



Jogtörténeti Parerga II.

Ünnepi tanulmányok
Mezey Barna
65. születésnapja
tiszteletére

Szerkesztette:
Gosztonyi Gergely
Révész T. Mihály

Budapest, 2018

 E L T E
EÖTVÖS
KIADÓ

© A szerzők, 2018
© A szerkesztők, 2018

ISBN 978 963 284 968 3



www.eotvoskiado.hu

Felelős kiadó: az ELTE Állam- és Jogtudományi Kar dékánja
Projektvezető: Sándor Júlia
Kiadói szerkesztő: Kiss Ernő Csongor
Tipográfia: Anders Tibor
Borítóterv: Csele Kmotrik Ildikó
Nyomdai kivitelezés: Pátria Nyomda Zrt.



Tartalom

Laudatio	7
<i>Antal Tamás</i> Városi és királyi bíróságok Debrecenben a „tisztá népképviselő” korában	9
<i>Balogh Elemér</i> Gondolatok a szabadságvesztésről első büntetőjogi operátumaink tükrében.....	19
<i>Balogh Judit</i> Nizsalovszky Endre habilitációja a Debreceni Tudományegyetemen (1929)	27
<i>Beke-Martos Judit</i> Hagyomány: H. Patrick Glenn nyomán	35
<i>Béli Gábor</i> Eljárás hatalmaskodási ügyekben a nádor törvényszékén az <i>Ars Notaria</i> szerint	41
<i>Blazovich László</i> Raymundus Parthenopeis	49
<i>Bódiné Beliznai Kinga</i> Történetek a bírói felelősség köréből	61
<i>Földi András</i> A <i>mors servorum</i> néhány kérdése a római jogban, különös tekintettel annak büntetőjogi vonatkozásaira	67
<i>Gedeon Magdolna</i> A bányaregálé szerepe a magyar uralkodók kölcsönügyleteiben	73
<i>Gosztonyi Gergely</i> Börtönrádiók a reszocializáció szolgálatában.....	83
<i>Herger Csabáné</i> A szerzeményi közösség történeti gyökerei a német jogfejlődésben	91
<i>Horváth Attila</i> „Ebből ered a haza becsülete!” A Szent Korona őrzésének jogtörténeti vonatkozásai	99
<i>Izsák Lajos</i> Az 1945. évi nemzetgyűlési választások	111
<i>Karácsony András</i> Franz Kafka tudósítása a kínzás és az ítélet-végrehajtás egységéről	121
<i>Kelemen Roland</i> Egy elhúzódo harc margójára. Az ítélkezési nyelv kérdése az 1912. évi közös katonai bünvádi eljárás kodifikációja során	127
<i>Képes György</i> A középkori Dán Királyság létrejöttje	135

<i>Képesy Imre</i> A büntetőjog fejlődésének tendenciái a két világháború közötti Csehszlovák Köztársaságban.....	145
<i>Korsósné Delacasse Krisztina</i> A család törvényi tényállásának és jogi tárgyának változása a magyar büntetőjog történetében	153
<i>Kukorelli István</i> Az 1994–1998 közötti korszak alkotmányozása	159
<i>Lehotay Veronika</i> Változások a büntetőjogban a két világháború közötti Magyarországon.....	179
<i>Lőrincz József</i> A börtönbiztonság fejlődésvázlata hazánkban a 20. században	187
<i>Máthé Gábor</i> A bírói hatalom két alapvető törvénye.....	195
<i>Megyeri-Pálffy Zoltán</i> Wagner Gyula törvényszéki fogházai.....	205
<i>Nagy Janka Teodóra</i> A khodü: egy 19. századi oszét közvélemény-büntetés	211
<i>P. Szabó Béla</i> A századforduló jelentős osztrák magánjogászának, Leopold Pfaffnak nagyszabonyi professzorsága (1861–1868).....	219
<i>Papp László</i> Az <i>Ordo Judiciarius</i> jogorvoslati reformjai	229
<i>Peres Zsuzsanna</i> Arisztokrata gyámnők és kötelezettségeik a 16–17. századi Magyarországon	235
<i>Révész T. Mihály</i> Népbíráskodás „az esküdtbírósnak törvényhozás útján való visszaállításáig”?	241
<i>Stipta István</i> Ludvig János, a pénzügyi közigazgatási bíróság második elnöke	249
<i>Szabó István</i> Decentralizált egységállam – szövetségi állam – államszövetség	255
<i>Újvári Emese</i> Egy talányos kereset a római jogban: az <i>actio subsidiaria</i> a gyámolt érdekeinek védelmében.....	263
<i>Valki László</i> A felsőoktatási törvény módosítása	271
<i>Varga Norbert</i> Kartelljog a gyakorlatban: a bemutatási kötelezettség elmulasztása miatt indított eljárás.....	283
<i>Vékás Lajos</i> Az osztrák polgári törvénykönyv (Optk.) utóélete a magyar magánjogban.....	291
<i>Völgyesi Levente</i> A műemlékvédelmi jog polgári kori története Magyarországon (1841–1949)	299

Laudatio

*M*ezey Barna hatvanöt éves lett, öt év telt el a szakmai munkássága előtt tisztelgő első kötet (*Jogtörténeti Parerga*) megjelentetése óta. Az olvasó már a második kötetet tarthatja kezében, amelyben kollégái, barátai és tanítványai köszöntik a jeles évforduló okán az Ünnepelet!

