

§ 5.

O rozdílech mezi smlouvou námezdní a smlouvou
trhovou i směnnou.

Postupující v thematu, způsobem svrchu (ku konci § 1) sděleným, docházíme k thesi tamtéž (str. 3.) zhruba naznačené, že smlouva pracovní jest tu jen tehdy, když práce tvoří hlavní předmět smlouvy, kdežto, je-li vlastním předmětem smlouvy opatření hotového prostředku úkojného, je tu smlouva jiná, jmenovitě trhová, po případě směnná. Otázka tato, je-li tu smlouva trhová (směnná) anebo námezdní, může se ovšem vyskytovat jen v těch případech, jde-li o zpracování látky.¹⁾

Zákoník občanský, jako velmi často přenechal i zde rozhodné slovo doktríně a iudikatuře. »V pochybnostech, zdali objednání práce jest pokládati za smlouvu trhovou nebo námezdní, platí důmněnka, že dodal-li kdo látku, pracovníka sjednal. Dodal-li však látku pracovník, platí důmněnka pro smlouvu trhovou« (§ 1158 o. z.). Kdy pochybnosti vzejí mohou, zákon neudává. Je nepochybné, že zákoník občanský stavěl i v této otázce na právu římském, jak z dějin § 1158 přesvědčiti se lze. Byloť ustanovení to přijato do zákona proto, aby smlouva o provedení stavby na pozemku (*aedificatio insulae*), jež v právu římském za smlouvu o dílo se pokládá, rovněž za smlouvu námezdní mohla býti považována, a tedy patrně mínili redaktoři zásady římské recipovati (*Offner* II. 105, 106 ; 786). Než neurčitým zněním svým přenechal zákoník rozhodnutí těm, kdo ho vykládají, a neodňal jim možnosti, by rozlišení po případě správnější, než jaké podali právníci římstí, za zásadu jím přijatou prohlásili. Bude tudíž na nás, abychom prozkoumajíce nejdůležitější mínění o otázce té pronesená, podali rozhodnutí věci nejprůměřenější, aniž bychom ovšem mohli se vzdáliti od eventuelních poukazů, v zákoně samém ohledně otázky naší obsažených.

Problém stal se již mezi právníky římskými předmětem diskusse, a náhledy jejich v době novější často předmětem sporu.²⁾ Zdá se, že názorům právníků římských, *Pomponia* fr. 20 D. 18, 1, *Favolena* fr. 65 eod. a *Paula* fr. 22 § 1, 2 D. 19, 2, položena jest za základ theorie, vindikující pod pojem smlouvy trhové všechny případy, kdy zhotovitel díla dodává i látku k dílu potřebnou, kdy předmětem smlouvy je dare. Dodání látky se strany zhotovitele díla jest jen tehdy nerozhodným, t. j. smlouva o zhotovení díla zůstává smlouvou námezdní, má-li látka jim dodaná jen

¹⁾ *Schreiber-Stubenrauch* II., str. 409.

²⁾ *Dniestrzański* na u. m. str. 7 a nn.

povahu accesse. To zdá se plynouti ze slov: nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fieret (fr. 20 cit.), a hlavně: toties enim conductio alicuius rei est, quoties materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet (fr. 65 cit.). Theorie tato nazývá se vůbec teorií o dodání látky (Stofflieferungstheorie). Podstatu její dobře vystihl *Dniestrzański* na u. m. str. 9, pravě, že dle této theorie je tu smlouva o dílo vždy, jde-li o zpracování (Bearbeitung oder Verarbeitung) cizí věci, které na objednání předsevzato bylo. Že by Paulus v cit. fr. 22 § 1 D. 19, 2 k jiným názorům, než oba ostatní právníci, se přidával, pro to nemáme v důvodech jeho žádné opory. Paulus zabývá se otázkou, za jakou smlouvu jest pokládati onu, slíbil-li kdo vystavěti na pozemku, jinému náležejícím, budovu. Rozhoduje případ stejně jako právníci předchozí, ale z jiných důvodů. Kdežto oni rozhodli se pro smlouvu námezdní proto, quoniam materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet, odůvodňuje Paulus totéž rozhodnutí slovy: »locat enim artifex operam suam i. e. faciendi necessitatem«. *Dniestrzański* soudí, že důraz položen jest na slově artifex, a dovozuje z toho, že umění (artificium) v naší otázce jinak je postaveno, než činnosti jiné, ne-umělecké, v tom smyslu totiž, že, zavázal-li se umělec předsevzítí jistou činnost, je smlouvu vždy považovati za námezdní. Že tomu tak není, zdá se plynouti především z výkladu syntaktického. Důraz položen jest na o p e r a m s u a m a nikoliv na a r t i f e x, což plyne z toho, že prvá slova dalšími »id est faciendi necessitatem« jsou vyložena. Ostatně je známo, že privilegované postavení, jako umění, zaujímalo v Římě jen malířství a i tu nám jsou normy, odchylně od jiných činností je upravující, známy jen v otázkách jiných (sr. § 28—34 I. 2, 1). — Proč právníci římské theorie svrchu zmíněné se přidrželi, ač ona dosti vad vykazuje, jak níže bude ukázáno, pokusil se *Dniestrzański* vysvětliti tím, že oni pokud možno zužovali pole smlouvy námezdní z nechuti k práci placené vůbec.

