

Mediace 2017

Sborník odborných statí z mezinárodní vědecké
konference Mediace 2017, konané v Olomouci
ve dnech 27.–28. října 2017

Olomouc 2018

Vzor citace

HOLÁ, Lenka, ed. *Mediace 2017: Sborník odborných statí z mezinárodní vědecké*

konference Mediace 2017, konané v Olomouci ve dnech 27.–28. října 2017. Olomouc:

Iuridicum Olomoucense, 2018. ISBN 978-80-88266-20-4.

Výkonný redaktor Michal Černý, Ph.D.

Návrh obálky Hana Žůrková

Technická redakce Otakar Loutocký

Odborná supervize Lukáš Walek

Recenzovali

Prof. PaedDr. Vladimír Labáth, PhD.

Doc. JUDr. Blanka Vítová, Ph.D., LL.M.

Sborník vznikl v rámci řešení výzkumného grantu „Podmínky výkonu mediace

v České republice dle zákona o mediaci“, GAČR č. 18-01417S.

1. vydání

Olomouc

Editor © Lenka Holá, 2018

ISBN 978-80-88266-20-4

Obsah

Úvodní slovo editora

Předmluva

Preface

Institucionalizace mediace. Jak daleko jsme došli?

Lenka Holá, Martina Urbanová

Sociálno-psychologické charakteristiky prístupu mediátora vo vzťahu k výsledku mediácie

Jana Pružinská

Sebereflexe v kontextu kontinuálního vzdělávání mediátorů

Jana Dundelová

Princip dobrovolnosti v mediaci

Jan Holas

Problematické aspekty nařízení prvního setkání se zapsaným mediátorem

Jiří Grygar

Mediace v soudním řízení – summum ius summa iniuria?

Petr Navrátil, Veronika Navrátilová

Soudcovská mediace

Drahomíra Němcová

Rozvoj soudní mediace aneb Jak pošťuchovat

Ráchel Tošnerová

Obchodní mediace a její specifika v mezinárodním prostředí

Michal Malacka

Mediace ve veřejné správě

Tereza Chadimová

Mediation in Österreich: Ausgewählte Erfahrungen und Herausforderungen mit außergerichtlichen Streitbeilegungsinstrumentarien

Karin Sonnleitner

Mediation in Deutschland: Erfahrungen und Probleme insbesondere im Bereich des Gesundheitsrechts

Marina Tamm

Role mediátora v procesu Collaborative Law/Collaborative Practice

Eva Vaňková

Metodologie výběru případů vhodných pro aplikaci práva spolupráce

Martina Vašátková

Úvodní slovo editora

Předložený sborník je publikačním výstupem ze čtvrtého ročníku mezinárodní vědecké konference MEDIACE 2017, pořádané Právnickou fakultou Univerzity Palackého v Olomouci ve dnech 27.–28. 10. 2018. Je souborem různorodých pohledů a aspektů mediace v současnosti a v daném historickém kontextu. Tematicky navazuje na publikační výstupy předcházejících tří ročníků konference, kterými byla monografická díla kolektivů autorů, jejichž teoretické zázemí odráželo interdisciplinární povahu mediace. Cílem monografie HOLÁ, L. a kol. *Mediace a možnosti využití v praxi*. 1. vyd. Praha: Grada Publishing, 2013 je reflexe vývoje a současného stavu využití mediace v České republice v kontextu vývoje v Evropě. Publikační výstup z druhého ročníku konference „HOLÁ, L., MALACKA M. a kol. *Mediace a reflexe jejích aktuálních trendů*. 1. vyd. Praha: Leges, 2014“ ve srovnání s předchozí monografií reflektuje historicko-společenské podmínky vývoje mediace, zahraniční zkušenosti výkonu mediace a problematické oblasti současné české mediační praxe. Monografie „MALACKA, M. a kol. *Mediace dnes – realita a perspektivy*. 1. vyd. Praha: Leges, 2016“ je publikačním výstupem třetího ročníku konference a v kontextu společenského vývoje a vývoje mediace v České republice akcentuje podmínky systémového a koncepčního rozvoje mediace v teorii, výzkumu i praxi.

Výběr jednotlivých statí této publikace byl veden snahou uchopit téma komplexně, kdy diverzita témat odráží multidisciplinární povahu mediace. Zároveň může být vnímána také jako míra stability instituce mediace – v období oslabení některých prvků mediace zůstává instituce mediace zachována a funkční.

Zamyšlení nad diverzitou mediace tvoří propojení s první statí, která diskutuje proces a míru institucionalizace mediace v České republice (Holá, Urbanová). Autorky sledují dimenze adaptability, autonomie, koherence a komplexnosti. Institucionalizace mediace může být vnímána jako výchozí bod a vymezení tématu celého sborníku.

Pomyslnou druhou část sborníku tvoří statě akcentující sociálně psychologické charakteristiky mediace. Na příkladu konfliktu mezi skupinou pracovníků a zaměstnavatelem analyzuje vybrané faktory přístupu mediátora a jejich vliv na průběh a výsledek mediace Pružinská. Dochází k závěru, že na rozdíl od individuální mediace je u skupinového konfliktu potřebné, aby se mediátor s povahou konfliktu předem dobře obeznámil. U osoby mediátora zůstáváme i v další stati, která zdůrazňuje význam kontinuálního vzdělávání mediátorů a sebereflexe jako její nedílné součásti (Dundelová). Stať Holase, zaměřená na princip dobrovolnosti v mediaci vzhledem k trendu zavádění prvků donucení do právních řádů, řeší otázku udržitelnosti originální koncepce mediace. Tvoří tak teoretické východisko pro kritickou analýzu problematických aspektů nařízeného prvního setkání se zapsaným mediátorem (Grygar).

Další tři statě jsou tematicky propojené tzv. „soudní mediací“, kterou autoři rozumí mediaci realizovanou podle zákona o mediaci a z podnětu soudu. Mediace v soudním řízení, stať Navrátila a Navrátilové, je zaměřena na kritickou reflexi fungování mediace v souvislosti s aplikací zákona o mediaci a v kontextu mezinárodního srovnání mediace v EU a ČR. Němcová se zabývá tzv. „soudcovskou mediací“. Považuje za ni mediaci blízkou justici, v níž se prolínají prvky mediace a soudnictví. Výklad doplňuje zhodnocením, zda se jedná o konkurenci „čisté“ mimosoudní mediaci či o její vhodné doplnění. Možnosti rozvoje a propagace mediace vidí Tošnerová v uplatnění behaviorálních poznatků v politice a právu, konkrétně tzv. šťouchu. Ten pracuje s modelem lidského rozhodování složeného z komponentu možností výběru a komponentu nejlepšího zájmu. Zdá se, že i v tomto originálním přístupu propagace mediace lze spatřovat prvky jí samotné.

Aplikační oblasti mediace jsou diskutovány ve stati zaměřené na obchodní mediaci a její specifika v mezinárodním prostředí (Malacka) a ve stati v českém prostředí ojedinele zaměřené na mediaci ve veřejné správě (Chadimová), kdy využití mediace může přispět k aktivní roli správních orgánů při naplňování zásady smírného postupu a zásady spolupráce.

Další dva texty jsou zahraničním příspěvkem k rozvoji mediace u nás. Sonnleitner na příkladu Rakouska ukazuje vývoj systému mediačních služeb, tím rostoucí diverzitu způsobů výkonu mediace a postupné stírání

rozdílu mezi obligatorními a fakultativními postupy v různých oblastech řešení konfliktů. Otázkou neformálnosti a nezávaznosti právního a medicínského posuzování a rozhodování sporů mezi pacienty a zdravotnickými zařízeními a jejich podobností s mediací se zabývá Tamm.

Role mediátora v procesu Collaborative Law/Collaborative Practice (Vaňková) a výběr případů vhodných pro aplikaci metody práva spolupráce (Vašátková) inspirují k úvahám o širší aplikaci mediační praxe i za rámcem standardního postupu.

Věřím, že sborník z olomoucké konference přispěje k vytříbení argumentů pro podporu mediace a její další rozvoj v teorii, výzkumu i aplikační praxi.

Olomouc, květen 2018

doc. PhDr. Lenka Holá, Ph.D.

