie des Betrugés.» Hát a kétoldalú simulatio nem eshetik a csalás fejezete alá? Pl. én színleg megkötök B-vel egy vételi szerződést oly czélból, hogy ez által C-t megtévesztve, őt egy reá előnytelen üzlet megkötésére bírjuk. A csaló czélzat mindkét esetben csak indoka a simulatiónak; de maga a nyilatkozó itt is, ott is simulál.

¹ Paulus ismeretes példája (fr 3 § 2 de O. et A. 44, 7): nec enim si per jocum puta vei demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero: spondeo? et tu responderis: spondeo, nascetur obligatio — csak a nyilvánvaló, tehát az ellenfél által is észrevehető, vagy kellő óvatosság mellett észreveendett tréfára értendő. (így *Ithering* *Jahrb. f. Dogm.* IV. 74. 1.) Hova is jutnánk ha kiki a látszólag legkomolyabban vállalt kötelmek alól a «tréfára» való hivatkozással kibújhatnék!

hogy a szerződés csak akarat-egyezség által jöhet létre, úgy a fenti esetekben szerződés nem keletkezhetett: *qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.* (fr 3 de reb. dub. 34, 5).

A múlt századbeli észjogi iskola nem is riadt vissza e consequentiától. «Da nicht die Erklärung — mondja *Fichte*^x — sondern der *Wille* Rechte erzeugt, kann ein lügenhaftes Versprechen niemanden berechtigen; ein Recht auf Wahrheitigkeit gibt es nicht.» A szinlő nyilatkozat alapján tehát szerződés nem keletkezett, és a szinlő csakis az ellenfél kára megtérítésére kötelezhető. [*Zeiller*, Natürl. Privatrecht § 95] Ezen okoskodás teljesen kifogástalan, és. az akaratdogma alapján, melyet hiszen a Savigny iskolája is megtartott mai napig, más eredményre nem juthatni. Egyenesen érthetetlen tehát *Unger* megjegyzése (Syst. II. 117/118 1. jegyz.) midőn ezen egyedül következetes felfogást «höchst unerquicklich», «scholastische Spitzfindigkeit»-nek nevezi.

Hisz mi más eredményre juthatunk még ma is, ha a legvastagabb ellentmondásba esni nem akarunk, magának *Ungerriek* következő tételéből? «So wenig der Wille ohne Erklärung, so wenig bedeutet die Erklärung ohne Willen . . . Wenn der Wille mit der abgegebenen Erklärung nicht übereinstimmt, so muss die Erklärung wirkungslos sein». (117 1.) Nem folyik-e ebből *Fichte* és társai fenti mondata «mit logischer Nothwendigkeit und absoluter Sicherheit»?! És mégis! «Macht eine Partei der andern Anerbietungen unter dem Scheine der Ernstlichkeit, ohne es in der That ernstlich zu méinen, und fasst die andere Partei diese Anerbietungen ernstlich auf und nimmt sie an, so liegt ein gültiges bindendes Rechtgeschäft vor!» (117. 1.) Soha ellentmondóbb két tételt, mint a mely itt, a teljes megegyezés prátensiója mellett, a kivétel vagy «utilitalis causa receptumt

¹ Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publicums üb. d. franz. Revolution, 1793. Az idézet *Hofmann* Die Entstehungsgründe; der Obligationen, insbes. der Vertrag, Wien 1874 című könyvéből (101 1.) való.

leggyengébb odalegyintése nélkül, egymást megtagadó szomszédságban éktelenkedik! »Avagy kevésbé akaratlan-e az akaratlan nyilatkozat azért, mert az ellenfél azt (tkomolyan felfogta)? Ha az akarat «lényeges kelléke a jogügyletnek, melynek hiányában az ügylet szükségképen (notwendige Folge) ipso jure semmis» (u. o. 121. l.), úgy szükségképen ipso jure semmisnek kell lennie a hazug, tréfás, kierőszakolt nyilatkozatra fektetett szerződésnek is, mihelyt a hazugságot, tréfát, vagy az erőszak miatti színlelést bebizonyítom. Ellenfelem «komoly felfogása» époly kevésbé pótolhatja nem létező akaratomat, mint a gyermek bármi «komoly felfogása» nem teheti létezővé a mesebeli királyfikát. Ha ellenfelem pusztá hiedelme elegendő, úgy akaratom nem feltétlen kellék; és ha akaratom feltétlen kellék, úgy ama téves hiedelem nem nyomhat a latban. Nem szerencsésebb *Unger* azon megjegyzésével sem, melyet mintegy a fenti első tétel előkészítése s magyarázatakép bocsát előre (105. l.): «Wenn die Handlung aus welcher concludirt wird, gar keine andere Deutung zulässt, kann sich der Handelnde nicht weiter darauf berufen, dass er nicht diesen sondern einen andern Willen gehabt habé, er muss den gezogenen "Schluss gegen sich gelten lassen und ein Beweis des Gegenteils ist . . . nicht nur nicht zulässig, sondern geradezu undenkbar und unmöglich». Nicht zulässig —: ez nem ok, hanem épen ennek oka (hogy miért nem zulässig) az, mit kérdezzünk. És «geradezu undenkbar und unmöglich»? Se egyik se másik. Hogy nem «képzeltetlen», azt fent kimutattuk: zavarból, sajátos nyelvszokásból, tréfából, tévesztésből akárhányszor más lehet a nyelvünk járása mint akaratunké. Es hogy ez eltérő akarat bizonyítása nem «lehetetlen»,^a könnyen látható. Nem kell

¹ *Wächter* Würt. Privatr. II. §. 101. 1. és az ott idézettek legalább nyíltan «kivétel»-nek mondják a mi esetünket: nem magyarázzák az ellenmondást, de elismerik. *Schweppe* rÖm. Pr. R. III. (1831.) 112. 1. szerint a színlelő nyilatkozás hatályossága a «jogi következetesség rovására» van elfogadva: eredetét e tannak a kánonjogra vezeti vissza. Hasonlóan *Voigt* jus naturale III. 154. 1.

² A bizonyítás e lehetetlenségére (?) alapítja a mentális reservatio hatálytalanságát *Windscheid* (Pand. L 4. kiadás §. 75) is, kit e rész-

egyéb, mint hogy ellenkező akaratomat a szerződési actus előtt vagy alatt két tanú vagy hites személy előtt, ellenfelemtől észrevétlenül, nyilvánítsam, mi könnyen képzelhető, ha ellenfelem pld. más helyen lakik és a szerződés levél útján történik.¹ Sőt jelenlevők között is és tanuk nélküli ellenfelem nyilatkozatomra hivatkoznék, én meg állítanám, hogy mást akartam: s ha ilykép állítás állana állítással szemben, eskümnek kellene bizonyítania, melyet hiszen teljes igazság szerint le is tehetnék. Az ellenbizonyítás tehát lehető és a simulatio hatálytalansága ez okon nem alapulhat. Közélfekvő gondolat a mentalreservatio hatálytalanságát a képmutatásban rejlő dolus-ból magyarázni, mint ezt *Schlietmann* (Die Lehre von Zwang 1861. 114. 1.) példája, később *Windscheid* (Wille und Willenserklärung. Eine Studie Leipzig 1878. 30. 1.) és utána némi más fordulattal, tanítványa *Zitelmann* [*Ihering Jahrb. f. Dogm.* XVI. 402. 1.) tette. Alig szerencsésen! Mert először: a színlelés nem szükség-kép dolosus. Ha a betegnek, nehogy ellenmondásom által felizgassam, minden jogtalan igényeibe külsőleg belenyugszom, hogy felépülése után magaviseletemet kimagyarázzam; ha veszélyes támadás közben minden követelésre reáállok, hogy felszabadulva a kényszerhelyzet alól, szavamat visszavonjam; ha nevémet tréfából váltóra írva, ez harmadik jöhiszemű

ben *Herczegh* (i. na. 96. 1.) is követ, «Dasjenige, was als gewollt erklärt ist, kann möglicherweise nicht gewollt sein. Wer dies behauptet muss es beweisen. Damit ist gesagt, dass eine sog. reservatio mentalis ohne allé rechtliche Bedeutung ist; denn ein innerer Vorgang kann nicht bewiesen werden.» Tankönyve újabb (5. és köv.) kiadásaiban *Windscheid* e nézettel felhagyott.

¹ Más példa: *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht 1878: Warum soll sich eine vorsätzliche Täuschung weniger erweisen lassen als eine unabsichtliche? Man denke sich, dass Jemand am Ufer eines Stromes dem Fährmann ein Zeichen gibt, vom andern Ufer herüberzukommen. Kann dann nicht aus den zuvor oder gleichzeitig gegebenen Erklärungen des Thäters an seine Begleiter sowie aus den sonstigen Umständen des Falles die volle richterliche Überzeugung dafür gewonnen werden, dass das Winken nur ein schlechter Scherz sein sollte? (362 1.) Hasonlóan *Windscheid* ellen *Rittner* Oesterreichisches Eherecht 1876, 104 1. jegy. Később *Windscheid* maga is Pand. 5. kiad. §. 75 a.

szerző birtokába jut»: vigyázatlanságról igen, de dolusról nem lehet szó, az első két esetben legfeljebb a megengedett fogás azon neméről, melyet a rómaiak «dolus bonus»-nak neveznek: posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tumentur vei sua vei aliena (fr. i. §. 2. de dolo 3, 4.) Másodszor: még ha az akarathány ez esetekben tényleg doluson alapulna is, az uralkodó tan ellenkezésbe jut saját alapjával, mihelyt e körülményre hivatkozik. Hisz *Savigny* mondotta legelőbb, és ez maradt irányadó mai napig (Syst. III. 246.1. és *Beylage* VIII. Nr. XXXIV), hogy mihelyt az akarat hiányzik, a nyilatkozat szükségkép semmis, és hatálytalansága nem tehető függővé attól, vajjon ez akarathány oka menthető-e vagy menthetetlen, vétkes-e vagy vétlen; hogy az akaratnak a nyilatkozattól való eltérése hatálytalanná teszi ez utóbbit akkor is, ha ez eltérés a nyilatkozó culpa lataja (melylyel pedig a dolus szerződési viszonyokban egyforma elbánásban részesül: fr. 23 R. J. 50. i7;fr. 1. §. 1. si