Theorie tato přešla i do jiných zákonníků. Teprve pruský Landrecht prohlásil, že smlouva i tenkrát může býti považována za smlouvu námezdní, když zhotovitel díla látku sám dodá, ale nevytkl, ve kterých případech se tak činiti má (I. díl 11. titul §§ 925, 926, 956, 963).³⁾

³⁾ Sr. vůbec: saský zákonník občanský § 1244, k tomu *Siebenhaar*, Lehrbuch des sächsischen Privatrechtes, str. 585, p. 1., pak str. 649, p. 1.; švýcarské právo obligační čl. 352. K tomu *Schneider* und *Fick*, Schweizerisches Obligationenrecht při zmíněném čl. a č. 7. při čl. 350: schliesslich wurde vorgezogen, einem solchen Vertrage (kdy dodal objednaný sám látku) den Charakter eines Werkvertrages zu geben, den Unternehmer aber für rechtliche Mängel an dem von ihm gelieferten Material gleich einem Verkäufer haften zu lassen. Code civil čl. 1787. klade důraz na to, zda »on charge quelqu'un de faire un ouvrage«.

Když jednalo se o osnově k novému zákonníku občanskému pro říši německou, vystoupil proti stanovisku právníků římských *Ehrenberg* ⁴⁾, zasazuje se o to, aby ve smyslu pruského Landrechtu rozšířeno bylo území smlouvy námezdní na úkor smlouvy trhové a žádal, aby bez ohledu na to, kdo dodal látku, byly veškeré ony smlouvy, »ve kterých jde o díla, která speciálně k iniciativě objednatelově mají býti zhotovena, dle zvláštních instrukcí, kreseb, s ohledem na určité účely, rozměry místní etc. etc., při kterých nejde o dodání zboží, které mám před sebou a které zkoumati mohu, nýbrž o předsevzetí tvůrčí činnosti, pro kterou objednatel svou smlouvou teprve podmínky klade«, přikázány mezi smlouvy námezdní. Rozebrav pak zákonnou úpravu obou smluv, doporučil, by jisté účinky právní, dosud jen k smlouvě trhové se pojící, byly rozšířeny i na smlouvu námezdní, speciálně na smlouvu o dodání díla (*Werklieferungsvertrag*). Mínění *Ehrenbergovo* došlo uznání takřka bezvýminečného a bylo přijato i do nového zákonníka německého, ovšem s jistými změnami. Především prohlásil § 651 o. z., že smlouva o dodání díla jest smlouvou trhovou, ale stanoví, že na smlouvu tu má použito býti předpisů z titulu, upravujícího smlouvu o dílo, na místo předpisů o smlouvě trhové.⁵⁾ Také formulování zákona jest poněkud jiné, než jak je byl vyslovil *Ehrenberg*, ježto nelze popřít, že myšlenku téhož jest velmi obtížno koncispními, v úzký rámec zákona se hodícími slovy, vyjádřiti. Kdežto *Ehrenberg* byl lišil, jde-li o dodání věci, jejíž podstatu a modalitu objednatel určuje, anebo jde-li o věc, jaká vůbec v značném množství bez ohledu na objednávku něčí se produkuje (*Spezialität — Massenartikel*), liší zákonník mezi věcmi zastupitelnými a nezastupitelnými. Rozlišování tato spolu se nekryjí, ale přes to projevono bylo v literatuře mínění, že slova zákona nebudou vykládána v posledním, s intencemi zákonodárcovými se neshodujícím a je nedostatečně vyjadřujícím smyslu, nýbrž ve smyslu, jaký autor rozlišování toho, *Ehrenberg*, a sami redaktoři zákona na mysli měli.⁶⁾

Shledali jsme tudíž, že dva různé systémy ohledně řešení otázky naší se vyskytují. Nastává úkol, by naznačeny byly přednosti a nedostatky obou, a rozdíly, které odtud se podávají, považujeme-li smlouvu o dodání díla (smlouvu o dílo, při které objednaný, zhotovitel díla, látku sám dodá) za smlouvu trhovou, aneb považujeme-li ji za smlouvu o dílo.