Mezey Barna 1972 óta van folyamatos kapcsolatban az Eötvös Loránd Tudományegyetemmel, amikor is hallgatóként felvételt nyert az Állam- és Jogtudományi Karra. 1983-tól egyetemi adjunktus, 1991-től egyetemi docens, majd pedig 2000-től egyetemi tanár. Az ELTE ÁJK Magyar Állam- és Jogtörténeti Tanszékét megszakítás nélkül éppen negyed százada, 1993 óta vezeti. A Magyar Tudományos Művek Tárában 1976 és 2017 között majdnem 600 tudományos közleményt jegyez szerzőként, szerkesztőként.

Tudományos tevékenysége mellett az Ünnepelet életében meghatározó volt kari és egyetemvezetői szerepvállalása: 1996 és 2000 között oktatási és tanulmányi dékánhelyettes, 2000 és 2008 között két cikluson keresztül az ELTE ÁJK dékánja, majd 2010 és 2017 között szintén két cikluson át az Alma Mater legelső embere, *rector magnificusa*. 2011-ben pedig további elismerésként a Magyar Rektori Konferencia Plénuma az MRK elnöki tisztségével szavazott bizalmat a jubilánsnak.

Ahogy a *Jogtörténeti Parerga* I. kötetében fogalmaztunk: „Mezey Barna professzor közösségteremtő ereje, személyiségének természetes kisugárzása minden bizonnyal a további évtizedekben is alakítja jogtörténet-tudományunk fejlődését”. Ehhez kívánunk – e kötet minden közreműködője nevében is – sok erőt, jó egészséget, változatlan munkakedvet és nem utolsósorban szeretetteljes környezetet!

Kedves Barátunk, Isten éltesse!

Budapest, 2018. május 27.

A szerkesztők

Egy talányos kereset a római jogban: az *actio subsidiaria* a gyámolt érdekeinek védelmében

1. Bevezetés

Rómában, ha sem végrendelet útján, sem pedig törvény útján nem került sor gyámrendelésre az önjogú serdületlenek számára, a *magistratusok* feladata volt, hogy egy, a gyámi feladatok ellátására alkalmas férfit jelöljenek ki a serdületlen gyámjául.¹ A *magistratusok* azonban általában nem csupán a megfelelő gyámok kirendeléséről kellett gondoskodnia, hanem arról is, hogy a gyám megfelelően fogja kezelni a gyámolt vagyont.² Ezt általában úgy próbálták meg biztosítani, hogy egy kezességgel megerősített *stipulatio*, az úgynevezett *cautio/satisfatio rem pupilli salvam fore* megtételére kötelezték a gyámság kezdetekor a leendő gyámot.³

Abban az esetben, ha a *magistratusok* nem kötelezték a gyámot megfelelő biztosíték nyújtására, bár az szükséges lett volna, bizonyos *magistratusok* egyfajta mögöttes, szubszidiárius felelősséggel tartoztak a gyámolt felé, s ez a felelősség természetesen abban az esetben is terhelte őket, ha a gyámrendelési kötelezettségüknek egyáltalán nem tettek eleget.⁴

¹ Gai. 1,185; Iust. Inst. 1,20,1–5. p.; Kaser, Max – Knütel, Rolf: *Römisches Privatrecht*. 20. Auflage. München, 2014, Verlag C. H. Beck, 363–365. p.; Földi András – Hamza Gábor: *A római jog története és intézményei*. 20. kiadás. Budapest, 2015, Nemzedékek Tudása Tankönyvkiadó, 262. p.; Benedek Ferenc – Pókecz Kovács Attila: *Római magánjog*. 4. kiadás. Budapest–Pécs, 2016, Dialóg Campus Kiadó, 153–154. p.; Molnár Imre – Jakab Éva: *Római jog*. 6. kiadás. Szeged, 2012, Diligens, 164–165. p.; Talamanca, Mario: *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990, Giuffrè Editore, 159–160. p., 421–424. p.; Újvári Emese: *Contutores – a gyámok jogviszonya többes gyámság esetén a római jogban*. *JURA*, (22) 2016. 2. sz., 184–192. p.