¹ Az ilyen váltónak, mihelyt kezemből kiadtam, a jóhiszemű harmadikkal szemben kötelezőnek keli lennie. Más kérdés, érvényes-e az akaratom nélkül kezemből került váltó is? Igenlőleg nyilatkozik *Bähr* Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1867, § 60: «Ob nicht der Aussteller auch aus der ohne seinen Willen abhanden gekommenen Urkunde dem gutgläubigen Empfänger aus dem Gesichtspunkte zu haften habé, dass das Abhandenkommen ihm zur Last zu setzen ist? Für die Bejahung der Frage lassen sich ähnliche Rücksichten geltend machen, wie für den Satz, dass auch dar erloschene Mandat für den gutgläubigen Dritten in gewissen Beziehungen als fortbestehend angesehen wird.» L. még ugyanaz *Ihering* Jahrb XIV 412. 1. E nézethez csatlakozik *Unger* is (Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere 1857, § 19, 8 jegyz.) ki e tételt helyesen «im Interessé des Verkehrs zu Gunsten des gutgläubigen Dritten» találja. De ellenkezésbe jön *Unger* saját szavaival, midőn másutt (Syst. II § 89, 23 jegyz.) az osztr. polg. tvk. 879. §-át, mely ugyancsak a fenti elv kifejezése, azzal ostromolja: «Somit kommt es denn darauf hinaus, dass der Vertrag für gültig gehalten wird, um den andern Contrahenten nicht in Nachtheil zu bringen, aus leidiger (!) Rücksicht für den Verkehr» cf ugyanaz II. 51. 1. 3. jegyz. Lásd még *Thöl* Handelsrecht II. (4. kiad.) *Bähr* ellen *Windscheid* Archiv f. civ. Prax. 53 kötet 80 1. V. ö. *Nagy* Magyar váltójog 3. kiadás 49. 1. 10. jegyzet.

mentor n, 6) által idéztetett is elő! Mert — hogy ismét *Unger* szavaival éljek (II. 121.. 1.) — hisz «ezen semmisség-nem a nyilatkozó kedvezése céljából állítottatott fel, hogy hátránytól megóvassék vagy hogy érdeke biztosittassék . . . hanem természetes következménye a jogügylet egyik lényeges kelléke (t. i. az akarat) hiányának.» És *Savtigny* szerint: Mag der Käufer (aki könnyelmű vigyázatlanságból egyezett bele színleg a vételbe, midőn azt valójában nem akarta) mag der Käufer auch deshalb zu tadeln sein, so (ist doch) . . . ohne . . . Willen kein Vertrag vorhanden». (III 264. 1. b) és d) jegyz.) Harmadszor és végre: ha *Zitelmann* (id. h.) ez utóbbi gondolatnak oly fordulatot ad, hogy a dissimulált akarathány, bár az ügylet magában véve semmis (?) mégis perben mint a fél saját tényében forgó rosszhiszemősége (turpitude) nem allegálható; úgy meg kell jegyezni (azonkívül, mit ezen állítólagos turpitude ellen az imént mondotunk), hogy nem a perbeli érvényestetés, hanem az anyagi jogi érvényesség forog itt kérdésben. Ha az akarathány csakugyan joggátló kifogás (hogy *Wetzell* jellemző kifejezésével éljek), úgy elő kell ennek hozathatnia perben is; ha nem lehet, akkor nem is kifogás, és a színlelő ügylet «magában véve» nem semmis, hanem érvényes. Hogy miért érvényes? — magyarázatlan mint azelőtt.

B) A nyilatkozat a nyilatkozó akaratától eltérő irányban kötelez:

az interpretatio.

Első pillanatra talán meglepő e felirat összeállítása. Hiszen a helyes interpretatio lehetőleg a nyilatkozat értelmét adja vissza: hogy szolgálhatna az interpretatio arra, hogy a felet valódi akaratától eltérő irányban kötelezze? Feleletem: éppen azért, mert a nyilatkozat «értelmét» adja vissza, a nyilatkozat értelme pedig nem vág szükségkép össze a nyilatkozó akaratával.

Mi a nyilatkozat értelme? Ha igaz volna, hogy csak az akarat az, mi kötelez, és hogy a nyilatkozat ezen egyedül hathatós akaratnak csak észrevehetővé tételére, csak felismerési eszközéül szolgál: úgy kellene, hogy a nyilatkozat értelmezése is kizárólag a nyilatkozó egyéni akarata szerint

irányuljon, és ha egyéb mód nem akad, magának a fél esküjének kellene döntenie a felől, mit akart ő akkor, midőn a kérdéses nyilatkozatot adta. Hogy ez nincs így, feles bizonyítani. Nem ami a fél lelkében rejtett, hanem a külvilágba lépett cselekedet az, mi a magánjog terén úgy mint a büntetőén jogi hatásokat kelt. Valamint a büntetőjogban a büncselekmény nem mint a bűnös akarat pusztá bizonyító eszköze, hanem mint büncselekmény, sua vi ac potestate, hívja ki a törvény sanctióját: úgy a magánjogi ügyleteknél is a szó nemcsak bizonyítéka a fél ügyleti akaratának, hanem az ügyleti tényálladék alkatrésze.¹ Egy nyilatkozat értelmét kutatva, tehát nem azt kérjük: mit akart a nyilatkozó, hanem: mily akarat van a nyilatkozatban kifejezve?⁹ Kifejezve pedig csak az van egy nyilatkozatban, mit egy gondos embernek (bonus paterfamilias) az összes a nyilatkozatkor előtte ismeretes s a dologra tartozó körülmények számbavételével belőle értenie kellett. Amit az ilyen bonus vir a nyilatkozatból legjobb akarat mellett ki nem vehetett, az nincs kifejezve, és a bizonyítás, hogy a nyilatkozó mégis ezt akarta, jogilag irreleváns: de occultis non iudicat ecclesia; de irreleváns túlfelől annak bizonyítása is, hogy a nyilatkozó azt, mit kétségtelenül kifejezett, nem akarta:³ cum in verbis

¹ Osztr. bünt. törv. § 11: Über Gedanken oder innerlicher Vorhaben, wenn keine äussere böse Handlung unternommen . . . kann niemand zur Rede gestellt werden.

² Az ellenkező felfogás, mely a jogügyletek hatásait csakis a felek akaratára állítja és a nyilatkozatot csak ezen akaratnak bizonyító eszközként tekinté, alapja a tévedések azon egész sorának, mely ellen e tanulmány fordul. Ama felfogás pedig áthúzódik jogi irodalmunkon *Savigny-tól* mai napig. Csak két példa: *Savigny Syst.* III 258 1.: «Eigentlich muss der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden u. nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürft er eines Zeichens woran er von andern erkannt werden könnte» stb. *Dahn Zeitschr. f. d. ges. Handelsr.* IX 508 1. «nur um der Erweislichkeit willen erfordert das Recht neben der Existenz noch eine Äusserung des existent gewordenen Willens.» Ez ellen helyesen: *Sohm u. o.* XVII Vertragschluss unter Abwesenden 85 1. 104 1.

³ *Unger II.* § 85 «Auf dem Gebiet des Rechts genügt es nicht, dass der Willensfähige einen bestimmten Entschluss gefasst habe, dieser Entschluss muss auch in der Aussenwelt hervortreten, wenn er in recht-

nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio (fr. 25. §. de leg. III;.

E megfontolással pedig el van döntve a szerződési nyilatkozatok helyes értelmezési módja is. Egy szerződési nyilatkozat értelme nem az, mit a nyilatkozó vele kifejezni akart, hanem amit általa kifejezett; nem az, mit a nyilatkozó vele értetni akart, hanem mit egy bonus virnek, mint ellenfélnek, e nyilatkozatból szükségkép értenie kellett. Ha tehát valaki — hogy egy tényleg megesett történettel példázzunk — egy tuztat «törölközőt» rendel egy kereskedőnél, senki sem lehet kétségben e megrendelés « értelme» iránt; ezen kétségtelen értelmet pedig nem változtathatja meg azon körülmény, hogy a rendelő, mint utóbb kiderült, rosszul birván a nyelvet, a «törölköző» szóval « zsebkendő» kívánt értetni. Aminő egyszerű, magától értetődő ez a dolog, nem hiányzanak, kik azt állítják, hogy a nyilatkozat értelme csakis a beszélő szempontjából határozandó meg. Így mondja pl. *Hölder* (*Kritische Vierteljahrschr.* XIV. 508. 1.) «Worte sind ein Zeichen und Ausdruck desjenigen Gedankens, welchen der Redende mit ihnen bezeichnen und ausdrücken wollte», és: «wer ein Wort in einem Sinne gebraucht-, in welchem es andere nicht zu gebrauchen pflegen, hat den Gedanken, welchen er damit ausdrücken wollte, auch wirklich ausgedrückt!» Ha tehát egy ajánlatra azt felelem: «elfogadom» és azt gondolom «nem

licher Beziehung relevant sein soll: der Wille ist auf dem Rechtsgebiet nur insoweit ein wirklicher und daseiender, als er ein verkörperter, geoffenbarter ist.» Igen jól *Rittner* (*Oesterr. Eherecht 1876*) egész ide vonatkozó fejtegetése 162 1. s köv.: «Indem ich ein Rechtsverhältniss begründe, trete ich in Beziehung zu Anderen und diesen gegenüber kommt es weniger darauf an, ob ich den entsprechenden Willen habé, sondern ob ich ihn äusserlich kundgegeben. Nicht der Wille an sich, sondern der Wille in der Erscheinung wird dadurch zur Hauptsache» . . . •Wenn alsó die Handlung, aus welcher concludirt wird, gar keine andere Deutung zulásst, kann sich der Handelnde nicht darauf berufen, dass er nicht diesen, sondern einen andern Willen gehabt habé: er muss den gezogenen Schluss gegen sich gelten lassen, *Rittner* u. 0: Ich bin an tneine Verfügung gebunden, nicht weil ich sie gewoilt, sondern weil ich sie als gewoilt angegeben. Nach aussen hin gilt meine Erklärung als mein Wille!»