Jest sotva možno, cos lepšího a úplnějšího podati, než co o této věci v zmíněném článku *Ehrenbergově* a v obšírném pojednání *Dniestrzańskiho* bylo pověděno. Bude tudíž nejvhodněji,

⁴⁾ *Ehrenberg*, *Jahrbücher für Dogmatik* sv. 27, str. 254 a nn.

⁵⁾ *Emerich*, *der Werklieferungsvertrag* str. 5 a nn., 9, 11, soudí, že toto vyjádření jest přiměřenější nežli ono, prohlašují-li se smlouvy o dodání díla za smlouvy o dílo.

⁶⁾ *Emerich* na u. m. str. 102.

vývody jejich stručně rekapitulovati, aby zřejmo bylo, co vlastně jest rozhodným bodem celé úvahy. *Ehrenberg* na u. m. snažil se dokázati, že panující mínění a spolu mínění právníků římských (svrchu zmíněná theorie o dodání látky — *Stofflieferungstheorie*) jest u vysoké míře hospodářsky zákaznosným a vedl důkaz tím způsobem, že poukazoval, dotýká se rozcházejících se norem, pro smlouvu trhovou a pro smlouvu námezdní platících v právu obecném, oč vhodnějším jest, použití i na takovou smlouvu o dílo, při které zhotovitel látku dodává, těchto různících se norem, pro smlouvu o dílo vůbec platných. Uvedl jmenovitě následující: Placení mzdy řídí se zcela jinými zásadami, než placení trhově ceny. Pokud jde o placení mzdy, musí tu býti předpis, příkazující placení její v částech dle odstavců zhotoveného a odvedeného díla, eventuálně jest vhodné, aby byla zhotoviteli poskytnuta i možnost zvýšiti požadavek mezdni z důvodů zvláště důležitých, jmenovitě pro podstatné zdražení prostředků výrobních (předpis takový měl by význam hlavně tam, kde je třeba velmi dlouhé doby k zhotovení díla).⁷⁾ Pokud jde o správu pro vady faktické, nelze mezi předpisy o smlouvě námezdní postrádati normu o opravě díla vadného; neboť oprava jest nejen povinností, nýbrž i právem dělníka; naproti tomu při smlouvě trhově lze dobře bez podobného předpisu se obejít. Také neobsahuje titul o smlouvě trhově, a z pojmu smlouvy trhově plyne, že tomu tak vůbec býti nemůže, norem o t. zv. *periculum faciendi*. Jiné difference jsou druhu podřízeného, jen tolik budiž podotčeno, že *Ehrenberg* pokládal za podstatný nedostatek práva obecného, že ono nemělo předpisů o správě pro vady právní při smlouvě námezdní.

Dniestrzański na u. m. zevrubně vytkl různosti, které v rozhodných otázkách dle práva rakouského platí. Některé z právě vylíčených ovšem významu nemají. Rozdíly existují především, pokud jde o placení mzdy: § 1056 obč. zák. liší se podstatně od §§ 1152, 1156 obč. zák. Největší význam má ustanovení § 1152 o. z. § ten vychází ze zásady, že o každém, kdo práci objednal, souditi lze, že uvolil se k placení přiměřené mzdy. Nebyla-li ona mezi stranami ujednána, ustanoví ji soudce. Naproti tomu není smlouva trhová ani perfektní, nestala-li se úmluva ohledně ceny §§ 1053, 1056 obč. zák. Jak patrně, jest zcela přiměřeno, aby působnost § 1152 o. z. vztahovala se i na ony případy, ve kterých objednaný zavázal se zhotoviti dílo z vlastní látky, jen když práce byla objednána. Dále jest zajisté nerozhodno, kdo dodal látku, pro tak zv. *periculum operis faciendi*, t. j. pro posouzení otázek, které pod §§ 1155, 1160 obč. zák. spadají. Jmenovitě obsahuje

⁷⁾ Ustanovení toto nalézáme ve švýcarském právu obligačním. Zákoník občanský podobného ustanovení, jehož vhodnost jest ostatně dosti problematická, neobsahuje; není však nezajímavé, že v kompilačních pracích s podobným předpisem se setkáváme a sice v *Codexu Theresianském* III. díl, cap. XII. § IX. č. 162. Pozdější osnovy stanovisko toto opustily.

