

OTAKAR SOMMER:

### **Furtum usus.**

Aulus Gellius vypravuje ve svých *Noctes Atticae* VI, 15, 1: Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit idque Brutum solitum dicere et furti damnatum esse, qui iumentum aliorum duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat, quam in quem locum petierat. Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit.

Z této zprávy je patrno, že se nejpozději v předposledním století republiky vyskytly rozsudky, odsuzující pro furtum toho, kdo půjčené zvíře zneužil tím, že je vedl jinam nebo dále, než mu bylo dovoleno. Činnost taková byla posuzována patrně jako furtum rei, takže pokuta byla násobkem hodnoty věci, nikoli způsobené škody. Snad tu působila reminiscence na fiducii a na infamující *actio fiduciae*, vedle níž *actio furti* nevyhlížela tak tvrdě, jak se to podle Gellia jevílo Labeonovi.

Na podkladě těchto rozsudků formuloval Q. Mucius Scaevola, první systematik civilního práva, zásadu, podle níž zneužití svěřené věci bylo stíháno jako furtum, ať již šlo o použití věci svěřené k opatrování nebo o jiné než povolené užití věci půjčené. Jednou přijatá subsumpce již zůstala a byla snad jen ve svých důsledcích zeslabena tím, že pokuta byla stanovena ne násobkem hodnoty věci, nýbrž násobkem interesse.

Otázka je ovšem, kdy tato modifikace byla provedena, zejména můžeme-li ji přijímati již pro dobu klasickou. Otázku lze zodpovědět jen ryze spekulativně, poněvadž v pramenech našich se vynořuje odpověď na ni teprve v době byzantské u spisovatelů pojustiniánských. V právu justiniánském nepochybně pokuta se má rozumět jako násobek škody způsobené zneužitím věci. Pro právo klasické bylo to popřeno zejména Pampalonim, který vyslovil názor, že pojem furtum usus je justiniánský. Klasické právo

zná sice *furtum* spáchané zneužitím věci, avšak neodlišilo je od *furta* věci (*furtum rei*), nutně tedy pokuta jest stejná, jako při jiném *furtu* věci. Termín *furtum usus* vyskytuje se v dodatku k známé definici Paulově v D. 47, 2, 1, 3, akceptované Justinianem v Inst. 4, 1, 1: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*. Důvody, které Pampaloni uvádí pro podezření interpolace, jsou dobré. Zřejmě tu jde o přívěsek k textu, který obsahuje tripartici, jež nikde jinde v pramenech se nevyskytuje. Přesně vzato není tu dosvědčen ani vžitý termín *furtum usus*.

Otázka se však nedá řešiti terminologicky. Pampaloni, aby podepřel svoje podezření interpolace, odkázal celý pojem *furtum usus* do doby byzantské. Ferrini dal Pampalonimu za pravdu, kde se jedná o zneužití věci, jíž se pachatel musil za tím účelem zmocniti, a omezil pojem *furtum usus* na ty případy, kde jde o zneužití věci s v ě ř e n ě m.

Tomu nasvědčují zprávy, o nichž bylo referováno na počátku tohoto článku. Zprávy ty lze doplniti jiným autorem neprávnickým. Valerius Maximus ve své sbírce příkladů pro účely retorské (*Factorum et dictorum memorabilium libri IX*) v kapitole »de privatis iudiciis insignibus« (8, 2, 4) referuje patrně o témž rozsudku, který měl na mysli Labeo, a to těmito slovy:

*Multus sermo eo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, qui equo, cuius usus illi Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset. Quid aliud hoc loci quam verecundiam illius saeculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur?*

Aniž by bylo nutno zdržovati se při Valeriově chvále, jež výmluvně kontrastuje s Labeonovou kritikou, můžeme s Huvelinem přece jen poděkovati autorovi za barvitý detail příběhu, osvětlující líčení Gajovo v Institucích 3, 195—197:

*Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis rem alienam invito domino contrectat (195). Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum committit; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia*

commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset (196). Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri, optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur (197).