fogadom el» úgy *Hölder* szerint nyilatkozatom értelme — visszautasítás volt! A természetes észjárás és köznyelv szokás illetően elcsavarása mellett elméletileg elérjük, igaz, hogy a nyilatkozó akarata és nyilatkozata akadémián mindig legszebb harmóniában maradnak, és a kettő közti eltérés, mely teoriában, praxisban egyaránt annyi bökkenőt teremt, szerencsésen el van távolítva: de a beszéd, mely arra való, hogy az embereket egymással megértesse, és kapcsolatba hozza, elveszti minden értékét, egy ember sem bizhatik a másik szavába, mert egyik sem biztos, hogy ellenfele, mikor «fehéret» mondott, nem értett-e alatta «feketét»? A beszéd a jog terén nem arra való, hogy a gondolatokat elfedje. Minden szerződési nyilatkozat, amint nem magunknak, hanem a velünk szerződő ellenfélnek van szánva, úgy nem a szerint értelmezendő, hogy magunk mit gondoltunk, hanem hogy ellenfelünknek az adott nyilatkozat szövegezése szerint mit kellett alatta értenie. Természetes, hogy ellenfelünk, valamint nyilatkozatunk értelméhez tarthatja magát, nem pedig benső, előtte ismeretlen akaratunkhoz, úgy nem ragaszkodhatik másrészt nyilatkozatunk pusztá szóhangzatához sem, mely egymaga távol járhat a való értelemtől. Egyazon szónak más-más körülmények között más-más értelme. A nyilatkozó és a címzett egymásközti személyes viszonyai, szokásai, a szerződési keszületek előtörténete stb: mind oly körülmények, melyek a nyilatkozat értelmezésénél a címzettől tekintetbe veendőek, és melyek elhanyagolása vagy nem ismerése saját rovására esnék: «Ignorantiam ... accipiendam non deperditi et nimium temeri hominis» fr. 3. §. 1 (23.6) fr 6 § 2. § 5 eod. Röviden mondhatjuk tehát: szerződési nyilatkozat értelme alatt értjük annak azon tartalmát, melyet a címzettnek az előtte ismeretes vagy ismerendő s a dologra tartozó körülmények egybevetésével belőle szükségképp kivennie kellett.¹

¹ E tételnek alapvető fontosságánál fogva hadd állítok itt össze néhány nevesebb író, kik azt az irodalomban képviselik. *Ihering* (Jahrb. f. Dogm. J2. 1. «der Richter hat nicht die Frage zu entscheiden: was war der wirkliche Sinn der Erklärung des Redenden, sondern wie musste der Gegner nach den ihm vorliegenden Umständen sie auffassenn. *Windscheid* Pand. I. 207. 1. (4. kiad.) «bei zweiseitigen Wülerserklä-

E fogalommeghatározás, bár újabban mindinkább nyer elismerésben, éppen nincs általánosan elfogadva. *Windscheid*, ki azt tankönyve régibb kiadásaiba *Ihering* nyomán elfogadta (1. a fenti jegyzetet), utóbbi kiadásaiban elejti ismét, és a nyilatkozat értelmét ismét kizárólag a nyilatkozó benső akaratára alapítja. (Pand. I. § 75, 1 a) jegyz. és Wille u. Willenserklärung 37. 1.). Am a következtetések, melyek ez elvből folynak, a korlátozások, mikhez *Windscheid* maga ez elvvel szemben folyamodni kényszerül, a tételes jog és a mindennapi praxis megczáfolják azt alapostul.

Mert mi következnek ez elvből? Az értelmezés minden eszközének csorbát kellene szenvednie a nyilatkozó egyetlen

rungen . . . ist erforderlich . . . dass (der Wille des Erklärenden) auch dem and erén Contrahenten erkennbar gewesen sei. Jeder Contrahent hat ein Recht auf die Erklärung des andern Contrahenten in demjenigen Sinne, in welche mer sie auffassen musste». (*Windscheid* későbbi változott állásáról lásd alább a szövegben). *Regelsbergér* (Civilrechtl. Erörterungen) 20. 1: «Jeder, der in Vertragsverhältnissen eine Willenserklärung abgibt, wird bei demjenigen Sinne behaftet, in welchem sie der andere Theil nach den gesammten zur Zeit des Vertragsabschlusses ihm bekannten oder als bekannt vorauszusetzenden Umständen verstanden hat oder verstehen musste. *Leonhard* (Der Irrthum bei nichtigen Vertragén 1882) 79 1: tDer Gedanke, welcher . . . dem Empfänger der Erklärung erkennbar werden musste: das ist der *Sinn* in der eigentlicher Bedeutung des Wortes». Hasonlóképen *Hartmann* (Jahrb. f. Dogm. XX 57 köv. 1.) *Rittner* id. m. 163. 1. *Mommsen* (Die Haftung der Contrahenten bei Abschliessung von Schuldverträgen 1879) 98 s köv. 1. *Bekker* (Pözl's Vierteljahrschrift III. 180 köv. 1.) Hasonlítsd össze: *Thöl* (Handelsrecht) §. 65: tDie Verpflichtung des Principals wird begründet und bestimmt nicht nur durch seinen wirklichen Willen, sondern auch gegei> denselben durch den aus den Umständen zu erschliessenden vermutlichen Willen. Das Vertrauen des Dritten soll nicht getäuscht werden». És mivel kezdenem kellett volna, ki azonban e tanban, ha akarat és nyilatkozat colísióba kerülnek, majd ide, majd oda hajlik jobban, úgy hogy egészen alig határozható meg, melyik részen áll: *Savigny* III 258. köv. 1 tNun beruht aber allé Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen, wodurch alléin Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können . . . Demnach darf ein Widerspruch mit dem Willen und der Erklärung nur angenommen werden, insofern er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung tritt, erkennbar ist oder wird, alsó unabhängig bleibt von dem blossen Gedanken des Handelnden». Teljes irodalmat 1. *Windscheid*^ k. I. §75, 1 a) j.

kifogásán: «én ezt másképp akartam». A legkétségtelenebb szó ellenére meg kellene engedni annak bizonyítását, hogy a nyilatkozó e szóval annak ép ellenkezőjét akarta kifejezni. Aj legbiztosabban, legóvatosabban szerkesztett szerződések, mihelyt innen-onnan megtartásuk kelletlenül esnék, felválnának dönthetők, vagy legalább megtámadhatók, az «ellenkező akarat» bizonyításával. Mert ki lehetne hivatottabb egy nyilatkozat «értelmezésére» (e szót az utóbb jelzett értelemben véve) mint maga a nyilatkozó szerzője? Ha az «elfogodom» szó akár azt is teheti, hogy «visszautasítom», az «igen» azt is, hogy «nem»: akkor a nyelv a Bábel nyelve és minden jogilag megkívánt nyilatkozat üres czeremónia. De e fölfogást nem ismerte el, valamint nem ismerhette el, ha minden emberi közlekedést megsorvasztani nem akart, sem a tételes jog sem a gyakorlat. «Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestissimum est, aliud sensisse testatorem» mondják a római források (fr. 69 pr. de leg. III) még a végrendelet értelmezésére nézve is, hol pedig — alant kifejtendő okból — az értelmezés csakugyan lehetőleg a rendelkező benső akaratára irányul; szerződések-nél pedig a nyilatkozat objectiv értelmével szemben az éltérő benső akarat szóba sem jöhet. Ki csak közel is járt életében a jogi praxishoz, tudni fogja, hova kellene az ily bizonyítás engedésének vezetnie: mihelyt egy szerződés peressé válnék, a terhelt fél mint legilletékesebb magyarázója benső «intentionának» úgy értelmezgetné peres nyilatkozatát, hogy szó sem maradna igaz belőle. Megengedheti ezt a praxis? «Ezer per — mondja Németország egyik legtudósabb praktikusa, *Báhr* (Jahrb. f. Dogm. XIV. 419. 1.) — forog évenként azon kérdés körül: mi volt tulajdonképp szerződéskor a felek akarata? — és mindegyik fél megannyiszor állítólag éppen az ellenkezőjét akarta annak, mit ellenfele saját szerződési akaratakép ad elő. Ilyenkor közelfekvő dolognak látszhatnék legalább egyszer-másszor kimondani, hogy a felek mindegyike tényleg mást-mást akart és hogy a szerződés következőképp semmis. Pedig így szokás-e ítélni? Minden praktikus el fogja ismerni, hogy az ilyesmire még csak nem is gondolnak» A szerződés egyik-másik peres fél értelmében értelmeztetik,

az ellenfél állítólag eltérő akarata pedig annyiban marad». S ezt mondják a római források is. Minden szerződő fél nyilatkozatának objectiv értelme szerint, nem pedig benső rejtett akarata szerint felelős és ha az utóbbi amattól eltér, ám viselje következményeit, hogy gondosabban nem fejezte ki magát: *quia clarius loqui debuit*. (Ir. 39 de pact. 2, 14 — in quorum fuit potestate legem apertius scribere; fr. 21 contr. emt. 18, 1 — *quia potuit apertius dicere*) Innen van, hogy a római stipulációnál, melynek szövegezése a stipulatórtól eredt, az értelmezés nem a stipulátor, benső akarata, hanem azon akarat értelmében történt, melyet a promissor ama szövegből bona fide kivehetett, kétség esetében pedig (midőn a szövegből mind a stipulátor mind a promissor által vitatott értelmet lehetett kiolvasni) a stipulátor valódi akarata ellen döntetett, *quia clarius loqui debuit*:

fr. 18 (de verb. obi. 45, 1) In stipulationibus quum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt

fr. 99 eod. — ac fere secundum promissorem interpretamur quia stipulatori liberum fuit verba lata concipere.

Mai formátlan szerződéseinknél pedig, melyeknél mindegyik fél a részéről adandó nyilatkozatot (ajánlat, elfogadás) maga szerzi, mindegyik innen-tunna adandó nyilatkozat oly értelemben magyarázandó, minőben azt az ellenfélnek, kihez az intézve volt, felfognia kellett, tekintet nélkül arra, megfelel-e e szükségképi felfogás a nyilatkozó akaratának vagy sem. Ha *Unger* (II. 125 1.) az osztr. polg. törvk. szerkesztőinek az itt előadottal megegyező azon nézete ellen «dass jeder Paciscent ein *Recht* habe die Willenserklärung (der anderen Parthei) für eine wahre zu halten» azt mondja: «was soll das für ein *Recht* im technischen Sinne sein, eine Erklärung für eine wahre zu halten?» — úgy a pusztá «*Recht*» szóhoz nem kapaszkodunk, bár e szóra nézve is hivatkozhatnánk korunk legjelesebb három német jogászára: *Thöl* (i. m. 6. kiad. I. 734. 1.) «Zu dieser Voraussetzung (hogy a szerződő ellenfél szavát fogja állani), hat er nach Treu und Glauben ein *Recht*», *Ihering* (Jahrb. f. Dogm. IV. 72 1.) «Wenn nicht die Um-

standé von der Art sind, dass sie dem Gegner den Glauben an die Zuverlässigkeit der Erklärung entziehen müssen, so ist er vollkommen in seinem Recht der selben zu trauen» és *Windscheid* (4. kiad. §. 84) «Jeder Kontrahent hat ein Recht auf die Erklärung des andern Kontrahenten in demjenigen Sinne in welchem er sie auffassen musste». Mondom, nem ragaszkodunk a szóhoz: de hogy érdemben mit érteni ezen «jog» alatt, nem lehet kétes.