² A gyámi vagyongazdálkodással kapcsolatosan a legújabb magyar irodalom köréből lásd Jakab Éva: *Vis ac potestas: gyámi vagyongazdálkodás a klasszikus római jogban*. In Görög Márta – Hegedűs Andrea (szerk.): *Lege duce, comite familia: Ünnepi tanulmányok Tóthné Fábrián Eszter tiszteletére, jogász pályafutásának 60. évfordulójára*. Szeged, 2017, Iurisperitus Bt., 199–211. p.

³ Gai. 1,119. Földi–Hamza 2015, 262. p. A témához lásd részletesen: Carbone, Mariateresa: *Tutori magistratuales ed esonero dalla satisfatio in Gaio e in Giustiniano*. *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2017. X. sz., 1–28. p.; D.46,6,11; Sachers, E.: *Tutela*. In Mittelhaus, Karl – Ziegler, Konrad (Hrsg.): *Pauly's Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. 2. Reihe (R-Z). 7. Band. Tributum bis Valerius, (RE 7A/2), Waldsee (Württ.), 1948, Alfred Druckenmüller Verlag, 1497–1599. p., 1570–1570. p.; Kaser–Knütel 2014, 367–368. p.; Kaser, Max: *Das Römische Privatrecht, I. Abschnitt*, 2. Auflage. München, 1971, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 365. p.

⁴ A kérdéshez az újabb magyar irodalomból lásd Jakab Éva: *Immunitás? Az állam kárfelelősségének történeti gyökereihez* [megjelenés alatt], (köszönet a szerzőnek a kézirat rendelkezésre bocsátásáért).

Eredetileg Traianus császár javaslatára egy *senatus consultum* rendelte el, hogy a gyámolt a gyámság megszűnése után a városi *magistratus municipales* ellen, akik a gyám személyére javaslatot tettek (*nominare*), kárai megtérítése céljából egy keresetet (*utilis actiōt*) indíthat, amennyiben sem a gyámjaitól, sem azok kezeseitől nem tudja behajtani a gyámságból eredő teljes követelését.⁵

C.5,75,5: Imperatores Diocletianus, Maximianus

In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitas nomine actionem utilem competere ex senatus consulto, quod auctore divo Traiano parente nostro factum est, constituit. (294)

A gyámolt ezt a kereset azonban csupán az alacsonyabb rangú provinciai hivatalnokokkal, így különösen az úgynevezett *magistratus municipales*szel, vagy esetleg a városi tanács tagjaival szemben kaphatta meg,⁶ a fő *magistratus*okkal szemben, akiket a *tutoris datio* joga megilletett (például *praefectus urbi*, *praetor*, *consul*, *praeses provinciae*, *legatus*), sosem.⁷

2. Actio subsidiaria

A volt gyámolt tehát bizonyos feltételek fennállása esetén követelhetette a *magistratus municipales*től azon kárainak megtérítését, amelyek abból eredően érték, hogy a *magistratus*ok nem rendeltek számára gyámot, vagy nem megfelelő gyámot rendeltek, illetve nem kötelezték a gyámot megfelelő biztosíték nyújtására. A követelés azonban csak a károk azon részének megtérítésére irányulhatott, amelyeket a volt gyámoltnak nem sikerült a gyámokkal vagy azok kezeseivel megtéríttetni, vagyis a *magistratus*ok felelőssége ezen személyek viszonylatában szubszidiárius volt. Ezt tükrözi az ellenük megadott kereset elnevezése is.⁸ A *magistratus*okkal szemben megindítható kereset ugyanis a források *actio subsidiaria*ként emlegetik.⁹

Újvári, Emese: A magistratusok felelőssége a gyámrendelés kapcsán a császárkorban, *JÁP* (megjelenés alatt).

⁵ Levy, Ernst: *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*. Berlin, 1915, Vahlen, 41. p.; Karlowa, Otto: *Römische Rechtsgeschichte*. Band I., Leipzig, 1855, Verlag von Veit & Comp., 596. p.; Nörr, Dieter.: Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze. SZ, (118) 2001. 1. sz., 1–72. p., 25–26. p.; Rudorff, Adolf August Friedrich: *Das Recht der Vormundschaft*. Band III. Berlin, 1834, Ferdinand Dümmler, 154. p.; Sachers 1948, 1581. p.; Glück, Christian Friedrich von: *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*. 32. Teil. Erlangen, 1829, Palm'schen Verlagsbuchhandlung, 411. p.; Kaser 1971, 367. p.; Rampazzo, Natale: *La «nominatio» e la responsabilità dei magistrati municipali*. *Index*, 2011. 39. sz., 363–378. p., 373–374. p.

⁶ Vö. Sachers 1948, 1582. p.

⁷ Iust. Inst. 1,24,4; C.5,33,1pr. Rudorff 1834, 161. p.; Karlowa 1855, 596. p.; Glück 1829, 412. p.

⁸ Glück 1829, 406. p.