§ 1162 obč. zák. v této věci důležité ustanovení, jaké marně v titulu o smlouvě trhově bychom hledali; neboť i v případě tom, když zhotovitel díla pro nahodilou, nezaviněnou skutečnost, v osobě jeho se vyskytnuvší (smrt zhotovitele), nemůže povinností na se vzatým dostáti, mají dědicové nárok na to, by vyplacena jim byla mzda, odpovídající hodnotou práci dosud vykonané. I tu se stanoviska civilně-politického jest pro rozhodnutí otázky, má-li této normy býti použito, zcela lhostejno, dodal-li látku k dílu potřebnou objednatel díla či jeho zhotovitel. Rozhodným momentem jest toliko, jde-li v konkrétním případě o smlouvu pracovní. I pokud jde o nebezpečí látky, materiálu, vyskytují se rozdíly; ovšem že věc jest tu příliš spleťtá, než aby mimochodem řešena býti mohla. Avšak to, co dosud uvedeno bylo, zajisté postačí k tomu, by zřejmo bylo, jak důležitý význam má rozhodnutí, jde-li v tom kterém případě o smlouvu trhovou anebo o smlouvu námezdní, a že dále jsou tu jisté podstatné důvody, přimlouvající se za to, aby alespoň jisté smlouvy, kterými práce, dílo, třeba z vlastní látky zhotovitelovy objednáno a slíbeno bylo, normám pro smlouvu námezdní platným, pokud ony od norem, smlouvu trhovou upravujících, se liší, podrobeny byly. Nedostatky, jaké dle práva obecného počínání takovému bránily, totiž, že nebylo v kapitole o smlouvě námezdní předpisů o správě pro vady právní, po případě ani dostatečných norem o správě pro vady faktické, v právu rakouském se nevyskytují. Správa vůbec, jak pro vady právní, tak i faktické, jsouc upravena ve všeobecném dílu práva obligačního, vztahuje se na kterékoli smlouvy v dílu zvláštním blíže upravené, pokud ona vůbec dle podstaty jejich místo míti může, a tak tomu jest při smlouvě o dílo beze všech pochybností, a mimo to dány jsou zvláštní předpisy o správě pro vady faktické v kapitole o smlouvě námezdní § 1153 obč. zák. Není tedy patrně nižádných námitek proti tomu, by výsledek věci nejprůměrnější, pokud jen principům v zákoně obsaženým odpovídá, a jednotlivým předpisům neodporuje, v otázce naší získán byl.

Jak řečeno, nedává § 1158 obč. zák. nižádné pozitivní rukojeti pro rozhodnutí⁸⁾ otázky této. Přes to máme v zákoně samém

⁸⁾ Sr. o otázce naší *Kirchstetter* k § 878—882 obč. zák. *Ellinger*, Handbuch des oest. allg. Civilrechtes k § 1158 o. z.: gewisse Arten von Lohnverträgen (wo der Stoff nur einen ganz untergeordneten Bestandtheil des Werkes bildet) behalten aber ihre rechtliche Natur (nämlich die eines Lohnvertrages) ungeachtet der Bestellte den zur Herstellung der Arbeit erforderlichen Stoff selbst hergibt, z. B. der Vertrag über die Anfertigung eines Porträts etc.; správně po našem soudě *Nippel*, Erläuterung k § 1158 obč. zák.: Verspricht nämlich jemand eine ihrem Individuum oder ihrer Gattung nach bestimmte Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem anderen zu überlassen: so kommt, wenn dieses Versprechen von dem Anderen angenommen wird, ein Kaufvertrag zustande (§ 1053); macht sich aber jemand anheischig, eine Sache erst zu verfertigen, und wenn sie verfertiget ist, dem Anderen