A szerződési nyilatkozatok ezen értelmezési módja még világosabb lesz, ha azt az egyoldalú ügyletek értelmezésével összevetjük. Hogy az egyoldalú nyilatkozatok értelmezésénél miért játszhatik a nyilatkozó akarata nagyobb szerepet, mint a két oldaluknál: könnyen érthető. A jogrend szabadságot engedhet akaratomnak mindaddig, míg az szomszédom jogkörébe nem ütközik. A kétoldalú jogügyleteknél (szerződés) tehát akaratom szabad, míg le nem köttem: miután lekötöttem, önkényüleg többé fel nem oldhatom magam: voluntatis est suscipere necessitatis consummare (fr. 17, §. 1. commod. 13, 6.) Ily jogositott azonban nem áll velem szemben az egyoldalú jogügyleteknél: az örökösnevezés, hagyományozás stb. egyoldalú jogügyletek, melyek engem le nem kötnek — itt akaratom dominál, nem szavam. Ha tehát bármi feltétlen alakban rendelt is a római örökagyó hagyományokat, szabadonbocsátásokat stb: jogában van szavait a végrendeleti actus után is, bármi ünnepélytelen formában, valódi benső akarata szerint értelmezni és az ilykép kipuhatólt benső akarat meg fog állni a végrendelet kétségtelen szavaival szemben is.

fr. 21 § 1 qui test. fac. 28, I: Quod veró quis obscurius in testamento vei nuncupat vei scribit, an post solemnia explanare possit, quseritur et puto posse nam etsi adjecta non fuerit (t. i. szavainak magyarázata) utique piaceret, conjectionem fieri ejus quod reliquit vei ex vicinis scripturis, vei ex consuetudine patrisfamilias.

Ha tehát a végrendelező kisebb összeget irt, mint minőt bebizonyíthatólag szándékolt, a szándékolt nagyobb összeg lesz érvényes, és megfordítva, ha kisebbet gondolt, mint irt, a szándékolt kisebb:

fr. 9. §. 2. de heréd, inst 29, 2: si quum dictasset ex semisse aliquem scribi, a quadrante sit scriptus, Celsus — posse defendi, ait, ex semisse heredem főre, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum: idemque est, etsi ipse testator minus scribat, quum plus vellet adscribere. cf. fr. 15 pr. de leg. I.

A különbség, mely a szerződések és végrendeleti nyilatkozatok értelmezése között fenforog, meggyőzőbben nem mutatható, mint Pomponiusnak ad Qu. Mucium című munkája IV. könyvéből vett következő két példával:

fr. 33. de auro leg. 34, 2 Pomponius lib. IV ad Qu. Mucium: Inter véstem virilem et vestimenta virilia nihil interest, sed difficultatem facit mens legantis, si et ipse solitus fuerit uti quadam véste, quae etiam mulieribus conveniens est: itaque ante omnia dicendum est, eam legatam esse, de qua senserit testator, non quae revera muliebris, aut virilis sit: nam et Quintus Titius ait scire se quendam senatorem muliebris coenatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrem véstem, non videretur de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur.

fr. 110. §. 1. de verb, obi. 45, 1. Pomponius lib IV. ad Qu. Mucium: si stipulatus fuero a te: véstem tuam, quaecunque muliebris est, dare spondes r magis ad mentem stipulantis, quam ad mentem promittentis id referri debet, -út quid in se sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor; itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam véste uti, nihilominus debetur.

Az eset a következő: Egy római senatornak szokása volt női ruhába öltözködni. Ha e különöz végrendeletében azt írja «házamban találtató összes női ruhámat Titia unokahugomnak hagyom», vájjon a «női ruha» alatt értendő-e azon ruha is, melyet a nemes senator viselni szokott r Erre azt mondja Pomponius: ez attól függ, hogy az örökhagyó mit akart. De ha szerződésben Ígérte volna összes női ruháit, akkor közömbös, hogy ő mit értett női ruha alatt és az általa viselt ruha kétségtelenül le lesz kötve: mert itt nem az ő akarata, hanem a kifejezés objectiv értelme határoz. E példa után a fentiek további magyarázata felesleges.

Úgyde feltétlenül még a végrendeletnél sem irányadó a rendelkező akarata. Ha a végrendelet a rendelkező valódi

akarata szerint keresztül nem vihető, a római jogászok furfangja addig-addig «interpretálja» az «akaratot», míg szinte kiképed bele — «si modo voluntas manifestissime non refragatur», mint a források mondják. Ezen u. n. «benigna interpretatio» útján talált eredmény valójában nem az elhunyt akarata, hanem csak "compromissum ezen akarat és a törvény között. Az interpretatio e ponton nem többé declarativ, hanem constitutiv természetű: az elhunyt végső «akarata» gyanánt tüntet fel olyas valamit, mi nem akarata, nem is nyilatkozatának objectiv értelme, hanem egy amattól többé-kevésbé eltérő költött akarat, fictio, melyet az interpretatio, csinján vagy erőszakkal, a végrendelet szavai alá csúsztat. Egy találmra kikapott példa világossá fogja ezt tenni. Egy a jogi nyelvben járatlan végrendelező barátjának *A*-nak sok évi szolgálatai hálájául egyik házat akarja juttatni halála után, különben pedig belenyugodva törvényes örökösei igényeibe, csak annyit mond végrendeletében: »*A* barátom örököse legyen az X-ben fekvő házamnak». Az «örökös» szó kétségkívül helytelenül van alkalmazva; de az «örökös» és «hagyományos» közti különbség, a mint manap sem világos a laikus-előtt, úgy kétséges lehetett az a rómaiak előtt is: non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum ^st, cum plerunque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur, mondja a jeles Marcellus (fr. Ó9 de leg. III). Kérdés tehát: mit akart a végrendelező? Ha a fenti végrendeletet ma kellene értelmeznünk, senki sem haboznék kimondani: világos, hogy *A* nem az egész vagyon örököse akar lenni, különben mi értelme sem volna annak, hogy az X-beli ház külön kiemeltessék; hogy *A* «örökös»-nek vagy «hagyományos »-nak van-e nevezve, arra a fenti indokból súlyt nem fektethetnénk: *A* mint res certa-ra kinevezett hivatalos, hagyományosként kapná a házat, a törvényes örökösök a többi vagyont. Nem így tesznek a római jogászok. ők is állítólag az elhunyt valódi «akaratát» kutatják. Mint-hogy pedig ezen felismert valódi akarat a «nemo pro parte» szabályánál fogva keresztül nem vihető, átídomítják ez akaratot olykép, hogy a szövegben elejtve nem az «örökös» szót, hanem a házat, *A* egyedüli örökös lesz: detracta rei certse

mentioné sine parte heres scriptus intelligitur! (fr. 9. §. 13 de heréd, instit. 28, 5.) Hogy az ilykép kiinterpretált takarat» nem a végrendelező akarata, senki sem tudta jobban a római jogászoknál, a mint kitűnik abból, hogy a fenti végrendelet, mihelyt a végrendelező nem polgár hanem katona, (ki a inemo pro parte» szabálya alól fel volt mentve) a rendelkező valódi akaratának megfelelő oly módon értelmeztetik, hogy *A* tényleg csak a házat kapja, a többi vagyont pedig a törvényes örökösök:

fr. 6 de test. mii. (29, 1): si miles unum ex fundo heredem scipserit, creditor, quantum ad residuum patrimonium, intestatus decessisse.

Egy és ugyanazon végrendeleti nyilatkozat tehát két esetben kétfélekép, még pedig, mint láttuk a lehetőleg legeltérőbb két módon, értelmeztetik. Mi oka e jelenségnek? Ha az értelmezés kizárólag a nyilatkozó benső akarata, vagy kizárólag a nyilatkozó objectiv értelme szerint irányulna, úgy kellene, hogy az eredmény azonos legyen mindkét esetben. Ám az interpretationak még egy harmadik tényezővel is kellett számolnia: a favor testamenti elvével. És ez az, mit e szám bekezdő szavaiban a «lehetőleg» kifejezéssel jeleztünk. Az értelmezés nemcsak a fél akaratával, hanem a törvény bizonyos célzatával is számol. A bírói interpretatio nem mérőben reproductiv, hanem bizonyos határokon belül tendentiosus. Nemcsak azt kérdi: mit fejez ki e nyilatkozat? hanem olykor azt is: mit lehetne e nyilatkozatból kiolvasni olyat, mi egyrészt a nyilatkozat értelmével megegyeznék, másrészt pedig a törvény bizonyos, ily ügyletekre vonatkozó célzatainak is megfelelne? E tendentiosus interpretationak tanulságos példája a római «ex re certa institutio» értelmezése. Az elv a «favor testamentorum», a módszer a «benigna interpretatio» (fr. 12 de R. J. 50, 17; fr. 25 de reb. dub. 34, 5; fr. 10 pr de inoff. test. 5, 2). A hol a végrendelet annak objectiv értelme szerint fen nem tartható, fentartatik az e tendentiosus értelmezés segélyével; hol egyes tételei kétséget hagynak, ott bizonyos törvényes tendenciák — pro libertate, pro dote stb. — javára dől el a magyarázat. Ily értelmezési tendenciák pedig a mai jogban is vannak. A keresked. törv.