Předmluva

Spory, konflikty, mediace, mediátor, zapsaný mediátor, alternativní způsoby řešení sporů... Tato a řada dalších označení se váží k jevu, který se stal i v českém právním řádu právním institutem a současně uznávanou a přijímanou variantou řešení sporů stran v různých oblastech. Od sporů mezinárodních a politických až po spory typické pro svět obchodní či rodinný. Takovou, která je způsobilá tam, kde jsou strany vstřícné a míní vážně snahu po smírném řešení svých sporů či problémů vyřešit vše bez toho, že by byly narušeny a zpřetrhány stávající vazby společenské či ekonomické. Ano, mediace a mediátoři se stali nedílnou součástí i českého prostředí posledních více než deseti let. Stali se mimo jiné součástí také prostředí akademického, kde jimi bylo ovládnuto pole mezioborových diskusí, projektových záměrů či publikací právníků, sociologů či psychologů.

V úvodním slovu se obvykle obracíme k tématům monografie či sborníku. Podobné bychom rádi učinili spíše až na závěr tohoto vstupního slova. Předtím bychom si dovolili několik malých zamyšlení nad procesy, které doprovázejí ono smírné řešení sporů či snad jednodušeji proces smířování se. A to procesy realizovanými na úrovni národní, mezinárodní a evropské či nad procesy faktickými i právními.

Mediace představuje proces, který je alternativou k řešení sporů v rámci řízení soudního, resp. v některých oblastech k řízení rozhodčímu. Charakteristickými rysy jsou dobrovolné podřízení se tomuto procesu a dosažení výsledku, se kterým strany sporu souhlasí a dobrovolně se mu podřídí. Byť jsme způsobilí hovořit o mediaci jako o jednom typu procesu, je ona monolitní povaha jen zdánlivá. Uvedený termín představuje proces, který je kreativní prakticky ve všech prvcích – způsobu vedení, nároků na osobu mediátora, principech, jako je důvěrnost, požadavcích na účast stran a dalších. Ano, metoda má řadu variant a zahrnuje široký okruh praktik a procesů. V konkrétní praxi odráží onu diverzitu přístupů, stylů vedení mediátorů či jejich strategií. To, co je třeba zdůraznit, je i její vývoj. Tradičně byla považována za proces, který se plně pohybuje mimo dosah

moci veřejné. Na tento základní rys navazovala i pravomoc mediátorů – její základ byl ve vůli stran sporu. Takto se uváděla mediace ve světě mezinárodního obchodu a bylo v této souvislosti i zdůrazňováno, že se jedná o prostředek, který může být tam, kde strany nemíní vážně dosáhnout smírného výsledku, i prostředkem problematickým – zejména pro běh lhůt či odsun případného konečného řešení tam, kde by nebylo dosaženo smíru. Změna, ke které došlo v českém právu (a nejenom v něm) zejména pod vlivem evropského práva, zásadně změnila jak onu základní charakteristiku, pohyb mimo dosah moci veřejné, tak i určitá konstatování. Regulace některých otázek souvisejících s mediací – pozice mediátorů, účinky zahájené mediace – přinesla z pohledu právního změny. To, co se samozřejmě nezměnilo, je samotná filozofie mediace a různost přístupů a technik, kterými mohou disponovat a disponují mediátoři.

Kvalita řízení, a to jak soudního či rozhodčího, závisí na osobě rozhodujícího orgánu. Toto samozřejmé konstatování by mělo být podtrhnuto a násobeno v oblasti mediace (a vlastně i ostatních typů alternativních způsobů řešení sporů). Ano, je to osoba mediátora, která pravidelně vtiskne mediaci určitou tvář. Požadavky na osobu jsou jak formální (zejména tam, kde dochází k právní regulaci některých aspektů mediace), tak o to více důležité jsou požadavky neformální. U těchto naposledy uvedených se zastavme a některé z nich si uveďme. C. Morris ve své stati uvedl výstižnou charakteristiku činnosti dobrého mediátora: schopnost transformovat spor do třístranného dialogu, v němž je mediátor aktivním a vlivným představitelem změny. Mediátor vnáší do procesu své zkušenosti, schopnosti, práci se stranami zejména ve směru sblížení jejich zájmů a přetvoření ve výsledek, který odpovídá zájmům obou. Způsoby, kterými mediátoři pracují, jsou různorodé a právě osobnost mediátora jim dává jedinečnost, kterou nalézáme jen a pouze u alternativních způsobů řešení sporu. Těch, které nemají onu formalizovanou podobu přísných a striktních pravidel pro postup v řízení. Těch, kde se nevyžaduje striktně formální vzdělání. Není sporu, že způsobilost či schopnost být mediátorem představuje do jisté míry schopnost vrozenou, nadání, které je rozvíjeno dalším vzděláváním a získáváním zkušeností. Zde samozřejmě vzniká řada otázek – od polemiky o míře nezávislosti a nestrannosti mediátora až například po otázku jeho vzdělání. Zejména v oblastech právních je velkou

otázkou, nakolik je osoba s formálním právním vzděláním, realizující ve svém profesním životě různé pozice, jakými jsou rozhodce, soudce či advokát, vhodným adeptem na mediátora. Nakolik právě ono uvažování právní, směřující k úvaze „vyhrát, zvítězit“ ve sporu, ovlivněné oněmi formalizovanými hodnotícími procesy nemůže být na škodu pro pozici mediátora. Ano, to je nesporně otázka k diskusi. Lze vést akademické diskuse, nicméně je to sama praxe, která nejlépe „rozčísne“ tyto polemiky. Olomoucká konference věnovaná mediaci se stala v České republice jedinečným fórem zajišťujícím setkání mezioborová a přinášejícím do českého prostředí řadu myšlenek a úvah, které obohatily tuto oblast. Podněty či výsledky, které přinesla, nesporně přispěly k rozvoji nejen akademického prostředí, nýbrž i praxe mediace.

Předkládaná publikace autorů přináší do českého mediačního prostředí jak témata tradiční, tak i nová. Polemiky lze vést na různých úrovních či se lze dotknout různých aspektů. Nicméně jedno nelze konferenci a publikaci upřít – upřímnou snahu o hledání oné dobré mediační praxe.

Čím lze ukončit náš vstup a otevřít prostor pro čtenáře jednotlivých příspěvků? Nesporně v první řadě přáním pokračovat v tomto tematicky vyhraněném setkávání se. Ve druhé řadě snad připomenutím významu snah o zkoumání cest, způsobů, metod řešení konfliktů smírnou cestou. Tou, která zachová vztahy, vazby, hodnoty a umožní v každé ze sfér využívání další pokračování spolupráce. A to je hodnotné ve světě obchodu, politiky, v oblasti pracovní i rodinné.

Brno, červen 2018

prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc.

Preface

Disputes, conflicts, mediation, mediator, registered mediator, alternative dispute resolution ... These and many other designations are related to a phenomenon that has become a legal institute in the Czech legal system and also a recognized and accepted option of the dispute settlement between parties in various areas, the disputes ranging from international and political disputes to disputes typical of the world of business or family. An option that is relevant where parties are responsive and seriously seek to resolve their disputes or problems in an amicable way without disturbing or severing the existing social or economic ties. Mediation and mediators have become an integral part of the Czech environment for more than a decade. Among other things, they have also become a part of the academic environment, dominating the field of interdisciplinary discussions, project plans and publications of lawyers, sociologists and psychologists.

In the introductory word we usually refer to the topics of the monograph or the proceedings. Nevertheless, this time we intend to do so at the conclusion of this introduction. First, allow us a few short reflections on the processes that accompany the amicable dispute resolution or, in more simple terms, the reconciliation process; processes carried out at the national, international and European levels, as well as the factual and legal processes.

Mediation is a process that is an alternative to settling disputes as a part of court proceedings, or, in some domains, to arbitration. It is characterized by the voluntary submission to this process and the achievement of an outcome that the parties to the dispute agree to and voluntarily subordinate to. Although we may perceive mediation as a single-type process, its monolithic nature is only apparent. The term refers to a process that is creative in virtually all aspects - the mode of operation, demands on the person of the mediator, principles such as confidentiality, participation requirements and others. The method has a number of variants and includes a wide range of practices and processes. In actual practice it

reflects the diversity of approaches, styles applied by mediators or their strategies. The development of mediation is what also needs to be emphasized. Traditionally, it has been considered as a process that is completely out reach of public power. This basic feature has served as the basis for the power of mediators – the will of the parties to the dispute being its essential element. In this way mediation used to be introduced in the world of international trade and in this connection emphasis used to be placed on the fact that mediation as an instrument may become problematic in the instances where the parties do not have a serious intention to reach a settlement, mainly in relation to the running of the time limits or postponement of the eventual final resolution in areas where there is no way of reaching a settlement. The modifications that have occurred in Czech law (and not only there) especially under the influence of European law, fundamentally changed both the basic characteristics, i.e. the position outside the reach of public power, and also certain statements. From the legal viewpoint, the regulation of some issues connected with mediation - the position of mediators, the effects of commenced mediation - has brought about change in the domain of mediation. Naturally, what has not changed is the philosophy of mediation itself and the diversity in approaches and techniques that could be and are available to mediators.