⁹ Iust. Inst. 1,24,2; D.27,8,1,4; C.5,59,5pr.; A kereset elnevezésének klasszikus eredete mellett foglal állást: Albertario, Emilio: *Dell' «actio subsidiaria» concessa al minore contro i magistrati*. 1912, Studi dell' Istituto di Esercitazioni nelle scienze giuridiche e sociali della R Università di Pavia, 3. p.; Levy

Azzal kapcsolatosan, hogy milyen típusú kereset lehetett az *actio subsidiaria*, megoszlanak a vélemények. Egyes források kifejezetten *utilis actiō*ként számolnak be a keresetről, máshol viszont *in factum actiō*ként kerül említésre.

Így például az *actio subsidiaria* a már korábban idézett császári rendeletben, a C. 5,75,5-ben is *utilis actiō*ként szerepel, de a *magistratus*okkal szemben megindítható kereset már egy 80 évvel korábbi, Caracalla császártól származó *rescriptum*ban is *utilis actiō*ként jelenik meg:¹⁰

C.5,75,1pr.-1: Imperator Antoninus

(pr.) Si magistratus a tutoribus seu curatoribus, quos tibi dederunt seu nominaverunt, stipulati sunt se eo nomine indemnes futuros inque eam rem fideiussores acceperunt extra rem salvam fore satisfactionem, actio, quam adversus tutores seu curatores tuos instituisti, alienam obligationem non resolvit.

(1) Sed adversus magistratus qui curatorem dederunt actio utilis ita demum competit, si universis bonis excussis revocatisque, quae eum in fraudem alienasse constiterit, indemnitas tuae in solidum satisfieri non potuit. (212)

A szöveghely értelmében, a *magistratus*ok az általuk kijelölt vagy rendelt gyámokkal vagy gondnokokkal azt a *stipulatio*s ígéretet tették, hogy őket (a *magistratus*okat) ebből az ügyből eredően a jövőben mentesítik a károktól, s a *satisfactio rem pupilli salvam fore* keretében történő kezességen túl kezeseket állítottak, a kereset, amelyet a gyámolt vagy gondnokolt a gyámjával vagy a gondnokaival szemben indít, a másik kötelmet nem szünteti meg. De a *magistratus*okkal szemben, akik gondnokot rendeltek, az *utilis actio* csak abban az esetben áll rendelkezésre, ha a gondnokolt azt követően, hogy a teljes vagyonra végrehajtást folytatott, és mindazt, amit a gondnok igazolhatóan a gondnokolt hátrányára elidegenített, visszakövetelt, nem nyert teljes mértékben kielégítést.¹¹

Az, hogy ebben a fragmentumban *utilis actiō*t említenek, nem magyarázható azzal, hogy ebben az esetben (nem megfelelő) gondnokrendelésről és nem (hibás) gyámrendelésről van szó, mert a *principium*ban a *magistratus*oknak a gyámrendelésért és a gondnokrendelésért való felelőssége egyaránt és egyenrangúan említésre kerül, és ez Ulpianus Kommentárja (D.27, 8, 1, 5–6) szerint is ugyanúgy megalapozza a felelősséget, mint a gyámrendelés.¹²

1915, 41. p.; Lenel, Otto: *Das Edictum Perpetuum*, 3. Auflage. Leipzig, 1927, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 321. p. A klasszikus eredetet ezzel szemben vitatja, s úgy véli, az elnevezés a iustinianusi kompiláció eredménye: Brugi, B.: *Dell' azione sussidiaria in Teofilo* 1, 24, 2, In *Mélanges P. F. Girard: Études de droit romain*. Paris, 1912, Arthur Rousseau, 143–153. p. Levy szerint a kereset elnevezése valószínűleg Traianus császár *senatus consultum*ára vezethető vissza, amely a kereset szubszidiaritására kezdettől fogva nagy hangsúlyt fektetett. (Vö. Levy 1915, 41. p.)

¹⁰ Harke, Jan Dirk: *Actio utilis. Anspruchsanalogie im römischen Recht*. Berlin, 2016, Dunckler & Humblot, 46–47. p.

¹¹ A forrás részletes elemzését lásd Újvári Emese: Összetett eszköztár a gyámolt érdekeinek védelmében a klasszikus korban: a C. 5.75.1. tanúsága. In P. Szabó Béla – Újvári Emese (szerk.): *In Risus cum lacrimis. Könyv Babják Ildikó emlékére*. Debrecen, 2017, Dela Kft., 267–280. p.

¹² Harke 2016, 47. p.

Az alábbi Ulpianus-fragmentum is *utilis acti*óként tesz említést az *actio subsidiari*áról:

D.27,8,1pr.

Ulpianus 36 ad ed.

In ordinem subsidiaria actio non dabitur, sed in magistratus, nec in fideiussores eorum: hi enim rem publicam salvam fore promittunt, non pupilli. Proinde nec nominatores magistratum ex hac causa tenebuntur, sed soli magistratus. Sed si ordo receperit in se periculum, dici debet teneri eos, qui praesentes fuerunt: parvi enim refert, nominaverint vel fideiusserint an in se periculum receperint: utilis ergo in eos actio competit. Sed si a magistratibus municipalibus tutor datus sit, non videtur per ordinem electus.