266. §-a: «kétség esetében a szerződés szavainak oly értelmezés adandó, mely mellett ez ügylet joghatálylyal bírhat» nem egyéb ily praesumptio juris et de jure alakjába öltött tendenciánál. Mert ha a nyilatkozó akarata volna egyedül mértékadó, úgy ez akarat nem a szerződés mindenáron való fentartására, hanem csakis a nyilatkozó értelmében való fentartására irányulhatna: ha ez értelem ki nem mutatható, a szerződésnek kétség esetében nem megállnia, hanem feldőlnie kellene. Hasonlókép: ha az értelmezés kizárólag a szerződési nyilatkozatok objectiv értelméhez tartaná magát, a szerződés oly esetben, mikor ez objectiv értelem biztosan fel nem ismerhető, mint határozatlan, nem bírhatna joghatálylyal. De a törvény azt akarja, hogy a szerződésnek hatálya legyen és ezért a «favor contractus» tendenciájánál fogva a bíró a szerződési nyilatkozatot oly értelemben köteles értelmezni, mely a concret esetben sem a nyilatkozó subjectiv akaratának nem felel meg, sem a nyilatkozat egyedül lehető objectiv értelmének nem mondható. Ez az, mit tendentiosus értelmezésnek nevezek. Az objectiv és a tendentiosus értelmezés pedig egyaránt más eredményre vezethet, mint a milyenre a fél akarata irányult.

C) A nyilatkozat látszata kötelez tekintet nélkül az akaratra:

a passivitas beszámítása.

Az A) és B) alatti esetekben öntudatosan adott nyilatkozatokkal volt dolgunk. A nyilatkozó, ki szerződésileg köteleztetett, akart nyilatkozni, habár e nyilatkozat hatását, a szerződési kötelmet, egészben vagy részben nem is akarta. Vannak azonban esetek, midőn valaki köteleztetik nemcsak a nélkül, hogy a szerződési kötelmet akarná, de minden nyilatkozat nélkül is. Egy kereskedő például, ki egy másikkal üzleti összeköttetésben áll, ez utóbbtól levélbeli ajánlatot kap, mely neki annyira visszatetszik, hogy azt válaszra sem méltatja. E hallgatás folytán a másik jogosítva van a szerződést elfogadottnak tekinteni és amazt a szerződés teljesítésére szorítani. (Ker. törv. 320. §.)

Ez eset az előbbiektől lényegesen különbözik. Az uralgó dogmatica mégsem ismerte fel való természetét, midőn

ezen eseteket a «hallgatólagos nyilatkozatok» csoportjába állítja — az általános tannak a római forrásoktól mai napig egyik legelhanyagoltabb zugolyába, melybe a legkülönbébb együvé nem tartozó jelenségeket szorították és melyek való felismerése nem lehetséges, míg az egyes jelenségeket ez illetlen szomszédság alól föl nem szabadítjuk. Hogy tehát jelen problémánkat tisztán láthassuk, külön kell azt előbb választanunk más természetű jelenségektől, melyeket az uralkodó *dogmatica* ugyancsak a «*tacitus consensus*» neve alatt foglal egybe és melyek a forrásokban is egyazon név alatt szoktak előfordulni.

Jelesül nem ide tartoznak:

1. Az abszolút kötelmek. Ezek tekintet nélkül az általuk terhelt egyén bele vagy bele nem egyezésére, törvény erejénél fogva keletkeznek és a római vagy az újabb *doctrina* által csak *fictio* útján burkoltattak a «hallgatólagos szerződés» köntösébe. Hogyha a rómaiak az abszolút kötelmek esetében is «*tacitus consensus*»-ról vagy »*quasi tacitus consensus*»-ról beszélnek: ez ártatlan (és talán nem is egészen ártatlan) szó-construció, mely a dolog természetéből semmit sem magyaráz és mely miatt magunkat ezen kötelmek valódi forrása iránt tévedésbe ejtetnünk nem szabad. Mint *fictiv* nyilatkozatot azaz mint nem-nyilatkozatot (tehát nem is mint hallgatólagos nyilatkozatot) fogta fel ezeket már Savigny III. §. 133., csakhogy ő is elhomályosítja e csoport természetét az által, hogy más oda nem tartozó jelenségeket is kever belé. Ily *fictiók* által elburkolt abszolút törvényes kötelmek pl:

a férj kötelme a *dos* visszaszolgáltatására, habár a feleség, minthogy megtévelyodott, joghatálylyal vissza sem követelheti: L. 2. §. *de sol. matr.* (24. 3.): *quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem si furiosam filiam habeat; nam ubi non potest per dementia[m] contradicere, consentire quis eam meritó eredit (!);*

ide tartozik továbbá a feleség törvényes zálogjoga férje összes vagyonán, mely annyira független a férj akaratától, hogy ez utóbbi nyílt *protestatio*ja által sem zárathatik ki: L. 17. *de pact. dotál.* (23. 4.):

Pacto existimo meliorem conditionem mulieris fieri posse,

deteriorem non posse . . . nec valere id pactum conventum; L. i. §. i. de dote praelegata (33, 4.); hasonlóan a kiskorú zálogjoga. a gyám és gondnok vagyonán.

Mindez esetekben törvényes kötelmekkel van dolgunk, melyek ép oly függetlenek az illető kedvezményezett «akaratától», a milyen független például: a jogilag akaratképtelen gyermekek emancipációja és adoptiója ezeknek akaratától, bár a doctrina ez eseteket ép úgy mint az előbbieket a «fictus consensus» hüvelyébe burkolja: L. 5. de adopt (1. 7.): in adoptionibus . . . voluntas exploratur . . . vei consentiendo, vei non contradicendo; Paul Sent. rec. II. 25. §.5: filius familias emancipari invitus non cogitur.

Mindez esetekben a fictio kézen fekvő. Ezen fictiótól ment valóság ki van fejezve a C. 5. de emanc. (8, 49.) ezen szavaiban: «infantes . . . et sine consensu ... sui juris efficiuntur». A valóság tehát ez esetekben az, hogy a törvényes kötelelem beáll akár akarja akár nem akarja a fél: a törvényes következmény beáll tekintet nélkül a fél akaratára.

Hy törvényes kötelmek az obligationes quasi ez contractu egész csoportja is: törvényes kötelmek, melyeknek valójában semmi közük a szerződéshez és így a szerződési akarathoz sincsen.

Hogy ezen «quasi ex contractu», «quasi ex voluntate» kifejezések szép szónál nem egyebek, kimondják a források is akárhányszor: nquse nonproprie quidem ex contractu nasci intelliguntur — — quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est — ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur» és az egész tit. de obi. quasi ex contractu. (J. 3, 27.)

Mily kevésbé komolyan veszik a «szerződés» fogalmát a jelen esetben a források is, mutatja a §. 2. ib. érdekes argumentációja: «tutores quoque, qui tutelse iudicio tenentur, non proprie ex contractu obiigari intelliguntur, nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur; sed quia sané non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur» (!) És hogy mily kevésbé függnek ezen törvényes kötelmek a terhelt fél. akaratától, mutatja a neg. gestor példája, ki a más. vagyonából való . gazdagodás megtérítésére köte-

leztetik, még pedig «quasi ex voluntate tua», akkor is, midőn határozottan azon szándékkal cselekedett, hogy a tevékenységéből eredő hasznot a maga számára megtartsa: L. 6. §.3 de neg gest. (3. 5.): sed etsi quis negotia mea gessit non mei contemplatione sed sui lucri causa . . . imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione; cf. L. 49. eod. C. 3 de R- V. (3, 32). Másrészt lényegtelen a dominus negotii akaratata is: ha ő furiosus, mégis felel a contraria actioval: L. 3. §. 1. h. t. (3, 5); de a gestor, ha cselekvésképtelen, szintén felel a directa actionak L. 3. §. 4. ibid: pupillus, si negotia gesserit. . . conveniri potest in id quod factus est locupletior.¹

Ha tehát a források mindez esetekben tacite conventum»-ról, az újabbak «fictiv szerződésről» beszélnek, mindkettő egyaránt helytelen; helyes egyedül minden « szerződésre» való analógiát mellőzve, törvényes kötelemről beszélni. Így helyesen Windscheid Pand. §.72. 12. jegyz.: «Besser gibt man die ganze Vorstellung (einer fingirten Willenserklärung) auf, da weder ein Nutzen von derselben abzusehen ist, noch in den Quellen selbst irgend welches Gewicht auf sie gelegt wird». Unger Syst. II. 109.1. 17. jegyz. Burkhardt 305—311. 1. A helytelen argumentatio példáját 1. Ollingernél (Osterr. Civilrecht) 970. §., ki a receptum cauponum stb. szabályát fictiv szerződésből magyarázza.

2. Az elmondottak állanak a dispositiv kötelmekre is. Ezek is, igaz, csak in eventum, azaz ha a felek mást nem határoztak, de ezen esetben is a felek akaratára való minden tekintet nélkül, törvény erejénél fogva keletkeznek. Ide tartozik a törvényes zálogjog (tit. Dig., 20. 2: in quibus causis pignus vei hypotheca tacite contrahitur), mely beáll, hogy ha az ellenkező határozottan ki nem köttetett. Ha tehát pl. valaki egy házat vagy földet bérel, ha a fiscus

¹ Helytelenül mondja tehát Windscheid Krit. Vjschft I. 116. tDas den Anspruch eigentlich Begründende ist hier nicht die Bereicherung, sondern die *Absicht* des Verlierenden . . . , der einseitige *Wille* des Gläubigera erzeugt hier eine Obligation.» Nem a neg. gestor subjectiv akaratata, hanem az utiliter gestum objectiv ténye az, mi kötelez.

szerezést köt, ha egy férjnek a dos ígértetik és a törvényes zálogjog határozottan ki nem záratik, úgy beáll a *pignus tacite contractum* — valóságban nem a felek *fictiv* akaratánál, hanem a törvény rendeleténél fogva. Úgyde a források «*tacita voluntas*» kifejezése még a mai civilisták nagy részét is arra ragadja, hogy ezen és a hozzá hasonló eseteket a «hallgatólagos akaratnyilvánítások», «hallgatólagos szerződések» csoportjába tegyék.¹ Fonákul, mint ezt már Ihering (Geist d. R. R. II. 520. 1.) is kimutatta, ki a «*pignus tacite contractum*» kifejezését egyenesen «abszurditást-nak nevezi.²