oporu pro řešení sporných případů. Obsahuje zákoník předpisy, ze kterých plyne, že smlouvu mezi stranami uzavřenou i tenkrát, když zhotovitel díla sám látku dodá, jest za jistých okolností považovati za smlouvu námezdní. Tomu svědčí především § 1157 obč. zák., kde stanoví se, že vlastník látky nese nebezpečí díla, tedy nikoli vždy objednatel (der Besteller), z čehož patrně plyne, že tyto dvě osoby nejsou totožny, a že tudíž i zhotovitel díla může býti vlastníkem látky, a smlouva přece zůstává smlouvou námezdní.⁹⁾ Paragraf tento náleží ovšem k nejobtížnějším, a ponevadž dostalo se mu *Dniestrzaňskim* na u. m. výkladu takového, že by argument, z něho odvozený, pozbyl váhy, nechceme na konsequenci z něho se podávající přílišnou váhu klásti. Zcela jasně a nepochybně mluví však v naší otázce § 1162 obč. zák., jenž stanoví, že dědicům zemřelého pracovníka musí býti nahrazena nejen práce, zemřelým vynaložená, nýbrž i jím na dílo obětovaná látka. Nemůžeme sobě zajisté přáti jasnějšího argumentu pro mínění, že ne každá smlouva o zhotovení díla, při které zhotovitel sám potřebnou látku dodává, jest trhem. Zákon tudíž principiálně uznává stanovisko, že jisté kategorie smluv, při kterých byla dodána látka objednaným, spadají pod pojem smlouvy námezdní. Budiž v následujícím učiněn pokus kategorie ty zjistiti.

in sein Eigenthum zu übergeben, dann ist ein Lohnvertrag vorhanden (§ 1151). In dem ersteren der hier berührten Fälle muss es mir gleichgültig sein, ob mir der Uhrmacher eine bereits vorhandene Sackuhr oder eine erst nach der Hand von ihm gefertigte, ob er mir eine von ihm selbst oder von einem anderen Uhrmacher gearbeitete Uhr übergebe, wenn er sie nur innerhalb des bestimmten Zeitpunktes liefert; in dem zweiten Falle fordere ich mit Recht, dass die Uhr von ihm selbst gefertigt werde § 1161; jako nejdůležitější rozdíl v zákonné úpravě obou smluv uvádí s jedné strany § 1062 o. z., s druhé § 1156 o. z. Velice na prospěch smlouvy trhově vykládá § 1158 o. z. *Stubenrauch-Schreiber* II. při §§ 1158; opět jinak *Dniestrzaňski* str. 40 u. m. jmenovitě str. 45 pak 188 a nn.; *Krainz-Pfaff* II. § 373 b. a p. 5, 6, 7. Z judikatury sr. G.-U.-W. č. 6359 pokrytí střechy »ein Kaufvertrag, weil der Kläger nebst der Arbeit auch den Stoff zu liefern hat; č. 6666 prohlašuje tutéž smlouvu za smlouvu námezdní, avšak z podivných důvodů »weil der Kläger mit seinem Material kein selbständiges Werk hergestellt, sondern nur an der Hauptsache, nämlich an dem Gebäude des Beklagten eine Arbeit vorgenommen hat. (Vztahuje se snad rozhodnutí to na smlouvy o veškerých stavbách na pozemku?) č. 13778 pokládá smlouvu vzdor dodání látky zhotovitelem za námezdní, naproti tomu č. 13697 dává rozhodovati jediné okolnosti, která ze stran dodala látku; č. 1597 N. F. pokládá stavbu na pozemku z vlastního materiálu zhotovitelem za smlouvu námezdní; sr. i sbírku *Linksovu* č. 798 ušití šatů z látky zhotovitelovy smlouva trhová; podobně č. 1230; č. 2151 smlouva námezdní, ač látku dodal zhotovitel »da die Hauptleistung des Klägers in der Lieferung der Arbeit, nicht aber in der Lieferung des erforderlichen Stoffes oder sonstigen Materiales besteht«, č. 2652, 3112 zhotovení portréту dle zaslané fotografie smlouva námezdní; č. 3178 zhotovení šatu, patrně z látky objednaného, smlouva námezdní; č. 4628 přestavba na pozemku, smlouva námezdní.

⁹⁾ *Stupecký* litografované přednášky o smlouvě o dílo.