Az ulpianusi fragmentum vonatkozó része értelmében az *ordo decurionum*mal szemben fő szabály szerint nem adják meg az úgynevezett *actio subsidiari*át a gyámoltaknak, csak a *magistratus*-sal szemben. Ha azonban az *ordo decurionum* a gyámrendeléssel kapcsolatos felelősséget vállalta, azoknak, akik a határozathozatalnál jelen voltak, felelniük kell. Ulpianus szerint ugyanis nincs különbség aközött, hogy gyámot rendeltek-e, a gyámért kezességet vállaltak-e, vagy a veszélyt (felelősséget) felvállalták-e: vagyis meg kell adni velük szemben az *utilis acti*ót. Ha azonban a *magistratus municipalis* rendelte a gyámot, akkor nem kell feltételezni, hogy azt az *ordo decurionum* választotta volna ki.

Míg Kaser arra utal, hogy a keresetet itt azért adják meg *utilis acti*óként, mert az az *ordo decurionum* ellen irányul,¹³ addig Harke szerint a kereset *utilis acti*óként történő megadása nem az eset speciális körülményeire vezethető vissza. Bár Ulpianus az *ordo decurionum* felelősségével foglalkozik, amelynek a tagjai csak abban az esetben felelnek a gyámolt felé, ha kifejezetten felvállalták a felelősséget a gyám fizetőképességéért, az *actio utilis* és az *actio subsidiaria* fogalma Harke szerint a szövegben egymással egyenértékű és felcserélhető.¹⁴

Ugyanakkor Theophilus a Iustinianus Institúciói 1,24,2-höz írt parafrázisában *in factum acti*óként ír az *actio subsidiari*áról:

Pupillus adultus, aut adolescens major factus, non solum tutores aut curatores ex administrationis causa habebunt obligatos, sed illos quoque, qui ab administratoribus satisfactionem accipiunt: habent autem adversus hos actionem in factum [sive indemnitem] quae nominatur subsidiaria, ultimum iis praebens auxilium. Quum enim neque administratores neque horum fideiussores indemnitem pupillo praestant, tunc qui cautionem ab his acceperunt, actione in factum tenebuntur, quae ex facto subsidiaria dicta est. Datur autem, quum vel omnino satisfactionem non acceperint, qui eas accipere solent, aut acceperint quidem, sed fideiussores admiserint inidoneos. Eadem et adversus heredes datur, sicuti prudentum responsis et principalibus constitutionibus cavetur.¹⁵

Az idézett szöveghely az alábbiakat tartalmazza: Ha a gyámolt felnőtt, vagy a teljeskorúsághoz közel nagykorúvá vált, akkor nemcsak a gyámok és a gondnokok felelnek neki a vagyonneze-

¹³ Kaser 1971, 367. p.

¹⁴ Harke 2016, 47–48. p.

¹⁵ Theophilus ad Iust. Inst. 1,24,2: Reitz, Wilhelm Otto: *Theophili Paraphrasis Iustiniani Institutionum, Secundum versionem latinam*. Amstelodami, 1860, Fredericum Muller, 73. p.

lésből eredően, hanem azok is, akik a gyámoktól/gondnokoktól a *satisfacti*ót elfogadták, ezekkel szemben rendelkezésükre áll az *actio in factum* (sive indemnitem), amelyet *subsidiari*ának neveznek, s amely nekik segítséget jelent. Mert ha sem a vagyon kezelője, sem annak kezesei nem térítik meg a gyámolt kárait, akkor azok, akik a *cauti*ót ezektől elfogadták, az *actio in factum*nak alá vannak vetve, amelyet *ex facto subsidiari*ának neveznek. Ezt abban az esetben adják meg, ha egyáltalán nem kértek *satisfacti*ót, amelyet kérni szoktak, vagy azt kértek ugyan, de a *fideiussorok* nem voltak fizetőképesek. Ezt azok örökösivel szemben is megadják, ahogy az a jogtudói véleményekben és a császári rendeletekben is olvasható.

Ugyancsak az *actio subsidiari*áról szól az alábbi Modestinus-fragmentum is:

D.27,8,9

Modestinus 4 pand.

An in magistratus actione data cum usuris sors exigi debeat, an vero usurae peti non possint, quoniam constitutum est poenarum usuras peti non posse, quaesitum est. Et rescriptum est a diviso Severo et Antonino et usuras peti posse, quoniam eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores.