Ezen törvényes kötelelemnek ellenképe azon *fictiv liberatorius* szerződés, melynél fogva a záloghitelező, ha a zálogtárgy eladásába vagy ujonnan elzálogosításába beleegyezik, hacsak az ellenkezőt ki nem köti (1. 4. §. 1. *quibus modis* 20, 6), elveszti saját zálogjogát, illetve zálogjogi elsőbbségét, tekintet nélkül arra, tényleg akarta-e ezen hatást vagy sem?³

Ide tartozik azon *dispositiv* kötelelem is, melynél fogva a

¹ Így *Leonhard* Irrthum bei nichtigen Vertragen I. 220. 1.: Wetin die Röraer jené Pfandbestellung als stillschweigende bezeichnen, so müssen sie von der Beobachtung ausgegangen sein, dass in ihrem Verkehrsleben die Contrahenten bei dem Miethsvertrage auf jené Verpfändungsbestimmung als ein selbstverständliches Zubehör des Miethsvertrages stillschweigend und indirect hinzuweisen pflegten. Die Annahme, dass die römischen Juristen etwas einen stillschweigenden Vertrag genannt haben, was nach ihrem Recht k«in solcher war, widerlegt sich durch ihre Unwahrscheinlichkeit. Wollen wir das Gleiche für das heutige Recht bestreiten, so könnten wir das nur unter der Voraussetzung thun, dass die Durchschnittsintelligenz des heutigen Verkehrslebens unter das Niveau des römischen hinabgesunken sei. Wer jedoch das erstere kennt, wird dem schwerlich beipflichten. Auch bei uns ist der Durchschnitt der Menschen intelligent genug, um zu wissen, dass es bei allen Geschäften neben dem direct und ausführlich Abgemachten noch eine Reihe durch Erfahrung fixirter Normen giebt, auf welche man bewusst als eine Ergänzung des unmittelbar Festgesetzten hinweist stb.

² V. ö. *Windscheid* Pand. §. 231, 1. jegyz. *Savigny* Syst. III. 254. 1.

³ Sav. III. 255. 1. «Obgleich man in vielen Falién nicht wird behaupten können, dass sich der Gläubiger gerade diesen Erfolg seiner Einwilligung bestimmt gedacht habe».

távollevők, hogyha az ellenkező szándékot ki nem jelentik, kötelesek magukat erre jelentkező rokonaik által a bíróság-előtt képviseltetni: 1. 40. §. 4. de procur. et defensor. (3. 3.): «... non excipimus út habeant voluntatem vei mandatum, sed ne contraria voluntas probetur.»

Ide tartozik az úgynevezett *ttacita relocatio fictiv* szerződése is. (1. 13. §. 11. loc. 19. 2. . . . hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur; 1. 4. §. 4. de precar. 43, 26.) A háziúr, ki a bérleti idő végével a bérlőnek fel nem mond — talán feledékenységből, talán azért, mert távol van, tévedésből stb. — köteles a bérleményt a következő bérleti időszakra is a volt bérlőnél hagyni, tekintet nélkül arra, vájjon csakugyan akarta-e ezen bérletújítást vagy sem? A bérletújítás ez esetben csak név szerint lett a felek által «hallgatva megkötvé»,¹ valóságban törvényes kötelem ez, mely a félnek, a «hallgatás» mögött rejlő vagy nem rejlő, akaratától merőben független.

3. Kizárandók a tulaj donképeni praesumptiv kötelmek, azaz melyek csak akkor származnak, hogy ha a kötelezett ellenkező akaratát nem bizonyítja. Ez esetekben tehát a szerződés tényleg csak a fél valódi akarata alapján, és csak annyiban származik, a mennyiben a kötelezett magát kötelezni akarta. A különbség ezen, és a 2. alatti kötelmek között szépen mutatkozik a fent emiített zálogliberatorius kötelelemnél, mely római jog szerint dispositiv, osztrák jog szerint pedig praesumptiv kötelem: amott beáll feltétlenül, hacsak előre ki nem zárattott, itt kizárható utólag is az akarathány bizonyítása által; amott beáll ipso jure a meny nyiben az ellenkező ki nem nyilvánított, itt beáll csak annyiban, a mennyiben a fél azt ténylog akarta (*Unger*

¹ Egészen ezen félszeg álláspontot foglalja el az osztr. polg. törvk. 1114. §-a: «Der Bestandvertrag kann aber nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erneuert werden. Ist in dera Vertragé eine vorläufige Aufkündigung bedungen worden, so wird der Vertrag durch die Unterlassung der gehörigen Aufkündigung stillschweigend eruenert. Ist keine Aufkündigung bedungen worden, so geschieht eine stillschweigende Erneuerung, wenn der Bestandnehmer nach Verlauf der Bestandzeit fortfährt, die Sache zu gebrauchen stb.»

II. 109. l. i8. j.) Ép így pl. az osztr. polg. tk. 1247. §. esetében praesumtiv szerződési kötelem: «Was ein Mann seiner Ehegattin an Schmuck, Edelsteinen und anderen Kostbarkeiten zum Putze gégében hat, wird im Zweifel nicht für gelehnt, sondern für geschenkt angesehen.» Hasonlóan a keresk. tv. 53. §. «a főnök beleegyezése már az esetben is védelmezendő, ha stb.»

4. Kizárandók végül a hallgatás által kijelentett kötelemek. Ez magyarázatra szorul.

Hallgatni lehet azon szándékkal, hogy egy másikkal ezen hallgatásunk által bizonyos akaratunkat tudassuk. Az ilyen hallgatás, ha érthető, hogy mit akarunk vele kifejezni (és sokszor a hallgatás ékebben szól minden szóbeszédnél!) csak oly nyilatkozási eszköz, mint akár a szó, akár a taglejtés: «néma beszéd» mint jellemzően elnevezték. Az ilyen hallgatásnak, valamint célja, úgy hatálya, felismerése, értelmezése ugyanaz, mint bármi másféle nyilatkozaté. Ezért, ha a doctrina az efféle hallgatás általi nyilatkozatot is Savignytól a mai napig a «közvetett akaratnyilvánítások» közé sorolja, ez bennünket nem fog gátolni abban, hogy ezt is csak oly «közvetlen» akaratnyilvánításnak tartsuk, mint amazokat.

A ki tehát azon szándékból hallgat, hogy e hallgatása által valamely elhatározását felismerhetővé tegye: az más eszköz által ugyan, de ép oly félreismerhetetlenül és ép oly közvetlenül jelentette ki akaratát, mint az, ki hasonló célra szóval, taglejtéssel él. Tegyük fel például, egy gyűlésen szavazásra kerül a dolog, az elnök kijelenti, hogy azok, kik az indítványt elfogadják, tetszésük szerint vagy kezüket emeljék fel vagy «igent» kiáltsanak, az el nem fogadók pedig hallgassanak: úgy *A*, ki hallgat, csak oly «közvetlenül», csak oly érthetően fejezte ki akaratelhatározását, mint *B*, ki «igen»-t kiáltott vagy mint *C*, ki kezét emelte. Mindez esetekben akaratnyilvánítással van dolgunk — hogy ezen akaratnyilvánítás szóval, taglejtéssel, hallgatással történt-e, jogilag közömbös.

A ki a maga szándékát subjective ki akarta fejezni, és erre oly módot használ, a mely azt a szándékot mások előtt

objective felismerhetővé teszi: az kifejezte a maga szándékát, az kijelentette akaratát. Ezen kijelentés módja, eszköze lehet százféle: de mi célja lehet az akaratnyilatkozatok ezen kijelentési eszköz szerinti beosztásának t. i. a szerint, a mint a kijelentés szóbeszéd által, vagy más módon történik? De az uralkodó theoria nem is ily értelemben tesz különbséget a «nyilvános» és «hallgatag» kijelentés között: hiszen neki nemcsak a szó által, hanem a fejbólintás, kézfogás stb. kétségtelen jelek általi akaratkijelentés is «kifejezett»; másfelől megengedi, hogy «hallgatólagos» kijelentés történhetik szóbeszéd által is (*Samgny* III. §. 131. a. jegyzet, *Unger*, II. 104. 1. 7. jegyz.) Hanem ezen félreértéses kifejezések «kifejezett» és «hallgatag» alatt értik azt, a mit mások «közvetlen» és «közvetett» kijelentés alatt értenek: amannak egyetlen célja az illető jogügyleti akarat kijelentése, emennek közvetlen célja más és csak közvetve vehető ki belőle ama jogügyleti szándék is. Így határozza meg e különbség értelmét *Savtgy* óta,¹ majd az összes újabb dogmatica.² De ezen megkülönböztetés sem talál! Képzelhettek magamnak «kifejezett» nyilatkozatokat, melyeknek nem egyetlen céljuk a jogi elhatározás kijelentése: így pl. szerződhetek valakivel francia nyelven oly célból, hogy magamat a francia nyelvben gyakoroljam, vagy jogi tárgyalást folytathatok valakivel magyar nyelven oly célból, hogy a nyakatekert ügyvédi jargonnal egy jelenlevő nyelvpuristát bosszantsak. Másfelől «hallgatólagos» kijelentéseknél is lehet, hogy főczé-

¹ III. §. 141: tGewöhnlich hat es (a kijelentés) nur allén die Bestimmung, als Kennzeichen des Willens zu dienen; nicht selten aber hat es zunächst eine andere, selbständige Bestimmung, jedoch so dass es daneben auch den Ausdruck des Willens in sich schliesst. Im ersten Fali heisst die Willenserklärung ausdrücklich, im zweiten stillschweigend.»

² V. ö. *Unger* II. 103/4. 1. *Wittdscheid* § 72, *Hofmann* Institut. 375. 1.: «hallgatólagos akaratnyilatkozomány . . . alatt egy egészen más és önálló célzatu, nem kizárólag a kérdéses akaratelhatározás kijelentése végett elkövetett, cselekményben rejlő akaratnyilatkozomány értetik *Vécsey* Institutiók 220. 1. «közvetett kifejezői az akaratnak az olyan cselekedetek, a melyeknek más önálló céljuk van, de a kérdéses jogügyleti akaratra vezethetők vissza».

lom a jogi nyilatkozat, mely mellett a cselekedet másik hatása alárendelt jelentésű, sőt talán tisztán öntudatomba sem esik: így pl. midőn *Fuger* tűzbe dobta V. Károly adósleveleit, e cselekménnyel első sorban az adósságelengedés jogi szándékát akarta kifejezésre hozni — a papirelégetés *physikai factuma* csak mellékesen volt szándékolva. Sőt lehet, hogy egy viselkedés, melyet az uralkodó tan a «hallgatólagos akaratnyilatkozat» sorába tesz, kizárólag a jogi akaratkijelentést czélozza: ilyen a hallgatás általi nyilatkozat fentemített esete. A ki ülésben az elnök felszólítására: azok, kik az indítványt elfogadják, kiáltanak «igent», a kik el nem fogadják, hallgassanak — a ki, mondom, e felszólításra szavazáskor hallgat, ezen hallgatása által ép oly «kizárólag» kívánja jogi akaratát kifejezni, mint a másik, ki «igent» kiált. Mégis: az uralkodó tan az egyikre azt mondja, hogy «hallgatva» (közvetve), a másikra, hogy «kifejezetten» (közvetlenül) fejezte ki szándékát.