Před tím však dlužno se zmíniti několika slovy o náhledu *Dniestrzaňskim* na u. m. str. 188 a nn. projeveném. Tento vyslovil tamtéž mínění, zajisté zcela správné, že pochybnosti v tom kterém konkrétním případě nastalé nedotýkají se vlastně otázky, za jaký poměr, zda za trh či za smlouvu námezdní, spornou smlouvu považovati jest, nýbrž otázky, které speciální normy (pokud příslušné normy v obou titulech obsažené se různí) na ni dlužno použiti. Z této o sobě správné praemisse vyvozuje však konklusi dojista nesprávnou tvrdě, že v případech našich (když látku dodal zhotovitel díla), jež mají povahu smíšenou, ježto elementy dvou různých smluv jsou tu sloučeny, vůbec nelze se rozhodnouti v ten smysl, že tu kterou smlouvu za trh neb smlouvu námezdní považovati, a na ni tudíž naveskrz norem z příslušného titulu použiti jest, nýbrž, že ve příčině každé jednotlivé normy v každém konkrétním případě jest zkoumati její přiměřenost, takže není vyloučeno, že by jednoho předpisu obsaženého v hlavě 24. obč. zák. a jiného, který v hlavě 26. obč. zák. se nalézá, bylo použito na jednu a tutéž smlouvu. Takovýmto způsobem postupovati t. j. použiti na smlouvu, která jistý charakter má, norem, jiný typus smluvní upravujících, a tudíž v jiném titulu obsažených, lze jen potud, pokud vůbec v příslušném titulu, pod jaký smlouva svým charakterem patří, náležitých norem není, a když tedy pomocí analogie vyskytující se mezery vyplniti sluší. Kdybychom však tím způsobem postupovali, jak *Dniestrzaňski* navrhuje, že bychom totiž vždy, když obtížno jest, zařaditi konkrétní smlouvu pod ten neb onen typus smluvní, posuzovali ji dle norem v obou titulech obsažených, řídíce se jen uvážením, který předpis v případě jednotlivém lépe se hodí, dospěli bychom k obojakým, neurčitým typům, proti jakým namnoze v literatuře hlasy se ozvaly.¹⁰⁾ Dlužno státi na tom, že dokud vůbec je nám dána možnost říci, který typus smluvní v tom kterém případě konkrétním praevaluje, nutno jest použiti veškerých norem, obsažených v titulu tento typus upravujícím, byť i snad norma v jiném titulu obsažená vhodnější rozhodnutí přivodila; jeť zajisté přiměřenější spokojiti se s menší vhodností v případech některých, než ponechati nejistotu v případech všech. Proto musí zůstati snahou naší, dojíti i v naší otázce k rozhodnutí principiálnímu, a tak aspoň jistou část případů nejistých té neb oné kategorii smluvní přiřaditi. Jen v případech těch, o kterých naprosto nebylo by lze říci, že v nich ten neb onen typus smluvní převahu má, musili bychom se spokojiti s výsledkem, k jakému *Dniestrzaňski* dospěl.

Po našem soudě pak skutečně dle práva rakouského k principiálnímu rozhodnutí většiny případů dospěti lze, a sice máme za to, že nic nebrání tomu, aby mínění, které pro vhodnost svou

¹⁰⁾ Sr. text při p. 18 § 1 tohoto spisu; p. 19 tamtéž; *Crome*, Die partiarischen Rechtsgeschäfte str. 165. *Schey*, Obligationsverhältnisse str. 292 a nn., dodatek; pak pozdější výklady v tomto spisu § 7.