Modestinus arra a kérdésre keresi a választ, hogy abban az esetben, ha a keresetet megadták a *magistratusok*kal szemben, a követelést kamattal együtt lehet-e érvényesíteni, vagy kamatot nem lehet követelni, mert a császári rendeletekben az került meghatározásra, hogy *poena* esetében nem követelhető kamat. És Septimius Severus és Antonius Caracalla császár úgy döntött, hogy kamatot is lehet követelni, mert a *magistratus*szokkal szemben ugyanazt a keresetet lehet megindítani, mint amelyet a gyámokkal szemben is megadnak. Láthatjuk tehát, hogy a források ellentmondásosan foglalnak állást az *actio subsidiaria* jellege tekintetében.

A fragmentumban az merül fel kérdésként, hogy lehet-e kamatot követelni a *magistratusok*kal szemben megindított *actio subsidiari*ával, vagy csak az alapkövetelés érvényesíthető. S a kamatköveteléssel szemben az vetődik fel lehetséges ellenérvként, hogy *poena* esetében nem követelhető kamat. Mivel *poenát delictum*ból, vagy esetleg kvázi *delictum*ból eredően lehetett csak követelni, ez egyben utalást is jelent a *magistratusok* gyámrendeléssel kapcsolatos felelősségének jellegére, s arra is, hogy az *actio subsidiari*át büntetőkeresetként értelmezheték. Másrészt viszont Modestinus Septimius Severus és Antonius Caracalla rendeletére hivatkozva elismeri a kamatkövetelés lehetőségét azzal az indokkal, hogy a *magistratusok*kal szemben ugyanazt a keresetet szokták megadni, mint a gyámokkal szemben.

A régebbi irodalomban a keresetet jellemzően *actio tutelae utilis*nak tekintették¹⁶ leginkább Modestinus azon állítására támaszkodván, mely szerint a kereset megegyezik a gyámmal szemben megadható keresettel.¹⁷ Ezzel az állásponttal szemben ugyanakkor már viszonylag korán kialakult az az ellentétes álláspont is, hogy a kereset egy *actio in factum subsidiaria* lehetett, amely csupán materiális értelemben nevezhető *utilis acti*ónak, vagyis csupán annyiban, amennyiben a gyámságból származó igények kiterjesztését tette lehetővé. Ezen elmélet alátámasztására

¹⁶ Glück 1829, 408–410. p.

¹⁷ Schulting, Anton: *Notae ad Digesta seu Pandectas, Nicolaus Smalldenburg*. Tom. IV. 1823, ad D.27,8,9, 493–494. p.

leginkább Theophilus korábban idézett parafrázisa szolgált, ugyanis a nézet képviselői úgy gondolták, hogy Theophilus bizonyára nem maga találta ki a kereset vonatkozásában az *actio in factum* elnevezést, hanem arra valamilyen korábbi forrásban található utalást.¹⁸

Glück a kereset *utilis actio* jellege mellett foglalt állást, s úgy vélte, hogy Theophilus azért nevezte *in factum* akciónak az *actio subsidiariát*, mert a *factum* alatt valójában „*indemnitem*”-et értett, s csak arra akart ezzel utalni, hogy az *actio subsidiaria* a volt gyámolt kárainak megtérítésére szolgált.¹⁹

Rudorff szerint mindkét álláspont helyes valamilyen szempontból, de csak részben. Ugyanis ami a *demonstratiót* és az *intentiót* illeti, egyértelmű, hogy ezek nem egyezhetnek meg az *actio tutelae directae*-vel, mivel a *magistratus* sem a gyámolt ügyeinek viteléért, sem annak elmulasztásáért nem vonható felelősségre. Vagyis a kereset okát, azaz a *magistratus* tényleges mulasztását részletesebben meg kell jelölni, s a keresetet tulajdonképpen az elmulasztott *cautio damni infecti* miatt kell *in factum* aktióként létrehozni. Ugyanakkor Rudorff szerint a *condemnatio* nem büntetésre megy, hanem annak a megtérítésére, amit a felperes az *actio tutelae*-vel, az *actio negotiorum gestorum*-mal, vagy az *actio pro tutela*-vel követelhetett volna, de magától a gyámtól vagy annak kezesétől nem tudta azt megszerezni. A *condemnatio* ezen azonossága miatt azonban Rudorff szerint joggal nevezhető a kereset *actio tutelae utilis*-nek, vagyis egy másik alperes ellen irányuló és másik *demonstratióval* és *intentióval* ellátott gyámsági keresetnek, úgy ahogy egyébként ugyanilyen joggal *actio utilis ex stipulatum*-nak is lehetne nevezni.²⁰

Lenel szerint az *actio subsidiaria* formulája nem rekonstruálható teljes bizonyossággal. Szerinte annyi bizonyos, hogy nem volt a *magistratus* személyére irányuló *civilis intentio*-ja, s szubszidiárius jellege nem jutott a formulájában kifejeződésre, hanem azt a *causa cognitio in iure* során vették figyelembe. Lenelnek egy *intentio in factum concepta* tűnik a legvalószínűbbnek, amely a felelősség alapeseteit foglalta össze, mint például egy nem alkalmas gyám (*tutor minus idoneus*) személyére történő javaslatétel (*nominatio*), illetve egy alkalmatlan gyám kinevezése (*datio*), vagy a megfelelő biztosíték nyújtásáról való gondoskodás elmulaszt-

¹⁸ Vö. Rudorff 1834, 155. p.