Nem, az ilyféle megkülönböztetés a «kifejezett, nyilvános, közvetlen» és «hallgatólagos, közvetett» akaratkijelentés között tarthatatlan. A ki bármi cselekmény által — és cselekmény lehet a hallgatás is, ha szándékosan történik¹ — valamely elhatározását ki akarja fejezni, és azt objective felismerhetőleg ki is fejezi, az «nyilvánosan, kifejezetten, közvetlenül» fejezte ki szándékát: a «nyilvános» és «hallgatólagos»-féle distinctió ily értelemben meg nem tehető.

¹ Igen jól *Zitelmann* 62 I: «Wenn ein gegen die Wogen gerudertes Schiff auf derselben Stelle festgehalten wird, so liegt das Resultat der aufgewendeten Kraft darin, dass es nicht von den Wellen fortgerissen wird. So auch muss die Arbeit der Muskeln bei einer Unterlassung darin bestehen, dass eine andere auf die Muskeln wirkende Kraft gehemmt wird . . . Bei der Unterlassung geht nun der Wille dahin, der äusseren wirkenden Kraft durch eigene Muskelarbeit zu begegen, oder dem Reiz auf die sensiblen Nerven den Zutritt zu den motorischen Nerven zu versagen, beziehentlich die folgeweise Erregung der motorischen Nerven nicht zu einer Muskelcontraction werden zu lassen. So geht zB. der Wille bei einer schmerzhaften Operation nicht zu schreien, dahin durch Gegenanstrengung das Schreien zu verhindern, wélches ohne diese Gegenanstrengung von selbst reflexmässig eintreten würde.»

De igenis: lehet, hogy valaki felismerhetővé tesz oly akaratot, melyet felismertetni nem akart; hogy valakinek viselkedéséből bizonyos benső elhatározására következtetünk, de a nélkül, hogy az illető ama szándékát felismerhetővé akarta volna tenni. És ez az az eset, melyet fent «a passivitas beszámításának neveztem.

Az uralkodó doctrina ez esetben is «hallgatólagos akaratnyilvánításról» beszél. És így voltaképen háromféle értelmet köt össze e kifejezéssel: érti alatta i. a *hallgatás általi* (szándékos) akaratkijelentést, 2. a *kettős czélu* (szándékos) akaratkijelentést és 3. a benső akaratnak *nem szándékolt* kifejezését. Ez utóbbi értelmet legvilágosabban *Windscheid* fejezi ki:¹ «In dem Falle, welchen man mit dem Ausdrücke: stillschweigende Willenserklärung bezeichnet, wird auf den Willen einer Person geschlossen aus Handlungen dieser Person, welche dieselbe *nicht zu dem Zwecke* vorgenommen hat um ihren Willen zu erklären».

Miért hatályos az ilyen «hallgatólagos akaratnyilvánítás»? Ha az uralkodó tan következetes akar maradni, hatálytalan-nak kell azt ítélnie. Hiszen alaptétele ezen egész tannak[^] hogy a jogügyleti akarat csak úgy hatályos, ha a fél azt *nyilvánítja*. Pedig lehet-e mondani, hogy a fél *nyilvánította* akaratát minden nyilatkozati akarat nélkül, talán daczára annak, hogy nem akarta szándékát nyilvánítani, sőt hogy talán egyenesen el akarta *titkolni*? Az ilyen nyilvánítási akarat nélkül felismerhetővé vált szándékomat hatályosnak mondani annyit tesz, mint a nyilatkozatot feleslegessé decretálni és helyébe a benső akarat *felismerhetőségét, bebizonyíthatóságát* tenni. De akkor vonjuk le a következményeket. Akkor érvényesnek kell lenni nemcsak az *A* irányában tett kijelentésemnek, hogy meg akarom venni az *X* házát, úgy hogy ennek alapján *X* engem a vételár fizetésére perelhetne. — ettől a következménytől *Windscheid* nincs is távol: Pand-II. köt. 316. §. — hanem a bármi módon: naplóból, har-

¹ Archív f. civ. Pr. 63. köt. 74. 1. Pandektáiban más értelmet ad e kifejezésnek és pedig ismét más az első négy kiadásban, ismét mást az 5. kiadás óta 72. §.

madik személyekhez intézett leveleimből, magánjegyzeteimből kivehető akaratom is jogilag kötelezne, mihelyt a másik azt «elfogadjam.,,Az^eredmény képtelen. Mert hiszen nem elég, hogy egy bizonyos joghatást akarjak, hanem kell, hogy ezt ki is jelentsem, még pedig, szerződési viszonyban, hogy azt a velem szerződő féllel szemben kijelentsem. Valamint a bűncselekmény terén, úgy a jogügylet és közelebbről a szerződés terén is áll, hogy a joghatás nem benső szándékhoz, hanem a külső tethez fűződik: nec consilium habuisse no-; ceat, nisi et factum secutum fuerit (1. 53. §.2 D. de V. »S. 50, 16) és: etsi prior atque poterttior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur (1. 7. §.' 2 D. de sup. leg. 33, 10) és: non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu intellegi constat (1. 225 D. de V. S. 50, 16).

Ha tehát a fenti esetekben az én magam viseletéből szerződési hatás származik, daczára annak, hogy én ily hatás iránti szándékomat — legalább akaratosan — ki nem fejeztem: akkor oly szerződési tényállással van dolgunk, melyben nemcsak hogy (mint fennebb láttuk) a joghatás iránti benső szándék hiányozhatik, de még a nyilatkozat sincs meg: kérdem mi maradt meg az ilyen esetben a szerződés normális tényalapjából? Hadd példázom meg a problémát.

Ha a bérlő a bérleti idő lejártával a bérletet oda nem hagyja: ez a bérlet folytatása iránti ajánlatnak vétetik (1. 13 § 11 loc. 19, 2). Tegyük a bérlő nem ezen okból maradt a bérletben, hanem feledékenységéből, mert elfelejtette hogy a bérlet már lejárt, vagy éppen makacsságból bérfizetés nélkül is használni akarja a bérletet, míg ki .nem dobják stb. ő ez esetekben bizonyára *nem* akarja a bérszerződés folytatását és bennmaradásával bizonyára *nem* akar «hallgatva» ilyen ajánlatot tenni — az ő viselkedése mégis így magyaráztatik, a bérleti szerződés az ő «hallgatólagos ajánlata» alapján fog meghosszabbíttatni.

Ha a hitelező a követelés után előre kamatokat fogad el, ebben annak elismerése fekszik, hogy a tőke csak a kamatozó idő lejártával lesz követelhető (1. 56. pr. de pact. 2, 14): Tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat. Lehet,

hogy a hitelező a kamatot gondatlanságból, jogi tévedésből, vagy azon elhatározással fogadja el, hogy a meghosszabbítást még" meg fogja gondolni, esetleg pedig tőketörlesztésre akarja fordítani — mindegy, az ő eljárása hallgatolagos meghosszabbítási nyilatkozatnak vétetik.

Hasonlóan vagyunk a *facta concludentia* minden- esetében: a közvetlen cselekményből, melyet a cselekvő öntudatosan és akaratosan végbevitt, *következtetünk* olyan távolabbi szándékra, amely a mindennapi tapasztalat szerint *amazsal* kapcsolatos szokott lenni, de amely a concret esetben valóságban *talán még sincs meg* és melyet a cselekvő minden valószínűség szerint *nem akart kifejezni*, íme: szerződés benső szándék és külső nyilvánítás nélkül.

Még feltűnőbb a dolog a pusztá hallgatás általi szerződéskötés esetében. Mindazon esetekben, midőn valamely szerződési joghatás beáll az egyik fél *fassiv magatartása* (nem-nyilatkozása) alapján, ismétlődik a mi problémánk: a joghatás beáll, *daczára* annak, hogy a fél sem a hatást, sem a nyilatkozatot nem akarta. Példákat talán nem kell szaporítanom: az összeállításból, melyet *Savigny* (Syst. III § 132) közöl, találomra kikapok egyet-kettőt.

Ha a családım kölcsönt vesz fel, és az apa erről értesülve, hallgat: ő a kölcsönbe beleegyezőnek vétetik (fr 16 ad SC. Maced. 14, 6). Ha az atya vagy az ur hallgatva túri, hogy a fiu vagy rabszolga a *peculiummal* kereskedelmet folytat: ebbe beleegyezőnek vétetik (1 1 § 3 de tribut. act. 14, 4). Ha az adós jelenlétében valaki érte kezességet vállal, és az adós nem tiltakozik: ez által az adós és kezes között kezességi megbízás jön létre (fr 6 § 2 mand. 17, 1). És általában: ha valaki hallgatva túri, hogy valaki az ő nyilvánvaló érdekében valamit tesz: ez által köztük mandátum jön létre (fr 60 de R. J. 50, 17; fr 53 mand. 17, 1 stb.)