The quality of the court proceedings or the arbitration depends on the person of the deciding authority. This self-evident statement should be underlined and multiplied in mediation (and, indeed, in other types of alternative dispute resolution). Usually, it is the mediator who creates the impression of mediation. The requirements a person needs to meet are both formal (especially where there is legal regulation of some aspects of mediation), and informal, those being of even greater importance. Let us stay with the latter ones for a bit now. In his treatise, C. Morris has set out the clear characteristics of a good mediator: a person endowed with the ability to transform the dispute into a tripartite dialogue in which the mediator is an active and influential representative of a change. The mediator enters the process with his / her experience, skills, efforts to work with the parties, especially in the sense of bringing their interests closer together and transforming them into a result that corresponds to the interests of both. The ways in which mediators work are diverse and the

personality of the mediator gives them the uniqueness that we only find in alternative ways of resolving disputes. These do not have the formalized form of rigorous and strict rules of procedure and they do not require strict formal education. There is no doubt that competence or ability to be a mediator is, to a certain extent, an innate ability, a talent that is developed by further education and experience. Here, of course, a number of questions arise - from the polemic about the degree of independence and impartiality of the mediator to, for example, the question of his / her education. Particularly in legal matters, the big question is to what extent a person with a formal legal education who performs different jobs in his / her professional life, such as that of an arbitrator, a judge or an attorney, is a suitable candidate for the position of a mediator. How much legal reasoning, focused at „winning over another“ or „defeating another“ in a dispute, influenced by those formalized assessment processes, can be detrimental to the position of the mediator. Yes, that is undoubtedly a question for discussion. There may arise academic debates, nevertheless, it is the very practice that decides these polemics the best.

The Olomouc conference on mediation has become a unique forum in the Czech Republic that provides interdisciplinary meetings and introduces into the Czech environment a number of ideas and reflections that have served as an enrichment of this domain. The incentives or the results it brought have undoubtedly contributed to the development of the academic environment on one hand, but also to the development of the practice of mediation on the other.

The following publication brings both traditional and new topics to the domain of Czech mediation. Controversies may arise at different levels and various aspects may be addressed. However, it is necessary to give the conference and the publication credit for one thing - a sincere effort in the search for a good mediation practice.

Undoubtedly, the best way to conclude this introduction and open space for the readers of individual contributions is to wish to continue with the organization of these thematic meetings. Secondly, we should remind us of the importance of trying to explore ways and methods of amicable conflict resolution. Resolution which preserves relationships, bonds, values and

allows continuing cooperation in each of the spheres and which, in the world of business, politics, work and family, is of great value.

Brno, June 2018

prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc.

Institucionalizace mediace. Jak daleko jsme došli? [\[1\]](#)

Institutionalization of Mediation. How Far Have We Gone?

Lenka Holá

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, Tř. 17. listopadu 8, Olomouc

Martina Urbanová

Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta, Veveří 70, Brno

Abstrakt: Příspěvek reflektuje aktuální a často diskutované téma institucionalizace mediace. Naším hlavním cílem je odpovědět na otázku, nakolik je mediace v České republice institucionalizovaná, jak se jako instituce v českém prostředí etablovala a zda je institucionalizace pro mediaci přínosná. V úvodu připomínáme pojem a koncepty instituce a institucionalizace a nastiňujeme možnosti měření její míry. To může vytvořit teoretické zázemí pro budoucí empirická šetření. V závěru příspěvku jsou uvedeny návrhy a doporučení k posílení institucionalizace mediace a k jejímu uznání odbornou i laickou veřejností v zájmu jejích účastníků a společenství.

Klíčová slova: instituce, institucionalizace, mediace, míra institucionalizace.

Abstract: The paper reflects the current and frequently discussed topic of mediation institutionalization. Our main aim is to answer a question into what extent mediation is institutionalized in the Czech Republic, how it has become used in the Czech environment and whether institutionalization of mediation is advantageous. In the introduction we introduce terms and concepts of institution and institutionalization and describe ways how to measure its extent. This may work as a theoretical base for future empirical research. In the conclusion there are suggestions and recommendations for strengthening the institutionalization of mediation and for its recognition by professionals as well as by lay people in the interest of its participants and community.

Keywords: Institution, Institutionalization, Mediation, Extent of institutionalization.

Úvod

Stále častěji v odborných mediačních kruzích slýcháme na jedné straně o potřebě institucionalizace mediace, na druhé straně o obavách z ní. S tím souvisí i otázky, zda by nebylo prospěšnější nechat vývoj mediace plynout

přirozeně tak, jak ve svých původních kořenech vznikla a dlouhá staletí se vyvíjela. Zda postupující institucionalizace mediace není jejím sabotérem. A zda je vůbec účelné do tohoto procesu nějakým aktivním způsobem zasahovat. Téma je aktuální nejen v České republice, ale i v zemích, v nichž je tradice mediace delší než u nás.[\[2\]](#)

V první části příspěvku se zaměříme na vlastnosti institucí, prozkoumáme současný stav a vývoj institucionalizace na základě analýzy relevantních odborných zdrojů a zaměříme se na vymezení teoretického konstruktu míry institucionalizace, který může být v budoucnu použit pro stále chybějící empirické výzkumy v této oblasti. K tomu využijeme politologický koncept měření míry institucionalizace[\[3\]](#), s jehož pomocí se pokusíme popsat a vysvětlit stav institucionalizace mediace v České republice. V závěru pak nastíníme perspektivy a možná rizika s tím spojená.

1 Instituce a institucionalizace

„Instituce jsou pravidla hry, organizace a jejich zprostředkovatelé jsou hráči.“ (Douglass Cecil North)

Vzhledem ke zkoumanému tématu institucionalizace mediace je nutné objasnit pojem instituce a institucionalizace a poté se pomocí těchto vymezení podívat na stav mediace v ČR.

Pojem instituce v kontextu společenskovedních disciplín poprvé použil Giambattista Vico ve svém díle *Scienza Nuova* (1725)[\[4\]](#). Od té doby se rozšířil do mnoha společenských věd, například filozofie, sociologie či politologie. I přes široké užití pojmu, nebo možná právě proto, neexistuje dodnes jeho obecně přijímaná definice. Goeffrey M. Hodgson definuje instituce jako systémy zavedených a převládajících pravidel, kterými jsou tvořeny sociální interakce (např. jazyk, právo, systémy fyzikálních jednotek, etiketa).[\[5\]](#) Instituce se vztahují k soustavám opakujících se činností, které mají objektivní charakter, tzn. jsou ve svém působení a existenci nezávislé na konkrétních lidech nebo skupinách. Tvoří hmotu sociálního života, jsou zjevné a jasné.

1.1 Vlastnosti institucí

Institute vznikají jako důsledek nutnosti plnit společenské úlohy a očekávané chování (např. instituce manželství a rodiny jsou vytvořené základními biologickými požadavky na reprodukci a na péči a výchovu dětí). Aby mohly instituce fungovat, musí stát na základech tvořených zvyky a pravidly. Tato pravidla musí být respektována. Zda ale respektována budou, závisí na pozitivní motivaci subjektů, na kladných pobídkách a současně také omezeních.[6] Ovlivňování chování jedinců tímto způsobem potom pomáhá utvářet stabilní a trvalé instituce s dostatečnou autoritou.

Mechanismy institucí by se daly označit za systém sociální kontroly, ačkoliv jejich kontrolní náplň je až druhořadá. Primární sociální kontrola je zajištěna samotnou existencí instituce. Pokud se tedy řekne, že určitý druh lidské činnosti byl institucionalizován, znamená to, že tento druh činnosti byl podřízen sociální kontrole.[7]

Institute se vyznačují dvěma základními vlastnostmi. První z nich je, že **mají své dějiny**. Chceme-li instituci mediace skutečně pochopit, musíme chápat i její historický proces, tj. dějinné události, které vedly k jejímu zformování a následnému fungování. Vzájemné typizace vznikají průběžně, nemohou vzniknout najednou a z ničeho.[8] Na základě tohoto vymezení se tedy na mediaci podívejme.