¹⁹ Glück 1829, 408–410. p.

²⁰ Rudorff 1834, 155–156. p. Érdekes ugyanakkor (és meglehetősen ellentmondásos a gyámságról szóló munkájának korábban idézett részében leírtak fényében), hogy Rudorff egy későbbi munkájában a következőképpen rekonstruálja az *actio subsidiaria* formuláját: „*Judex esto. Quod Titius Aⁱ Aⁱ pupilli tutelam (adulti curam) gessit, quicquid ob eam rem Titium A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^{os} N^{os} duumviros (proportione) c. s. n. p. a.*”, valamint: „*Judex esto. Si paret N^{mm} N^{mm}, cum de ea re admonitus esset, in magistratu suo A^o A^o pupillo tutorem non dedisse, quantum ob eam rem damni A^o A^o datum factumve est, tantam pecuniam N^{mm} N^{mm} A^o A^o c. s. n. p. a.*” (Rudorff, Adolf August Friedrich: *De Iuris Dictione Edictum. Edicte Perpetui*. Lipsiae, 1869, Apud S. Hirzelium, 133. p.) Vagyis az első formula esetében az *actio tutelae directa* mintájára létrehozott *utilis actio* formuláját alkotja meg, s csak a gyámok kinevezésének elmulasztása esetére alkot egy olyan *in factum* aktiót, amelynek *intentió*-jában erre a mulasztásra történik kifejezett utalás. Lenel kifejezetten elutasítja a kifejezetten a *tutor* személyére vonatkozó *civilis intentio* lehetőségét, azzal indokolván, hogy az *actio subsidiaria* megindításakor a gyámok köteleme rendszerint, vagy legalábbis nagyon gyakran már a per keresetfelemésző hatása miatt megszűnt. (Vö. Lenel 1927, 321–322. p.)

tása.²¹ Az általános esetekhez mellett Lenel szerint a „*tutorem non dedisse*” esetét is meg kell említeni. Lenel úgy véli, hogy az *actio subsidiaria utilis* aktióként csupán a gyámmal szembeni kereset viszonylatában értelmezhető, amelyhez szubszidiárius keresetként kapcsolódik,²² vagyis Modatinus nem a két kereset formulájának azonosságát, hanem csupán a materiális jogelvek azonosságát hangsúlyozza.²³

Levy is úgy véli, hogy a gyámmal szembeni és a *magistratus*-szal szembeni kereset formulája nem lehet „ugyanolyan”, mert a *magistratusok* nem gyámok, és nem is tekintik őket gyámoknak. Vagyis az „*eadem actio*” egy ilyen esetben formális értelemben alapvetően pontatlan lenne. Levy is amellett foglalt állást, hogy az „azonosság” anyagi jogi vonatkozásban nyer értelmet. Ahogy a *sponsores rem pupilli salvam fore* funkciója, úgy a *magistratusoké* is analóg a gyámokéval a gyámolt vagyonának megtartása vonatkozásában. Ő is úgy véli, hogy a keresetet *in factum* aktióként adták meg, s szerinte ezt a feltételezést támasztja alá a kereset közjogi eredete is. Levy ezen kívül Theophilus korábban idézett parafrázisára is utal. Szerinte Theophilus ilyen dolgokban megbízhatónak tekinthető, ezért a *Iust. Inst.* 1,24,2-höz kapcsolódó parafrázisa egy további érvelt jelentéssel, hogy az *actio subsidiaria* egy *in factum actio* volt.²⁴

Érdemes azonban e tekintetben megemlíteni Brugi 1912-es tanulmányát is, melyben Brugi azt fejt ki, hogy Theophilus korában már nem volt lényegi különbség az *utilis actiók* és az *in factum actiók* között, a két kereset alkalmazási köre már meglehetősen összemósódott, s az elnevezések majdhogynem egymás szinonimáinak voltak tekinthetők.²⁵

Az újabb irodalom képviselő között is többféle álláspont alakult ki az *actio subsidiaria* jellege tekintetében. Sachers is *utilis actiók*ként említi a keresetet.²⁶ Valiño szerint az *actio subsidiaria* esetében egy fikciót alkalmazó *utilis actió*-ról van szó, amelyben azt fikcionálják, hogy maga a *magistratus* adta a *cautiót*, vagyis a *cautio rem pupilli salvam fore*-t, s ennek megfelelően az *utilis actio* egy *actio incerti* (*ex stipulatu*). Szerinte semmi nem támasztja alá az elnevezést, hogy az *utilis actio* egy *actio tutelae utilis* lenne, s a *D.27,8,9* utolsó részében *eadem actiók*ént említett kereset is valószínűleg egy *actio incerti* *ex stipulatu*.²⁷