v doktríně práva německého stalo se de lege ferenda panujícím bylo i pro právo rakouské přijato, tím spíše, ježto zákonem samým mínění to podepřít lze. Bylo svrchu z §§ 1157, 1162 obč. zák. odvozeno, že zákonník v zásadě přijímá, že jisté smlouvy o dílo, při kterých zhotovitel dodává látku, jsou smlouvami námezdními. Další předpisy vedou nás k tomu, které smlouvy sem zahrnouti dlužno. Vytkl již *Dniestrzański* právem, že stěžejnou zásadou pro smlouvy námezdní oproti smlouvám trhovým (vůbec směnným), jest dle občanského práva § 1152 obč. zák. (a contrario §§ 1053, 1056 obč. zák.) v zásadě své: Kdo iniciativou svou dal podnět k tomu, by k práci nějaké došlo, by proces pracovní byl podniknut, jest povinen, když práce ona cíle dojde, ji honorovati. Tendence § 1152 je patrně ta, že byla-li práce dle přání někoho vyvolána, nesmí hodnota tím docílená, pokud možno, pro pracovníka přijíti nazmar. Norma tato musí dojít ve všech případech použití, kdy skutečně proces pracovní někým vyvolán byl. Usoudíme-li pak při smlouvě nějaké, že při ní objednatel proces pracovní vyvolán byl, vzdor tomu, že zhotovitel díla látku sám dodává, a použijeme-li na ni tudíž předpisu § 1152 obč. zák., (ohledně užívání § 1152 o. z. na smlouvy takové souhlasí s námi i *Dniestrzański* na u. m.) pak musíme dle názoru, jaký svrchu proti *D-imu* o jednotnosti typů smluvních jsme zaujali, dojít k tomu, že smlouva ona jest smlouvou námezdní. Vzniká otázka: Co znamená konkrétně vysloveno obrazné rčení, že byl proces pracovní někým vyvolán? Je nepochybně, že slovy těmi zahrnuty jsou ony případy, ve kterých objektivně dle názorů obchodu jest nutno, aby, přeje-li si kdosi nějaký výsledek, byl za tím účelem předsevzat proces pracovní, a tento proces právě vzhledem k oné iniciativě se předsebere. Naproti tomu, pokud jde o takové smlouvy, při kterých objednatel vůbec neví, zda-li k docílení výsledku jím kýženého je nutno, aby činnost protistranou nebo kýmkoli jiným byla předsevzata, ježto dle zkušeností jeho jest jemu povědomo, že předměty takové, jaké on žádá, zhusta i jinými osobami se požadují a proto snad hotově na skladě se nalézají, lze bez rozpaků říci, že § 1152 obč. zák. na ně vztahu nemá a lze je tedy prohlásiti za smlouvy trhové. Byl položen důraz na moment objektivní, t. j. na okolnost, zda věc objednatel požadovaná, dle obvyklých názorů jest zbožím, které pravidelně na sklad se produkuje. Na ryze konkrétní moment, že zhotoviteli zboží, objednatel žádané, právě došlo, a on tudíž musí sklad svůj vzhledem k poptávce objednatelově novým zásobiti, váhu klásti nelze. Tak zajisté vyvrátiti dlužno námitky *Bernhöftem*, Kauf str. 69. a nn. proti *Ehrenbergovi* uvedené. Jak patrně, přijali jsme tím za své mínění, které v často citovaném pojednání byl hájil výmluvně *Ehrenberg*, tvrdě, že třeba lišiti, zda k docílení výsledku objednatel požadovaného a zvláštním jeho přáním

odpovídajícího, práce určitou osobou musí býti předsevzata, anebo jde-li o zboží (Massenartikel).¹¹⁾ Zdá se, že i předpisy v zákoníku občanském obsažené mínění zde hájenému svědčí a sice §§ 1161, 1162; jmenovitě v § posledním prohlašuje se právě smlouva, která vzhledem k zvláštní, individuální, způsobilosti pracovníkově s tímto byla uzavřena, za smlouvu námezdní, vzdor tomu, že látka jím dodána byla, a podobně v § 1161 o. z. ovšem příliš úzce povinnost pracovníkova ze smlouvy námezdní plynoucí považuje se za povinnost osobní.

V otázce naší dospěli jsme tím k výsledkům, které nejsou zcela logické, ježto nelze popřít, že logice, tedy stránce formální nejvíce odpovídá, aby případy smluv o dílo, když látka zhotovitelem díla byla dodána, prohlášeny byly za smlouvy, kterými oběh statků se zprostředkuje (Veräusserungsverträge), a aby bylo jen ustanoveno v zákoně, jak i německý zákoník učinil, že na takové smlouvy, poněvadž jsou to smlouvy pracovní, na místě jistých předpisů o smlouvách směnných (trhových) platících, použito býti má příslušných předpisů pro smlouvu námezdní vydaných. Ale jak patrné, jde tu skutečně pouze o jméno, o stránku formální, takže nelze mluvit o nižádném nedostatku v zákoně občanském, jen když nebrání dospěti materiálně k výsledkům přiměřeným.

Ku konci budiž promluveno o několika otázkách rázu podřízenějšího. Není potřeba širě dotýkati se případů těch, kdy osoba nějaká žádá druhou o postoupení, zcizení hotového prostředku úkojného, a tato, vedle toho, že prvé prostředek ten právně postupuje, zavazuje se jej oproti ní v takový poměr uvést, aby ona jej užívati neb požívati mohla, zavazuje-li se tedy na př. prodavač donésti neb jinak dopravit věci zakoupené do bytu, domácnosti kupcovy. Tu je zřejmo, že činnost, prodavačem předsevzatá, má