Pokud odhlédneme od vývoje mediace jako přístupu k řešení konfliktů a zůstaneme u novodobého pojetí mediace jako metody řešení konfliktů za pomoci kvalifikovaného mediátora, má v České republice svou historii od počátku devadesátých let 20. století. V tomto období absolvovali čeští kolegové nejprve vzdělávání v mediaci v zahraničí (nejčastěji v USA) a po návratu šířili nabyté vědomosti a dovednosti mezi další české odborníky. V té době se vlastní mediace praktikovala sporadicky. První vyškolení mediátoři se pokoušeli aplikovat mediaci zejména v komunitních, rodinných a spotřebitelských sporech. Současně do ČR přijížděli zahraniční lektori a zkušení mediátoři a předávali své know-how. *S počínajícím vzděláváním v mediaci se započala institucionalizace mediace u nás.*

Zpočátku se mediace vyvíjela zcela mimo justiční systém, a to od vzdělávání v mediaci přes její praktický výkon až po vznik organizací sdružující mediátory (např. Asociace mediátorů ČR). Teprve následně

začala být příslušnými zákony začleňována do justičního systému. Tím se jednak formalizuje kontext poskytování mediace, jednak se zvyšují požadavky na kompetence mediátorů.

Mediaci v civilních sporech mohla v té době vykonávat každá osoba bez ohledu na vzdělání a odbornou způsobilost, která k tomu získala živnostenské oprávnění (pro živnost volnou). Vlastní mediační proces nebyl nijak upraven ani omezen. Mediační služby nabízely především nestátní organizace podle vnitřních metodických postupů či na základě podmínek, které byly zahrnuty do tzv. dohody o mediaci.

Významným milníkem ve vývoji mediace bylo její ukotvení v zákoně č. 257/2000 Sb., o probační a mediační službě, a její zavedení jako důležitého restorativního prvku při řešení trestních konfliktů. Stát tak převzal nad mediací svou garanci a přispěl k její legitimizaci. Lze říci, že to v té době bylo velmi pokrokové. Česká republika byla jednou z prvních postkomunistických zemí, která mediaci do řešení trestních věcí zavedla.

O mediaci rostl zájem mezi odborníky, zejména právníky a sociálními pracovníky. Mediace se započala diferencovat ve svém pojetí i v přístupech, zvyšuje se nabídka mediačních služeb.

V devadesátých letech 20. století v civilních sporech český právní pořádek nevylučoval možnost uskutečnění mediace (vyjádřenou např. povinností soudce pokusit se o smírné vyřízení věci). Úsilí soudu o smírné řešení bylo velmi pozitivním nasměrováním našeho civilního soudnictví, za mediaci je ale nebylo možné považovat.

O mediaci v civilních sporech byla první explicitní zákonná zmínka přijata až s novelou OSŘ[9] účinnou od 1. 10. 2008, kdy byl do § 100 vložen nový odstavec 3. Ten umožnil soudu ve věcech péče o nezletilé děti *uložit účastníkům* na dobu nejvýše tří měsíců účast na mimosoudním smírčím nebo mediačním jednání nebo rodinné terapii. Praxe však narážela na tři základní problémy. Prvním byla nejednotnost výkladu těchto ustanovení, kdy soudci v civilních sporech využívali mediaci s velkou opatrností, resp. ji nevyužívali. Druhým důvodem byla otázka motivace klientů, kdy neexistovaly žádné pobídky ani jiná zvýhodnění oproti standardnímu soudnímu řízení. A třetím důvodem byla neakceptace některých principů mediace, zejména dobrovolnosti mediace[10] a velmi malá ochrana důvěrnosti informací.

V souvislosti s vývojem mediace v evropském kontextu se i v ČR zintenzivnily diskuse nad potřebou samostatného zákona o mediaci v civilních sporech. Názory na jeho potřebnost se velmi různily. Jedna skupina odborníků se domnívala, že samostatný zákon o mediaci není třeba, protože stávající zákony umožňují (neznemožňují) mediaci využívat. Druhá skupina podporovala vznik samostatného zákona o mediaci, který by jasně stanovil základní východiska a organizaci jejího využití v civilních sporech. Současně by stanovil požadavky na osobu mediátora.

Ministerstvo spravedlnosti se rozhodlo pro vypracování samostatného návrhu zákona, který by upravoval institut mediace širěji. Do jeho tvorby i následných legislativních procesů byla zapojena mediátorská obec, množství institucí i dalších odborníků. Ideová východiska mediace jako konsensuální metody řešení sporů byla obecně přijímána a podporována. Avšak samotnými legislativními pracemi prakticky nezvládnutá. Individuální, skupinové a profesní zájmy měly tendenci převážet nad zájmy společenskými a nad podstatou samotné mediace. Legislativní přípravy zákona o mediaci probíhaly obtížně a velmi konfliktně. Mediátorská obec byla rozdělena na „neprávníky“ a „právníky“, na skupiny organizací a institucí, které mediaci poskytují nebo v ní vzdělávají. Každý prosazoval své pojetí mediace a zákon měl být jeho odrazem. Po dalších náročných jednáních byl 2. května 2012 zákon o mediaci Parlamentem ČR přijat. Přijetí zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů, a vyhlášky č. 277/2012 Sb., o zkouškách a odměně mediátora, bylo z pohledu institucionalizace mediace v ČR významným milníkem. Stát tím prezentoval informaci o legitimitě mediace a zavázal se k její podpoře.

V moderní době je legitimita vyvozována ze suverenity a mandátu lidu. Aleš Gerloch uvádí tři kritéria legitimacy. Prvním je legitimita legalitou, která je spojena zejména s právním pozitivismem (co je legální, je i legitimní). Druhým *kritériem* je legitimita vůlí lidu (prostřednictvím zástupců zvolených svobodnými volbami). V posledním, *třetím případě* jsou kritériem legitimacy společenské hodnoty, tedy svoboda, spravedlnost, rovnost apod.[\[11\]](#) *K tomuto poslednímu typu legitimacy patří i obecné*

uznání veřejností. Je však otázkou, na kterou může odpovědět pouze reprezentativní výzkum, nakolik je mediace veřejností uznána.

Druhou základní vlastností institucí je, že řídí lidské chování. Předem stanovují vzorce lidského chování a určují způsob jednání v určitých situacích. Ve vztahu k mediaci se zde uplatňuje téma kompetenčních požadavků, profesních a etických standardů a s tím související vzdělávání v mediaci. Jaká je tedy situace v oblasti mediace?

V členských státech EU ovlivnily vzdělávání mediátorů tzv. *Zelená kniha o alternativním řešení sporů v občanskoprávních a obchodních věcech*, vydaná Evropskou komisí v roce 2002 a dále doporučení Rady Evropy k mediaci v různých oblastech společenské praxe. V červenci 2004 byl vytvořen Evropský etický kodex pro mediátory, který stanoví, že mediátoři musejí splňovat určité kompetenční standardy. Nestanoví, jaká úroveň školení a akreditací je požadována, namísto toho uvádí některé relevantní faktory jako řádný výcvik, průběžné vzdělávání a udržování a procvičování mediačních dovedností. Většina národních zákonných úprav mediace pak řeší požadavky na kompetence a kvalifikaci mediátora. V užším smyslu kompetence pro výkon profese zahrnuje schopnosti a z nich vyplývající znalosti, dovednosti a návyky.^[12] Obecně řečeno tedy bývají kompetence nejčastěji vyjádřeny schopnostmi, znalostmi, povahovými rysy, postoji, dovednostmi a zkušenostmi konkrétního pracovníka.