Furtum usus spadá podle toho pod pojem furta proto, že v něm je obsažena contrectatio rei. Toto pojetí furta převzal Gaius ze Sabina, jenž podle Gellia 11, 18, 20 definoval furtum slovy: Qui alinem rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur. Příklady uvedené v § 196 pro furtum usus, odpovídají zcela formulaci Scaevolově. Srovnáním se starými texty vysvětluje se Gaiovo »in aciem«; původně stálo patrně usque Ariciam. § 197 obírá se pod vlivem Sabinovy definice problémem viny. Gaius ulpěl tedy v podstatě na své velmi staré předloze a nepřidal ze svého téměř ničeho. Podává tedy spíše obraz práva z počátku prvního století po Kr. než ze své doby.

Texty klasických právníků, zachované v kompilaci Justiniánově, nepřidávají k tomuto obrazu též podstatně nových rysů. Jsou to následující místa: Pomponius D. 13, 1, 16; 47, 2, 77 pr. Gaius D. 47, 2, 55, 1. Ulpianus D. 13, 6, 5, 7 a 8; 47, 2, 48, 4. Paulus D. 47, 2, 40 a Sent. 2, 31, 29. Jde vesměs o zneužití věcí svěřených a všude se prostě konstatuje, že jde o furtum.

Nepochybně však prodělalo římské právo v této době určitý vývoj, který se týkal vnitřní struktury jednotlivých obligačních poměrů, o něž se tu jedná. Furtum, posuzované původně samostatně jako delikt, dostává se tak do nového světla jako čin, měnící obsah obligačního plnění a dávající vzniknouti nárokům kontraktním. Sama actio furti stává se pak patrně vlivem žalob kontraktních jemnějším nástrojem. V normálních případech byla ovšem pokuta stanovena prostým násobkem hodnoty věci (srv. Ulp. D. 47, 2, 50 pr.: In furti actione non quod interest quadruplatur vel duplatur, sed rei verum pretium). Avšak podle okolností případu bude nutno vzít za základ interesse. Tak při furtu listin (Ulp. D. 47, 2, 27: Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur non tantum pretii ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit) nebo při furtu, spáchaném na jiné osobě než na vlastní-

kovi (Ulp. D. 47, 2, 46, 1: Si servus fructuaris subreptus est, uterque et qui fruebatur et dominus actionem furti habet. Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius ager de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse, eius dupli: proprietarius vero ager, quod interfuit eius proprietatem non esse substractam. Javol. D. 47, 4, 75: Furtivam ancillam bona fide duorum aureorum emptam cum possiderem, subripuit mihi Attius, cum quo et ego et dominus furti agimus: quaero, quanta aestimatio pro utroque fieri debet. Respondit: emptori duplo, quanti eius interest, aestimari debet, domino autem duplo, quanti ea mulier fuerit.).

Dohad, že Labeonova kritika oněch starých rozsudků týkala se právě tvrdosti, ležící v pokutě, stanovené při furtu usus podle hodnoty věci, není tedy neopodstatněn. Dlužno proto dáti za pravdu Ferrinimu, že při zneužití věci svěřené pokuta se řídila podle žalobcova interesse. V této podobě by pak bylo možno již pro klasičtější dobu přijímati zvláštní případ furta, nazvaného v kompilaci furtum usus.

Zbývá otázka, zdali zneužití věci, již se pachatel ke svým účelům musil teprv zmocniti, zakládalo zvláštní delikt, který by rovněž bylo možno označiti jako furtum usus. Materiál, který nám tu prameny poskytují, je velmi chudý.

Jest to především místo Ulpianovo D. 47, 2, 52, 20: Si quis asinum meum coegisset et in equas suas *τῆς γονῆς* dumtaxat *χάρις* admisisset, furti non tenetur, nisi furandi quoque animum habuit. Quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi circa equos, quibus eiusdem rei gratia subiecisse quis equas suas proponebatur, furti ita demum teneri, si furandi animo id fecisset, si minus, in factum agendum.