íme, ezen és hasonló esetekben szerződés jön létre a kötelezettnek *minden nyilatkozata nélkül*. Mert a nyilatkozat *cselekmény*, a hallgatás pedig (eltekintve a fent 4. alatti esetől) nem cselekmény, hanem annak ellentéte: nem-cselekvés, merő *passivitas*. *Lehetséges* ugyan, hogy a fél a fenti esetekben *oly czélből* hallgat, hogy ezen hallgatása által bele-

egyezését kinyilvánítsa. Így pl. ha valaki, kivel állandó összeköttetésben vagyok, nekem Írásbeli ajánlatot tesz olyan cikk tekintetében, melyet rendszeren tőle szoktam vásárolni és hozzáteszi «ha ellenkező választ nem veszek, úgy fogom tekinteni, hogy az áru ez alkalommal is elfogadtatik»; vágyba szállítási szerződést kötök egy gyárral, melyben az foglaltatik «ellenordre hiányában minden hó elsején ennyi-annyi métermázsza szállítandó » stb. — ez esetekben lehet, hogy szándékosan hallgatok, mert e hallgatásommal a hozzákötött joghatást *akarom* előidézni. Az ilyen esetekben a hallgatás csakugyan cselekmény, akaratkijelentés. De ez nem szükségképpen, nem mindenkor van így. A joghatás ezen, valamint a fentidézett esetekben be fog állani akkor is, ha *nem* szándékosan, *nem* oly célból, hogy ez által akaratomat nyilvánítsam, hanem feledékenységéből, zavartságból, gondolatlanságból hallgatok, sőt akkor is, ha — tévesen Ítélve meg a helyzetet — azt hiszem, hogy hallgatásomhoz az *ellenkező* joghatás fog fűződni (pl. hogy azt beleegyezés helyett visszautasításnak kell magyarázni) és ily *ellenkező* szándék kifejezése *czéljdból* hallgattam. Nem kell tehát ez esetekben, hogy hallgatásom akaratos, hogy cselekmény legyen: a szerződés létre jön itt pusztá *abbanhagyás*, pusztá *passivitas* által.

Ezt elismerik a források is. A római juristák nem élnek a modern dogmatica azon fictiójával, hogy a fél *nyilatkozik* akkor, amikor *hallgat*. Ok világosan elismerik, hogy arról, aki hallgat, nem lehet állítani, hogy beleegyezését *nyilvánította*, csak annyi igaz, hogy *nem tiltakozott*. E két állítás között pedig nagy a különbség. Így azt tartja a fr 142 de R» J- (50» 17) í Qui tacet utique *non fatetur* sed tamen *verum est eum non negare* (épen így cap. 44 in VI° de R. J.), és számos helyen ismétlődik a fordulat, hogy ezen u. n. hallgatás általi szerződéskötés esetében nem kell, hogy a fél *beleegyezését* kijelentse, hanem elegendő, ha az ellenkezőt ki *nem* jelenti; nem a velle, consentire, fateri képezi a szerződések tényalapját, hanem elegendő a non nolle, non contradicere, non negare. Ily értelemben mondja a fr 1 § 3 de tribut. (14,4): non enim *velle* debet dominus *sed non nolle*; si igitur scit, et non protestatur et contradicit, tenebitur actione

tributorla.¹ De hogy egyezik meg e jelenség a szerződési jog alaptételével, hogy a szerződés tényalapja két megegyező *nyilatkozat*}

Addig, míg a «nyilatkozat» fogalmát magának a nyilatkozónak szempontjából határozzuk meg, a fenti kérdésre bajos a felelet. Ha nyilatkozat alatt a nyilatkozónak «cselekményét » értjük, akkor a fenti esetekben csakugyan nincs nyilatkozat. De a nyilatkozat, mint már fent (III B alatt) az értelmezés tekintetében kifejtettük, nem a nyilatkozó, hanem a vele szemben álló ellenfél (a «czimzett») szempontjából határozandó meg. Szándékosan hallgat-e a velem szemben álló fél, vagy szándék nélkül, ki *akar-e* valamit fejezni hallgatásával vagy nem, és ha igen, *mit* akar vele kifejezni: mindezt nem tudhatom. Lelkébe nem pillanthatok senkinek, én csak ahhoz tarthatom magamat, mit látok, hallok. De éppen ezért a jog tőlem olyat, ami nem lehető, nem is követelhet. Valamint érzéseim körébe ellenfelemnek csakis *külső* magaviselete esik, úgy a jog megengedi, hogy a saját magamtartására nézve is csak ez legyen irányadó. E külső aspectus pedig irányadó nemcsak annak meghatározására, hogy *mii* jelentett ki az ellenfél, (1. fent III B) hanem annak megállapítására nézve is: *kijelentésnek vehető-e egyáltalában* ellenfelem magaviselete? A hallgatás *lehet* szándékos, mint láttuk, és ekkor subjective (ellenfelem szempontjából) is: kijelentés. De hogy a concret esetben szándékos-e a hallgatás vagy sem? — nem tudhatom. És éppen ezért a jog nem is kívánja, hogy e megoldhatatlan kérdéssel törődjem, hanem feljogosít hogy ahhoz tartsam magam, ami nekem egyedül hozzáférhető és általam egyedül ellenőrizhető: a külső lát-szathoz. Aki hallgatása által nyilatkozni *látszik*, az a jog szemében *nyilatkozott*. A subjectiv nyilatkozás (= nyilatkozási cselekmény) ilyenkor esetleg nincs meg; de az objectiv nyilatkozat, azaz oly magatartás, mely az ellenfél szefnében szükségkép a nyilatkozat *látszatát* felkölti, megvan. És ezen *objectiv* nyilatkozat a szerződés tényalapjához elegendő.

A fenti tényállást sokan elfedik az által, hogy nyilatko-

¹ A Corpus Juris idevágó helyeinek érdekes összeállítását 1. *Bülow* Archiv f. civ. Prax. 62 köt. 62 1. 65—66 jegyz.

zási «kötelességről» és a hallgatás «büntetéséről» beszélnek. E felfogás nem felel meg a valóságnak. Mert ha valaki «gy ajánlatra, melyre különbeni elfogadás feltevése mellett felelni *tanácsos*, nem felel, nem lehet mondani, hogy *kötelességei* mulasztott. Teljesen rajta áll, akar-e felelni vagy nem, csakhogy természetesen, ha nem felel, hallgatása épen xigy tárgyi értelme szerint fog értelmeztetni, mint, ha telett volna, beszéde. És hogy hallgatását ez értelemben magyarázzuk, ismét nem mondható *büntetésnek*, csak oly kevésbé mint nem mondható büntetésnek, hogy, midőn a nyilatkozó oly szóbeli kijelentést tesz, mely benső akaratának meg nem felel, a jog kijelentett szavánál fogja ötet, vagy hogy a midőn nem elég világosan fejezi ki magát, nyilatkozatát az o terhére fogja értelmezni. A jurista ugyan mondja, hogy «quum loqui debuit» «clarius loqui debuit», de ez nem jogi Itötelességet akar jelteni, hanem csak a tényt akarja constatalni, hogy az embernek *tényleg* világosan, illetve egyáltalában *kell* beszélnie, hacsak kedvezőtlen értelmezésnek nem akarja magát kitenni. És mert a hallgatás nem kötelességszegés, úgy annak értelmezése sem lehet «büntetés» {poena tacendi). Mert hiszen ez esetben mindig büntetésről [kellene beszélni, valahányszor bármely nyilatkozatot annak tárgyi értelme szerint értelmezzünk. És miféle büntetés legyen az, mely sokszor, sőt legtöbbször, épen azon joghatás előidézésében áll, melyet a büntetendő személy kívánt!

IV.

Ha eddigi fejtegetésünkéből az eredményt le akarjuk vonni, úgy látszólag ép az ellenkezőjére jutottunk annak, a -miből, mint uralkodó tanból, kiindultunk. Mert ha a szerző-«3és hatásai, mint láttuk, részint *törvényszerűek*, azaz a törvény rendelete alapján állnak elő, tekintet nélkül a felek toenső akaratára, részint pedig *nyilatkozatszerűek*, azaz a felek nyilatkozata alapján állanak elő, szintén tekintet nélkül a felek benső akaratára: akkor, úgy látszik, a felek benső akarata egyáltalában közömbös a szerződés tanában, akkor annak nemcsak hogy nem képezi legfontosabb, de egyáltalában nem képezi alkatrészét.

De ez túlzás volna. Az akaratot a szerződés tanából teljesen kirekeszteni, ép oly téves volna, mint azt annak köiflr pontjává tenni. Az eltérés ugyanis, melyet eddigi fejtegetés seinkben a fél benső akarata, külső nyilatkozata és a jog» hatás között vizsgálat tárgyává tettünk, nem rendes eset, hanem rendkívüli, nem szabály, hanem kivétel. Rendesen, a szerződési forgalom ezer és százezer esetében, ez eltéig» nem áll elő. A mi jelesül a törvényes hatásokat illeti, kétségtelen, hogy, mint fent (II. alatt) mutattuk, azok beállása a felek akaratától független. De azért e törvényes hatások is többnyire olyanok, hogy a fél akaratának irányával legalább is *egyenközűek*. A fél, bár akarata egyenesen nem rájuk irányul, többnyire szívesen nyugszik meg bennök, ha későbben velők megismerkedik. Érti, hogy e törvényes szabályok évszázados tapasztalatok eredményei, hogy e szabályok az ő egyéni szerződési céljait elősegítik, hogy az évszázadok bölcsesége nagyobb az egyesénél és ezért, bár e joghatásokat egyenesen nem kívánta, de ellentétbe e joghatásokkal ritkán fog helyezkedni. A mi pedig az arbitrar (azaz a felek «akaratára» bizott, vagy Bülow terminológiája értelmében dispositiv) joghatásokat illeti: úgy ezek, mint fent (III. alatt) kimutattuk, ugyancsak nem a fél benső «akarata», hanem *nyilatkozata* értelmében jönnek létre. Ámde a fél akarata és nyilatkozata többnyire *összhangban van*. Ezer meg ezer szerződési esetben egyszer történik, hogy a fél, tudatosan vagy tévedésből, mást mond, mint, a mit akar — szabály szerint tehát mindegy, akár akaratról beszélünk, akár nyilatkozatról. Innen van, hogy a szerződés normális eseteiben az ellentét az uralkodó és az itt képviselt elmélet között nem lesz érezhetővé.

Fontos ez eltérés csak azon kivételes esetekben lesz, midőn e rendes összhang megbomlik. Ha a fél kivételesen *nem* akar belenyugodni a szerződés törvényes hatásába, ha kivételesen *más* a szerződési nyilatkozat értelme, mint a mit a fél valójában akart: ilyenkor gyakorlativá válik a kérdés: kié az elsőbbség: a törvényé, a nyilatkozaté, a fél benső akarataé. És ilyenkor felmerül a szükség, hogy válaszszunk a két elmélet között.