Kompetence mediátora jsou celosvětovým problémem, a to prakticky od počátku zavádění mediace (konec šedesátých let 20. stol.). Mediátoři v prvních mediačních programech byli odborníci různých profesí, např. komunitní pracovníci, obchodníci, právníci, sociální pracovníci, učitelé, duchovní.^[13] Aby byla zajištěna důvěra v instituci mediace, přistoupilo se k požadování určitých kompetencí mediátorů, zejména v řízeních o nezletilých dětech.^[14] Obecně lze říci, že čím více je mediace využívána v rámci soudního rozhodování, tím se požadavky na kompetence mediátorů zvyšují, a to z několika důvodů:

- ke zvýšení důvěry v mediátory,
- pro vnímání mediace veřejností jako legitimní a kvalifikované,
- ke zvýšení důvěryhodnosti hodnot mediace,

- ke zvýšení důvěryhodnosti soudu, který mediaci účastníkům doporučuje/ukládá,
- ke zvýšení důvěryhodnosti státu, který má povinnost zajistit pro tzv. soudní mediace plně kompetentní mediátory.[\[15\]](#)

V ČR je situace ještě složitější, a to zejména kvůli stále krátké tradici mediace a diverzitě mediačních služeb. Specifika činnosti vyžadují transdisciplinární přístup, schopnost posuzovat věc v širších souvislostech a schopnost vést konstruktivní dialog nejen s účastníky konfliktu, ale i v rámci širšího sociálního kontextu. Dosud však nemáme výzkumem podloženou identifikaci a analýzu profesních kompetencí mediátorů. Může tak vzniknout otázka, na co se zaměřuje vzdělávání v mediaci a jakým způsobem, když požadavky na profesi mediátora u nás nejsou vyjasněny. Některé organizace (např. Probační a mediační služba ČR, Asociace mediátorů ČR) mají vytvořen svůj vlastní systém vzdělávání, pracovníci jiných organizací jsou vzdělávání externě. Přibližně od roku 2000 se vzdělávání v mediaci dostává také na univerzitní půdu, nejprve v humanitně orientovaných programech (např. sociální práci, sociální pedagogice), s odstupem asi deseti let postupně také ve vzdělávání budoucích právníků.[\[16\]](#) Vše s cílem získat profesní jednání v této oblasti, které se skládá z profesní praxe a profesní etiky. Profesní praxe popisuje úkony a praktické dovednosti, profesní etika je morálním nasměrováním, které provází vztah pracovníka s ostatními subjekty. Obě oblasti mohou být vyjádřeny ve formálních kodexech a jako neformální porozumění. Dříve samostatné kodexy (profesní a etický) je nyní tendence spojit do jednoho „etického kodexu“ nebo „profesně-etického kodexu“, neboť obě oblasti se vzájemně podmiňují a lze je jen těžko oddělit. Význam etického kodexu spočívá v tom, že:

- vyjadřuje poslání profese,
- poskytuje pravidla správného jednání, je průvodcem dobré praxe,
- zabezpečuje vedení a inspiraci pracovníkům,
- vytváří a udržuje profesní identitu,
- zdůrazňuje status profese,
- slouží jako podklad pro posouzení stížností a kritérium pro hodnocení profesního jednání pracovníka,
- slouží jako regulace profesního jednání pracovníka.[\[17\]](#)

V oblasti mediace má své profesní a etické kodexy např. Asociace mediátorů ČR (Etický kodex Asociace mediátorů ČR), Česká advokátní komora (Etický kodex advokáta mediátora – Stanovisko sekce ADR ČAK) a Unie pro rozhodčí a mediační řízení ČR (Etický kodex mediátorů sdružených u Unie pro rozhodčí a mediační řízení ČR, a. s.). Své etické kodexy mají i některá mediační pracoviště, např. Mediační centrum Olomouc (Etický kodex pracovníka Rodinného centra U mloka). Svůj profesní a etický kodex nemají zapsaní mediátoři. Lze předpokládat, že jasnější vymezení pravidel profese mediátora přispěje ke zvýšení prestiže tohoto povolání, k jeho vyššímu společenskému uznání a ocenění a tím i k posílení instituce mediace jako celku.

V letech 2004–2005 proběhl pod záštitou Ministerstva spravedlnosti projekt *Mediace v netrestních věcech aneb Normální je se nesoudit*.^[18] Výstupem tří pracovních skupin byly analýza zahraničních modelů mediace, standardy mediace, standardy profese mediátora a vzdělávání v mediaci a návrh zákona o mediaci v netrestních věcech. I když byly výstupy z projektu dílčím způsobem využity dále, systematicky a kontinuálně rozvíjeny nebyly.

Podporu vzdělávání mediátorů a současně jistý tlak na členské státy, aby vytvořily legislativní, profesní a kvalifikační podmínky k možnosti využívání mediace, pak zadala Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES. Zavázala členské státy mj. k *podněcování vzdělávání a tréninku mediátorů, včetně supervize*.

Podle zákona o mediaci vykonávají mediaci tzv. zapsaní mediátoři. Zapsaný mediátor musí kumulativně splnit určité zákonné podmínky, ale tím největším nárokem je složení zkoušky. Její průběh a podmínky upravuje vyhláška Ministerstva spravedlnosti č. 277/2012 Sb. Zkouška se skládá ze dvou částí – písemné znalostní a praktické dovednostní. Z dosavadních zkušeností se ukazuje, že náročnost zkoušky je dána druhou, praktickou částí. Je to však část, z níž s ohledem na ochranu účastníků mediace a ochranu samotných hodnot mediace podle našeho názoru slevovat nelze. Požadavky na kompetence mediátorů jsou opřeny také o Důvodovou zprávu k vládnímu návrhu zákona o mediaci^[19], kde jsou odůvodňovány skutečností, že stát musí mít garanci, že v případě

nařízení prvního setkání se zapsaným mediátorem strany posílá k odborníkům.

Zákon o mediaci stanovuje požadavky jen na mediátory vykonávající mediaci dle tohoto zákona. Avšak mediace je v ČR poskytována čtyřmi způsoby – ve smyslu zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci; na základě živnostenského oprávnění; v rámci pracovněprávního vztahu a dobrovolnický. Například mediace poskytovaná soukromými subjekty *na základě živnostenského oprávnění* jako živnost volná neklade na mediátory žádné kompetenční požadavky. Může ji tedy poskytovat v podstatě kdokoliv. Kvalita poskytovaných služeb není kontrolovatelná. To je opravdu alarmující, když je mediace vykonávána jako profesionální činnost, za níž klienti v obtížné životní situaci mediátorovi platí. Výkon mediace *v rámci pracovněprávního vztahu* je do jisté míry garantován standardy dané organizace a jejími požadavky na kompetence mediátorů. Je v zájmu těchto organizací, jejich odborného renomé, aby hlídaly a podporovaly kvalitu poskytovaných mediačních služeb. V neposlední řadě je to také otázka existenční. *Dobrovolnická mediace* není v ČR více rozvinutá. Lze konstatovat, že paleta poskytování mediace je v ČR bohatá. Je nám tak dána svoboda nalézt si ten nejvhodnější způsob řešení konfliktů podle našich očekávání a možností. Pokud strany chtějí využít mediaci dobrovolně a pokusit se spor řešit vlastními silami, mělo by být na jejich svobodném rozhodnutí, jakého mediátora si zvolí. Obecně platí, že čím méně je regulován kontext mediace, tím méně je regulováno jednání mediátorů. Vraťme se však k otázce vzniku institucí, který nám pomůže pochopit také vznik instituce mediace.

1.2 Vznik institucí

Nedostatečná výbava člověka je kompenzována tím, že lidé nahrazují chybějící instinkty vytvářením institucí. Každá opakovaná činnost podněcuje člověka k procesu, v němž se ustálí do podoby vzorců chování. Pokud se stane tento proces recipročním a oboustranně uznávaným, může se změnit v instituci, která stanovuje, že činnost typu X bude vykonávána aktéry typu X. [\[20\]](#) Tedy mediace budou vykonávány mediátory.

Vlastní vznik institucí je možný dvěma způsoby. Prvním je **vznik ex post**, který je důsledkem relativní stabilizace společenských jevů. Vznik ex post bychom mohli spatřovat na začátku institucionalizace mediace u nás, kdy se změnou společensko-politického uspořádání v roce 1989 byly vytvořeny podmínky a minimálně nebylo bráněno transpozici mediace ze zahraničí, zejména z USA. Atmosféra a zřízení, které zde do té doby panovaly, prostředí diktatury, obava, utlumování občanských aktivit, utlumování snahy přebírat zodpovědnost za své vlastní životy a řešení konfliktů, s nimiž se potýkáme, nevytvářely prostředí, které by umožňovalo vznik a rozvoj demokratických, konsensuálních postupů v řešení konfliktů.[\[21\]](#)

Mediace u nás vznikla jako občanská iniciativa transpozicí z USA. Byla vnímána jako symbol svobody, nezávislosti, dobrovolnosti, občanské a individuální zodpovědnosti, respektu a lidskosti. Nebyla nijak regulována, důraz byl kladen především na její hodnoty. Mediace v ČR vznikla zdola. Jak jsme uvedli výše, její počátek je spojen zejména se vzděláváním. Mediace a mediátoři nebyli nijak organizováni, jejich aktivity byly nahodilé. Myšlenka mediace byla rozvíjena zejména aktivitami nadšených lidí. Ti však neměli jasnou představu o tom, co by mělo být výsledkem.