Podle tohoto textu netýká se tedy pochybnost, lze-li činnost v něm blíže označenou subsumovati pod pojem furta, činnosti samé, nýbrž úmyslu s činností tou spojeného. Je ovšem těžko si představit, za jakých okolností by připuštění cizího osla nebo hřebce k vlastním klisnám se dalo s úmyslem druhého okrásti a za jakých nikoliv. Byly vysloveny různé názory, jak uniknouti této nesnázi. Nejschůdnější byla ještě cesta, která vedla k vyřešení distinkce v textu vyslovené předpokladem, že jde o úmysl ukrásti samo zvíře. Jinak by bylo nutno konstruovati furtum se-

minis, kterýžto názor byl ještě v nejnovější době zastáván (Severino). Obtíže s výkladem měl již byzantský scholiast Hagiotheodorites, který spatřoval furtum v tom, byl-li cizí hřebec zadržován po celou dobu páření, neboť tu patrně jednal pachatel animo furis. Jestliže však užil cizího hřebce pouze jednou a pak ho propustil, takže vlastník mohl hřebce ještě sám použít, nemá actio furti místa pro nedostatek interesse. V tom případě nepřísluší ani actio in factum, již bude možno užít, jen když se pachatel omylem domníval, že dominus činnost jeho schválí. Distinkce tato jest nepochybně správná, nemá však opory v textu, který chce oba případy rozlišiti prostě jen animo a nikoli různou činností.

Jiní pokoušeli se uniknouti nesnázím výkladu textu kritikou interpolační. Mezi ně patří již Ferrini, který se místem tímto ve svých pracích, vztahujících se k furtu, zabýval opětovně. Domnívá se, že dodatky v textu, akcentující animus furandi, jsou z rukou kompilátorů. Na jiném místě (v Encyklopedii Pessinově) vykládá text tímto způsobem: mezi prvním případem textu a mezi případem, na nějž se dotázal Modestinus, je rozdíl v činnost pachatelově. V případě prvním byl hřebec pachatelem přiveden ke klisně, v případě druhém naopak klisna přivedena k hřebci. I tu považuje dodatky s animus furandi za interpolaci, praví však, že by bylo možno očekávati, že v prvním případě bude actio furti propuštěna.

Na tom základě pak někteří novější autoři (Huvelin, Albertario) beze všeho přijímají, že text byl kompilatory převrácen v pravý opak. Tak Albertario rekonstruuje text následujícím způsobem: Si quis asinum meum coegisset et in equas suas... admisisset, furti tenetur. Quod et H. Modestino... rescripsi circa equos, quibus... proponebatur, furti teneri. K zdůvodnění svého názoru praví Albertario prostě, že k pojmu furta podle klasického názoru stačilo užít cizí věci invito domino. Teprve byzantští právníci připojili k tomu další požadavek, animus furandi. Podle nich, není-li tu tento animus, přísluší pouze actio in factum.

Albertario, navazuje na myšlenku Huvelinovu, tvrdí, že klasický dolus malus, pro který stačí vědomé jednání proti vůli vlastníkovi, byl teprve byzantskými právníky vyložen jednak jak animus furandi, jednak jako animus lucri faciendi. Přijímá ovšem výhradu Huvelinovu, podle níž při krádeži věcí volně ležících jest

přece jen důraz na animus lucri faciendi, neboť Gelliem (XI, 18, 21) je zajištěna definice Sabinova: Qui alienum tacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit, cuius sit, sive nescit. Z výhrady této je patrné, že již klasické právo pracovalo s tímto subjektivním elementem tam, kde objektivní znaky zlého úmyslu nestačily k jeho zjištění. Není pochyby, že byzantští právníci zbytečně a po scholasticku tyto subjektivní elementy přepínají. Snad k těmto případům lze připočísti i náš text D. 47, 2, 52, 20 a snad s tím souvisí i jeho actio in factum. Je však otázka, možno-li bez dalšího rozhodnutí »furti non tenetur« proměnit v pravý opak. Dosavadní rozbor pramenů tomu nenasvědčuje, že by jakékoliv užití věci invito domino zakládalo furtum.