¹¹⁾ Omylně soudí *Dniestrzaňski* na u. m. str. 38, že právě smlouvy s t. zv. dodavateli (Lieferanten § 1163 obč. zák.) — čímž jak on definuje, sluší rozuměti osoby, které se zavazují k dodání věci v určitý čas, aniž by se spolu zavázaly k provedení práce po případě nutné, a kdy zároveň lhostejno jest, zda věci objednané u jiné osoby již jsou zhotoveny — jsou smlouvami námezdními, a sice z toho důvodu, že zákon mluví o dodavatelích v § 1163 o. z., kterýžto § vztahuje se na t. zv. dílo immateriální (immaterielles Opus). Dle názorů zákoníka jest prý tedy činnost dodavatelů, v opatření věci záležející vždy dílem a sice immateriálním a § 1158 o. z. na § 1163 o. z. vůbec se nevztahuje. Totéž soudí o činnosti umělců v § 1163 o. z. zmíněných. Mínění to zakládá se na patrném omylu a neznalosti historických základů § 1163. Mezi šem tím a §§ 1152 a nn. není ten poměr, že by § 1163 podroboval smlouvu o provedení díla nehmotného uzavřenou předpisům §§ 1152 a nn., dotýkajícím se provedení díla hmotného, (materielles Opus), nýbrž smysl šu toho je patrně ten, že on t. zv. artes liberales (lépe operae) staví na roveň pracem prve za nesvobodné považovaným (operae illiberales). Tím ohledně dodavatelů vývody *Dniestrzaňskiho* padají. Ohledně umělců dlužno souhlasiti, ale nikoli z důvodů jím, nýbrž z oněch v textu naznačených.

povahu toliko pomocnou a že na povaze smlouvy, jako takové, která oběh již hotových prostředků úkojných za účel má, nic nemění.

Ještě v jiné souvislosti, než v oné, která svrchu vylíčena byla, vzešel spor o to, zda smlouvu nějakou dlužno považovati za námezdni či trhovou. Vzešel při příležitosti rozhodování otázky, zda kupec povinen jest odebrati zboží, které byl objednal a zakoupil.¹²⁾ K dosvědčení této povinnosti kupcovy uváděny příklady, ve kterých prodavač má interesse na tom, by zboží bylo odebráno. Tak uvedeno, že na př. ten, kdo zcizí odpadky v továrně, nesleduje toliko účel ten, by obdržel za ně záplatu, nýbrž i účel další, by odpadky ty z továrny byly odstraněny a z těchto skutečností odvozována především povinnost kupcova předmět zakoupený odebrati.¹³⁾ Na to bylo odpověděno, že smlouvu takovou jest spíše považovati za smlouvu námezdni, resp. dopravní, při které jen otázka záplaty zvláštním způsobem jest upravena.¹⁴⁾ Není pochyby, že tyto případy s principiální, svrchu pozorování podrobenou otázkou, vůbec nesouvisí a že tu rozhodne jedině rozumný výklad toho kterého případu konkrétního, jakou smlouvu strany právě na mysli měly.

§ 6.

O rozdílech mezi smlouvou námezdni a smlouvou nájemní.

Na podobných zásadách, na jakých zakládá se rozlišení smlouvy trhové a námezdni, zakládá se i rozlišení této smlouvy a smlouvy nájemní (eventuelně pachtovní).¹⁾ I tu dlužno prohlásiti, a to je ovšem pravda v rysech hrubých, že smlouva nájemní je tu tehdy, jestliže užívání věci tvoří vlastní předmět smlouvy, a činnost, kterou strana druhá (pronájemce) podniká, jest jen prostředkem k tomu cíli, aby užívání to k místu přišlo; naproti tomu, že je tu smlouva námezdni, je-li předmětem smlouvy činnost sama. Spadají tedy v obor smlouvy námezdni veškeré případy ony, když zavazuje se konati někdo služby neb dílo nějaké vlastními stroji neb nástroji, jmenovitě veškeré smlouvy dopravní a p.²⁾

¹²⁾ Sr. o té věci vůbec *Kohler*, Jahrbücher für die Dogmatik sv. 17. str. 364 a nn. a *Archiv für bürgerliches Recht* str. 151 a nn.; *Laband*, *Archiv für die civilistische Praxis*, Zum 2. Buche des Entwurfes eines b. G.-B. k § 459 (433 zák.); *Barkhausen*, Die Klage des Verkäufers auf Abnahme der Waare (*Goldschmidts Ztschrift* sv. 30, str. 30. a nn.) *Sprenger*, *Gruchots Beiträge*, sv. 34. str. 600 a nn.

¹³⁾ *Sprenger* na u. m.

¹⁴⁾ *Laband* na u. m. str. 307.