Druhým způsobem je **vznik ante**, což je chtěná, účelová institucionalizace, která vzniká podle představy toho, kdo tvoří normy.[\[22\]](#) Jde o institucionalizaci přijetím a aplikací zákona o mediaci. Vzniká tak jasně ohraničený systém, jenž odráží základní myšlenku smírného řešení sporů. Jsou identifikovány hodnoty, stanovena pravidla a sankce. Systém mediace se tak institucionalizuje v systému práva, avšak prolíná i do dalších institucí (např. sociální práce nebo školství).

Má-li být institucionalizace mediace zdárná, musí být doprovázená její legitimizací (uznáním) nejen právem, ale zejména veřejností.[\[23\]](#) Legitimizace není nutná v první fázi. Její potřeba se však objevuje tehdy, mají-li být instituce přejímány třetími osobami, které už nejsou jejich tvůrci, nýbrž osvojitelé. V tomto momentu dochází k významnému posunu, který lze vyjádřit jako posun od „jak my to děláme“ k „tak se věci dělají“.[\[24\]](#) Význam legitimizace přichází s novou generací mediátorů.

Jejím úkolem je učinit mediaci věrohodnou, dostupnou každému a chtěnou ve smyslu služby.

V souvislosti s tématem instituce a institucionalizace mediace si pak můžeme položit otázky, jejichž relevantní odpovědi nám přinesou až empirické výzkumy. Ty však stále chybí a v tomto ohledu je mediace oblastí málo prozkoumanou.

- Je využívání mediace v české společnosti dostačující?
- Jaká jsou očekávání spojená s mediací?
- Nejsou jiné způsoby řešení sporů využívány více, protože jsou více institucionalizované?

2 Institucionalizace

S institucemi, tedy i s institucí mediace, souvisí pojem institucionalizace. Jde o proces vzniku sociální instituce. Zakládající myšlenka (či myšlenky) se prostřednictvím souboru neorganizovaného jednání, navazujícího na tuto myšlenku, vyvine do organizovaného systému. Ten je založený na určitých vzorcích chování a má svou vlastní sociální strukturu (vztahy), sociální roli a sociální funkci. Pojem „institucionalizace“ se rovněž používá pro proces začleňování další nové myšlenky do již existující sociální instituce. Jak jsme uvedli, jde např. o začleňování instituce mediace do již existující instituce práva či vzdělávání. Schopnost člověka institucionalizovat své jednání je základem kultury, neboť institucionalizované jednání je náhradou pudového jednání. Institucionalizace potom probíhá ve všech činnostech, které mají delší časové trvání, tj. instituce se nikdy netýká jednoho jedinečného časového okamžiku.[\[25\]](#) Proces institucionalizace se završuje tím, že jsou vytvořené instituce předávány z jedné generace na druhou.

V oblasti institucionalizace je zřejmá provázanost mediace s právem – existuje praktická institucionalizace mediace pomocí práva. Mediace je metodou, u které se soudní moc shodla na jejím přínosu a postupně ji zařadila do soudního řízení v rámci již existujícího systému soudnictví. Jedná se o institucionalizaci následnou, tedy podřazení dílčí myšlenky pod již vzniklou sociální instituci.[\[26\]](#)

U mediace však není jen jeden způsob jejího provedení. Diferencuje se ve svém pojetí i přístupech. Její aplikace obsahuje dvě vzájemně se ovlivňující složky – technickou, která umožňuje rychlost a hospodárnost procesu, a lidskou, která podporuje obě strany ve vzájemném respektu, vcítění se a pochopení. Jak ukazují zahraniční zkušenosti, při institucionalizaci mediace je kladen důraz spíše na stránku technickou. Mediaci je svazována právními normami a je vytvářen tlak na co nejrychlejší uzavírání dohod.[\[27\]](#) Avšak institucionalizace mediace pouze za účelem urychlení soudního procesu neumožňuje plně využít potenciálu a předností mediace, její bohatosti a různorodosti.

Dalším rizikem institucionalizace mediace v rámci justičního systému je širší uplatňování expertních a evaluativních modelů mediace, kdy po vyslechnutí stran mediátoři doporučí postup a vedou strany k jeho přijetí. Postupem času se vytrácí snaha o komunikaci a vzájemnou pomoc mezi účastníky mediace. Tento trend může vést k přeměně mediace z *alternative dispute resolution* na *supplementary dispute resolution* (vedlejší či doplňkové řešení sporů). Tím by ale více směřovala ke standardnímu rozhodování soudů. Je nutné zdůraznit, že moc ovlivnit tento trend mají především sami mediátoři. Proto je třeba se zaměřit na sebevymežující a komunikativní model mediace a odolávat tlakům působícím na mediaci v opačném směru.[\[28\]](#)

2.1 Rozsah institucionalizace

Rozsah institucionalizace závisí na obecnosti struktur relevance. V zásadě se dá rozsah institucionalizace rozdělit na široký a úzký. Pokud bude většina struktur relevance sdílena všemi ve společnosti, bude rozsah institucionalizace široký. Toto je v dnešní době velkého rozsahu poznání nemožné v jakékoli oblasti.

Druhou možností rozsahu institucionalizace je rozsah úzký. Začal se rozvíjet od dob vzniku dělby práce. „Jedná se o segmentaci institucionálního řádu, při níž určité činnosti vykonávají pouze určité typy jedinců, a o sociální distribuci vědění vznikající v důsledku této segmentace, kdy je vědění spojené s určitými činnostmi vyhrazeno jistým typům.“[\[29\]](#) Tak také mediace se institucionalizuje v úzkém rozsahu, kdy

ji vykonávají kvalifikovaní a v případě zapsaných mediátorů také certifikovaní mediátoři. Jde o omezený okruh aktérů, který pravděpodobně nebude nikdy tak široký, jako je tomu např. u instituce příbuzenství nebo trhu.

2.2 Míra institucionalizace aneb Jak daleko jsme došli?

V rámci hodnocení míry institucionalizace mediace můžeme vyjít z dimenzí institucionalizace stanovených v politologii Samuelem Huntingtonem. Sledujeme především dimenze adaptability (adaptace na okolí), autonomie (nezávislosti), koherence (shody funkcí a cílů) a komplexnosti.[\[30\]](#)

Adaptabilita chápe institucionalizaci jako proces, který má své ukotvení v historickém kontextu. Instituce vzniká a existuje vždy v určitém čase a prostoru a je spojená s určitou kulturou. Pokud jsou struktury spíše rigidní, neschopné se v čase přizpůsobit změnám v jejich prostředí, znamená to, že nejsou v dostatečné míře schopny absorbovat na ně působící nové sociální síly. Čím jsou tedy organizace či procedury adaptabilnější, tím větší lze u nich očekávat i míru institucionalizace. Mediace v ČR lze považovat za adaptovanou. Má své ukotvení v historickém kontextu. Aplikace mediace je realizována s ohledem na specifické podmínky: a) společensko-politické (ze zemí s rozvinutou demokracií do postkomunistického prostředí); b) právní (z angloamerického práva založeného na precedentech do prostředí kontinentálního práva); c) kulturní (z kultury individualistické do pseudokolektivistické); d) ekonomické, personální, technické a další. Mediace je využívána ve stále větším počtu oblastí konfliktů (nově např. ve sporech o náhradu újmy, v insolvenci, v autorsko-právních věcech), její rozvoj např. v rodinných konfliktech je díky vstupu sociálních služeb dokonce velmi dynamický. Mediace se také diferencuje ve svém pojetí i přístupech. Reaguje tak na rozvoj poznání v kontextu vývoje věd o člověku. Vzdělávací instituce, které dosud školily „v mediaci“, nyní již zpřesňují mediační styl a vzdělávají ve facilitativní mediaci, transformativní či evaluativní mediaci. Nebude zřejmě trvat dlouho a objeví se výcviky v terapeutické či narativní mediaci. V současné době

lze pozorovat adaptaci mediace na právní podmínky jejího výkonu, kdy do roku 2012 byla vykonávána de facto volně, bez formálních požadavků a omezení. S účinností zákona o mediaci nastává nová situace, kdy je potřeba absorbovat nové požadavky, zejména právní a personální, a vyrovnat se s nimi. To má pochopitelně také svá rizika – např. abychom mediaci pod tlakem justice neformalizovali a neztráceli ze zřetele její základní hodnoty a principy. Ty bychom při jakékoliv adaptaci měli vždy chránit.