Harke a *D.27,8,9* kapcsán azt az álláspontot képviseli, hogy amennyiben a Modestinus-fragmentumban a *magistratus* felelősségét egy nem gyámként rendelt adós gyámi felelősségének tekintik, ezzel nem az eltérően felépített keresetek formuláris kapcsolatára utalnak, hanem itt pusztán egy dogmatikai hasonlóságról van szó: a *magistratus*-szal szemben úgy lehet fellépni, mint egy gyámmal szemben, anélkül, hogy az *actio tutelae* feltételei adottak lennének.²⁸

Az *actio subsidiaria*-ának Harke szerint kettős célja van, mely részben a gyámolt szemszögéből határozható meg, részben pedig az adós szerepe alapján. A gyámolt számára a jogérvényesítés hatékonyságának eszközét jelenti, ugyanis így nem csupán a gyámmal szemben érvényesítheti

²¹ Lenel szerint az *intentio* körülbelül a következőt tartalmazhatta: „s. p. N^{mm} N^{mm} A^o A^o tutorem minus idoneum dedisse.” (Vö. Lenel 1927, 321–322. p.)

²² Vö. Harke 2016, 48. p.

²³ Lenel 1927, 321–322. p.

²⁴ Levy 1915, 41–43. p.

²⁵ Brugi 1912, 143–153. p.

²⁶ Sachers 1948, 1581. p.

²⁷ Valiño, Emilio: *Actiones utiles*. Pamplona, 1974, Ed. Univ. de Navarra, 374–375. p.

²⁸ Harke 2016, 48. p.

az igényét, hanem egy harmadik személlyel szemben is. Másrészt pedig a *magistratus* mulasztása szempontjából ez eszközt szolgáltat a károsult számára, hogy egy olyan személlyel szemben lépessen fel, aki a gyám mögött közvetett felelősként felelt a gyámoltnak a keletkezett károkért.²⁹

Véleményem szerint további körülményként figyelembe kell venni az *actio subsidiaria* quasi delictuális jellegét, amely kizárja azt, hogy a kereset formulaszerkezeti értelemben egy szorosan vett *utilis actio* legyen. A delictuális jellegre egyrészt magában az idézett Modestinus-fragmentumban is egyértelmű utalás található, másrészt pedig több szöveghely³⁰ együttes figyelembevétele alapján is lehet rá következtetni.³¹ Az egykori gyámolt és a *magistratus* között tehát egy quasi delictuális kötelelem jön létre a *magistratus* gyámrendeléssel kapcsolatos mulasztása, illetve köteleltségzegése miatt, s az ebből eredő kereset Modestinus szerint ugyan *poenára* irányul, de annak mértéke megegyezik a gyámoltat a gyámságból eredően ért, s más-ként meg nem téríthető károk mértékével, vagyis a mástól be nem hajtható követelések összegével. Ezért Modestinus azon állítása, hogy a *magistratus*szokkal szemben ugyanazt a keresetet lehet megindítani, mint amelyet a gyámokkal szemben is megadnak, – figyelembe véve az állítás és a szöveghely többi részének kontextusát – véleményem szerint is úgy magyarázható, hogy Modestinus arra akarta felhívni a figyelmet, hogy a *magistratus*okkal szembeni kereset tárgya ugyanaz, mint a gyámokkal szembeni kereseté, illetve annak a követelés már megtérített részével csökkentett mértéke. Ezért lehet például a *magistratus*októl ugyanúgy kamatot is követelni, mint ahogy a gyámoktól is lehetne.

Ezért számomra is meggyőzőbbnek tűnik az az érvelés, hogy az *actio subsidiaria* pusztán anyagi jogi értelemben tekinthető *utilis actio*nak, s csupán dogmatikai értelemben kapcsolódik a gyámokkal szembeni keresethez, nem pedig formulaszerkezeti szempontból. Valószínűbbnek tűnik, hogy a *magistratus*okkal szembeni kereset formulaszerkezeti szempontból egy *in factum actio* volt, melynek *intentiója*, illetve *demonstratiója* a *magistratusi* felelősséget megalapozó körülmények alapeseteit tartalmazhatta.

²⁹ Harke 2016, 48. p.

³⁰ D.27,8,9; D.27,8,4; D.27,8,6; D.27,8,7; D.46,3,96,1; C.5,75,2; Iust.Inst.1,24,2.

³¹ Levy 1915, 43. p.; Levy: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen, 304. p. Mitteis nem vitatja a kereset poenális jellegét – éppen a Modestinus-fragmentum bizonyítékai alapján –, ennek okát azonban megfejtethetlennak tartja (Vö. Mitteis, Ludwig: Levy, Ernst, Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht. (rec.) SZ, (37) 1916. 328–336. p., 335. p.)