Že v takovýchto pochybných případech se klasičtí právníci přece jen utíkali k momentům subjektivním, toho dokladem se zdají býti místa, jednající o zmocnění se otrokyně libidinis causa. Jsou to následující texty:

Paul. Sent.: 2, 31, 31 (D. 47, 2, 83, 2). Qui ancillam non meretricem libidinis causa subripuit, furti actione tenebitur, et si suppressit, poena legis Fabiae coercetur.

Paul. Sent. 2, 31, 12: Qui meretricem libidinis causa rapuit et celavit, eum quoque furti actione teneri placuit.

Ulp. D. 47, 2, 39: Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit quis vel celavit, furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi: causa autem faciendi libido fuit, non furtum. Et ideo etiam eum, qui fores meretricis effregit libidinis causa, et lures non ob eo inducti, sed alias ingressi meretricis res egresserunt, furti non teneri. An tamen vel Fabia teneatur, qui subpressit scortum libidinis causa? Et non puto teneri. Et ita etiam ex facto, cum incidisset, dixi. Hic enim turpius facit, quam qui subripit, sed secum facti ignominiam compensat, certe fur non est.

Kritické poznámky, které byly učiněny k těmto textům, týkají se především Paul. S. 2, 31, 12, kteréžto místo se obecně vykládá jako glosem, hledíc k § 31. V D. 47, 2, 39 byly vysloveny kritické pochybnosti o střední větě Et ideo non teneri z důvodů stilistických, pak o poslední větě Hic enim turpius z důvodů, že se tu objevuje myšlenka kompensace lucri cum damno, jež vždy budí podezření interpolace. V podstatě však zůstává při tom, že

tu jsou dvě rozhodnutí striktně si odporující. Paulus připouští *actio* (*crimen plagii* nás nemusí zajímat, poněvadž v rozhodných vztazích se neliší od *furta*), Ulpian ji popírá. Důvod tohoto rozporu bude nutno patrně hledati na poli subjektivní stránky činu, nikoli v oboru subsumpce činnosti pod pojem *furta*. Pro nauku o *furtum usus* tedy místa tato nepřinášejí žádného poučení, leč toho, že zneužití věci, již se bylo nutno k provedení zámyslu zmocniti, bylo, jsou-li tu subjektivní náležitosti deliktu, posuzováno jako *furtum rei*. Rozdíl v pojetí obou právníků lze si vysvětliti jen diferencí v skutkové podstatě obou případů a vlivem této difference na posouzení subjektivní stránky. Paulovi se jedná o *ancilla non meretrix*, Ulpianovi o *scortum*. Pravdu má sice autor, který tvrdí, že motivem činu v obou případech byla *libido* a že tedy s hlediska pohnutky by se k rozdílnému rozhodování nedošlo. Pohnutka však může býti důvodem, vylučujícím *dolus malus*. Po té stránce objektivní skutečnost, vyzvednutá Paulem, že zneužití děvče nebylo *meretrix*, nebude bez významu. Jde-li však o *scortum*, motiv patrně vylučuje jakýkoliv *dolus*. Naopak, jak případně poznamenává Ferrini, *dominus* děvčete tu musí s takovými případy zneužití počítat.

#### Literatura:

Ferrini, *Furtum usus possessionisve*, *Rivista penale* vol. XXIII (1886), 5 ns (= *Opere* 5, 108 ns).

Ferrini, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano*, *Arch. giur.* 47 (1891), 423 ns (= *Opere*, 5, 129 ns.).

Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto*, 1894.

Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, Pessina, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. 1 (1905), 183 ns.

Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, 1915.

Kniep, *Gai Institutionum commentarius tertius* (1917), 447 ns.

Albertario, *Animus furandi* (1923).

Severino, *Il furto d'uso e delle energie*, 1931.