Autonomie je dána zdánlivou objektivností, resp. nezávislostí na jakémkoliv činiteli či partikulárním zájmu. Autonomie je vlastností již zformované instituce, tj. vysoká míra institucionalizace je doprovázena i vysokou mírou autonomie. Méně rozvinuté instituce budou velmi snadno podléhat vnějším vlivům, naopak silné instituce si budou uchovávat vlastní hodnoty a zájmy. Tak začlenění mediace do právního řádu ČR přispělo k její legitimizaci a autonomii. Mediace má své hodnoty a je efektivní a funkční metodou bez ohledu na zákonné ukotvení. Můžeme říci, že je na zákonech nezávislou. Avšak přijetím zákona o mediaci byla pozice mediace výrazně posílena. Stala se svébytnou, autonomní, na vnějších vlivech nezávislou a společenstvím uznávanou metodou.

Koherence se týká shody ohledně funkcí a cílů. Má zabránit vnějším rušivým vlivům či rozvinutí deviantních vzorců jednání. Čím více se v rámci struktury objevuje nejednotnost, tím je pravděpodobnější menší míra institucionalizace. Tento aspekt je dle našeho mínění nejslabším místem institucionalizace mediace u nás. Když se vši obtížností probíhal legislativní proces přijímání zákona o mediaci, byla mediátorská obec v té době rozdělená na „neprávníky“ a „právníky“, na skupiny organizací a institucí, které mediaci poskytují nebo v ní vzdělávají. Neexistovala shoda na poslání, funkcích a cílech mediace. Každý prosazoval své pojetí mediace a zákon měl být jeho odrazem. Napětí ve společenství bylo v té době velké.[\[31\]](#) Po přijetí zákona o mediaci se situace konsolidovala. Různé profese se v rámci aplikace zákona o mediaci učí spolupracovat, aniž by byla ohrožena hodnota jejich jednotlivých rolí. Přesto vnímáme institucionalizaci mediace jako přechodně koherentní. V souvislosti s uplatňováním zákona o mediaci se sice shodujeme na funkcích a cílech mediace, resp. akceptujeme zákonem definované, ale může to být shoda

jen přechodná, která by mohla být v souvislosti se systémovými změnami a novelou zákona narušená. Při diskusích některých problematických ustanovení se totiž znovu začínají objevovat koaliční tendence.

Komplexnost vypovídá o tom, jak moc je instituce komplikovaná. Rozsah instituce a k němu se pojící dělba práce tedy vypovídá i o stupni institucionalizace, kdy se komplexnost jeví být vhodným ukazatelem toho, zda aktéři budou směřovat ke sledování v instituci definovaných norem. Čím je instituce komplexnější, tím je institucionalizovanější. Vzhledem k rozsahu mediačních přístupů, forem a oblastí poskytování mediačních služeb a dělbě práce dle aplikačních oblastí se lze domnívat, že institut mediace v ČR směřuje ke komplexnosti. Systém výkonu mediace se stále utváří. Chybí silná profesní organizace (zapsaných) mediátorů, koordinace a metodické vedení. V rámci Ministerstva spravedlnosti nyní vznikla Pracovní skupina pro mediaci a lze mít naději v další pozitivní systémové kroky. Koherence a komplexnost se vzájemně ovlivňují. Oslabí-li se koherence (tj. naruší-li se shoda na funkcích a cílech mediace), dojde i ke změně systému výkonu mediace (tj. změni se organizace, normy a dělba práce).

Zkušenosti zemí, kde je mediace etablovaná, kde má svou historii a kde je hojněji využívána, ukazuje na to, že ve vývoji mediace nastávají dvě základní etapy. První etapa je spojena s vytvořením podmínek pro využívání mediace, zejména podmínek zákonných a kvalifikačních. Je jasné, že mediace se nemůže dále rozvíjet, pokud k tomu nebudeme mít kvalifikované mediátory. Druhá etapa rozvoje mediace je spojována s opatřeními podporujícími větší využívání mediace. Taktéž se ukazuje, že vládní podpora rozvoje mimosoudních postupů je velmi důležitá. Lze konstatovat, že první etapou jsme již prošli, nyní se nacházíme ve druhé etapě rozvoje mediace. Před jakými úkoly tedy mediace u nás stojí? Podle našeho mínění je potřebné vyjasnit způsoby a podmínky poskytování mediace, zpřehlednit právní prostředí pro využívání mediace, iniciovat vznik podpůrné instituce s funkcí koordinační, metodickou, konzultační a kontrolní, iniciovat vznik silného profesního sdružení mediátorů, vytvořit profesní a etické standardy (zapsaných) mediátorů, získat větší podporu a propagaci mediace ze strany státu a v neposlední řadě ochránit hodnoty a principy, na nichž mediace stojí. [\[32\]](#)

2.3 Institucionalizace: zachránce nebo sabotér mediace?

V závěrečné části příspěvku alespoň krátce zreflektujeme zahraniční zkušenosti s institucionalizací mediace. Podnětný v tomto smyslu je zejména článek Pressové a Riskina.^[33] Proces institucionalizace mediace započal na Floridě (obdobně i v jiných státech USA) přibližně v sedmdesátých letech 20. století, kdy vznikla „občanská centra řešení sporů“. Avšak na rozdíl od mediačních center v jiných státech unie byla tato silně podporována a sledována předsedou Nejvyššího soudu státu Florida. Jejich programy se zaměřovaly na řešení především rozvodových a sousedských sporů. V počátcích se však projeví problémy neinstitutionalizované mediace, zejména skutečnost, že počet reálných mediačních případů byl výrazně nižší, než se předpokládalo. Autoři se domnívají, že příčinou byla dobrovolnost mediace.

Ve druhé polovině osmdesátých let bylo uzákoněno, že soudci mají možnost v jakémkoliv civilním sporu nařídit mediaci či arbitráž. Tímto významným institucionálním krokem se mediace dostala do povědomí společnosti, současně je více regulována. V následujících letech množství zákonů regulujících mediace ještě narostl. Na soudce byl v té době vyvíjen tlak pro větší využívání mediace. Ti však žádali, že pokud mají klienty odkazovat na mediaci, musí mít záruky, že mediátoři jsou dostatečně kvalifikovaní a úroveň mediace je na dostatečné úrovni.

Vytvořením zákonných podmínek však povinnosti státu nekončí. Měl by výkon mediace regulovat i dále, aby se flexibilní proces mediace nestal rutinním. Jednou z takových regulací na Floridě bylo, že si účastníci řízení mohli vybrat certifikovaného i necertifikovaného mediátora. Stát se snažil podporovat i samotné mediátory systémem motivačních pobídek, současně regulovat jejich profesní výkon s cílem dosáhnout co nejvyšší kvality mediačních služeb. Dalším institucionálním krokem bylo přijetí pravidel pro certifikované mediátory, které obsahovaly standardy chování a pravidla disciplinárního řízení. Výzkumně však bylo prokázáno, že samotná pravidla nestačí. Mediátoři potřebují i koordinaci, vzdělávání, metodické vedení, dohled atd.

Jedním z důsledků přijetí pravidel pro certifikované moderátory je praxe uchovávání poznámek mediátora. Obecně platí, že poznámky mediátora

jsou důvěrné a nesmí být bez souhlasu stran poskytnuty další osobě. Vzdělavatelé budoucím mediátorům doporučovali, aby si poznámky neuchovávali. Jenže regulace standardy měla za následek právě opačný postup. Kvůli obavám ze stížností klientů si mediátoři své poznámky uchovávají, současně nechávají klienty podepsat prohlášení, že byli plně schopni účastnit se mediace a že si byli vědomi svých práv. Autoři vyjadřují obavu, zda takové postupy neomezí mediátorovu kreativitu či dokonce nepovedou k odmítání mediačních případů. Obdobné důsledky měla regulace vzdělávání mediátorů, kde zpočátku byl požadován jen předmět vzdělávání, kvalifikace lektora a poměr studentů na lektora. S problémy mediátorů v praxi došlo ke zpřesnění vzdělávacích standardů.

Závěr

Analýza stávajícího regulatorního rámce spolu s nalezením možných cest, jak posílit Směrnicí Evropského parlamentu a Rady [č. 2008/52/ES](#), o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech, se staly předmětem studie, která je ve vztahu k institucionalizaci mediace v ČR velmi aktuální.[\[34\]](#) *V ní se objevují návrhy legislativního charakteru, mezi něž patří např. zavedení „odlehčené“ formy povinné mediace pro určité typy případů, povinnost advokátů informovat strany o možnosti účastnit se mediace, povinnost mediace pro „silnější“ strany ve sporu (například banky či pojišťovny), hodnocení produktivity soudců s ohledem na nařízený počet mediací či stanovení pro členské státy minimálního ročního počtu případů, kde byla využita mediace.*

V kategorii nelegislativních návrhů je zdůrazňována zejména potřeba propagace mediace. Je navrhováno zřizování mediačních vzdělávacích programů na vysokých školách, vývoj a zavádění pilotních projektů v oblasti podpory občanské a obchodní mediace, jmenování národních mediačních ambasadorů coby veřejných činitelů podporujících užití mediace, vytvoření jednotné evropské certifikace mediátorů a další.

V oblasti medializace mediace, která nesporně souvisí s uznáním a institucionalizací mediace, se ukazuje jako potřebná podpora a propagace ze strany státu. To již sice bylo zmíněno v [čl. 9 Směrnice](#) Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES, kde bylo přímo přikázáno,

aby členské státy podporovaly informační kampaň pro širokou veřejnost, ale dodnes je zřejmé, že v plnění tohoto závazku má ČR značné mezery. Dosavadní propagace mediace na úrovni nestátních organizací či jednotlivců není a ani nemůže být tolik efektivní jako celostátní plošná propagace.[\[35\]](#)

To všechno jsou úkoly, které před mediací v ČR stojí. Institucionalizace mediace je reálně probíhající proces. Je však nutné ho citlivě regulovat. Základními měřítky této regulace jsou hodnoty a principy mediace. Pokud bude jediným cílem mediace rychlejší a levnější řešení sporu, může se mediace sama dostat do „slepé uličky“. A to pro ni není neznámý pojem. Zde by bylo nebezpečí ztráty jejích vlastních hodnot a krácení účastníků v možnostech přístupu ke spravedlnosti.[\[36\]](#)

Použitá literatura

Tištěné zdroje:

1. BANKS, Sarah. *Ethics, accountability, and the social professions*. New York: Palgrave Macmillan, 2004. ISBN 0333751663.
2. BERGER, Peter a Thomas LUCKMANN. *Sociální konstrukce reality: Pojednání o sociologii vědění*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 1999. ISBN 80-85959-46-1.
3. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 4 upravené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007. 343 s. ISBN 978-80-7380-023-9.
4. HARALAMBIE, Ann M. Mediation and Negotiation. *Family Advocate*, 1990, Vol. 8, pp. 52-58. ISSN 0163-710X.
5. HODGSON, Geoffrey M. What are Institutions. *Journal of Economic Issues*. 2006. Vol. 1, s. 6. DOI: 0.1080/00213624.2006.11506879. ISSN 00213624.
6. HOLÁ, Lenka. Role univerzity jako vzdělavatele v mediaci. *Bulletin advokacie*, 2013, č. 6, s. 45-47. ISSN 1210-6348.
7. HOLÁ, Lenka a Michal MALACKA. Mediace v České republice v kontextu závěrů Kulatých stolů k mediaci na Právnické fakultě Univerzity Palackého v Olomouci. In. MALACKA, Michal a kol. *Mediace dnes – realita a perspektivy*. Praha: Leges, 2016. 399 s. ISBN 978-80-7502-170-0.
8. HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968. ISBN 0-300-01171-7.
9. PALENSKI, Joe and Harold LAUNEHUR (eds.). *Mediation: Contexts and challenges*. Springfield: Charles C. Thomas, 1986. ISBN 9780398052386.
10. PETRUSEK, Miroslav. Třetí kultura, lidská přirozenost a důsledky „sametové revoluce“. In: PRUDKÝ, Libor (ed.), *Tehdy a teď. Česká společnost po 20 letech*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2010. ISBN 978-80-7380-279-0. s. 26–36.

11. PRUDÍKOVÁ, Dana a František KORBEL. Role Ministerstva spravedlnosti při přípravě zákona o mediaci. *Bulletin advokacie*, 2013, č. 6, s. 15 – 17. ISSN 1210-6348.
12. STANISLAV, Antonín a Dorota STEINBERGEROVÁ. Nová právní úprava mediace na území České republiky v kontextu úpravy mediace ve Spolkové republice Německo a Rakouské republice. In. HOLÁ, Lenka a kol. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Praha: Grada, 2013. 512 s. Psyché. ISBN 978-80-247-4109-3. s. 189 – 206.
13. ŠUBRT, Jiří a Jan BALON. *Soudobá sociologická teorie*. Praha: Grada, 2010. 232 s. Sociologie. ISBN 978-80-247-2457-7.
14. VETEŠKA, Jaroslav a Michaela TURECKIOVÁ. *Kompetence ve vzdělávání*. Praha: Grada, 2008. 159 s. ISBN 978-80-247-1770-8.

Elektronické zdroje:

1. CASALS, Miguel Martin. Divorce mediation in Europe. *Electronic Journal of Comparative Law* [online]. 2005, vol. 9. [cit. 2017-11-27]. ISSN 1387-3091. Dostupné z <http://www.ejcl.org/92/art92-2.html>
2. *Kampania mediacyjna 2011-2012*. [online] [cit. 2017-11-2017]. Dostupné z: <http://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/kampania-mediacyjna-2011-2012>.
3. PRESS, Sharon and Leonard RISKIN. What Happens When Mediation is Institutionalized? To the Parties, Practitioners, and Host Institutions. *Ohio State Journal on Dispute Resolution* [online]. 1994, Vol. 9:2, p.309. [cit. 2017-10.11]. ISSN 1046-4344. Dostupné z: https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/79875/1/OSJDR_V9N2_307.pdf
4. PRESS, Sharon. Institutionalization: Savior or Saboteur of Mediation? *Florida State University Law Review* [online]. 1997, Vol. 24, Issue 4, pp. 903-917. [cit. 2017-09-30]. ISSN 0096-3070. Dostupné z: <http://ir.law.fsu.edu/lr/vol24/iss4/3>
5. Realizované projekty. Asociace mediátorů České republiky [online]. [cit. 2016-06-30]. Dostupné na: <http://www.amcr.cz/realizovane-projekty>
6. *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of Mediations in EU* – Directorate General pro Internal Policies – Policy Dpt.C – Citizen's Rights and Constitutional Affairs [online]. January 2014 [cit. 2017-10-20]. Dostupné z: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET%282014%29493042_EN.pdf

Legislativní zdroje:

1. Důvodová zpráva k zákonu o mediaci. In: Beck-online [právní informační systém]. C. H. Beck [cit. 2018-01-20]. s. 12–14.
2. Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech
3. Vyhláška č. 277/2012 Sb., o zkouškách a odměně mediátora
4. Zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů
5. Zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí

Kontakt

Doc. PhDr. Lenka Holá, Ph.D.

lenka.hola@upol.cz

Doc. PhDr. Martina Urbanová, Ph.D.

Martina.Urbanova@law.muni.cz

- [1] Příspěvek vznikl v rámci řešení výzkumného grantu „Podmínky výkonu mediace v České republice dle zákona o mediaci“, GAČR č. 18-01417S.
- [2] PRESS, Sharon. Institutionalization: Savior or Saboteur of Mediation? *Florida State University Law Review* [online]. 1997. vol. 24, str. 903. [cit. 12. 9. 2017]. ISSN 0096-3070. Dostupné z: <http://ir.law.fsu.edu/lr/vol24/iss4/3>
- [3] HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968. ISBN 0-300-01171-7.
- [4] HODGSON, Geoffrey M. What are Institutions. *Journal of Economic Issues*. 2006. Vol. 1, s. 6. DOI: 0.1080/00213624.2006.11506879. ISSN 00213624. s. 1.
- [5] Hodgson, 2006, s. 1.
- [6] Hodgson, 2006, s. 6.
- [7] BERGER, Peter a Thomas LUCKMANN. *Sociální konstrukce reality: Pojednání o sociologii vědění*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 1999. ISBN 80-85959-46-1. s. 58.
- [8] Berger, Luckmann, 1999, s. 59.
- [9] Provedenou zákonem č. 295/2008 Sb.
- [10] Zde např. § 273, odst. 2 OSŘ umožňoval soudci, pokud to bylo účelné, uložit (nejdéle na tři měsíce) účast na mediačním jednání. Obdobně i v § 12, odstavec 1 zákona o sociálně-právní ochraně dětí, podle kterého mohl ve stanovených případech týkajících se výchovy dítěte orgán sociálněprávní ochrany dětí uložit rodičům povinnost využít pomoc odborného poradenského (např. i mediačního) zařízení. V obou případech šlo o uložení povinné mediace, ve které není prostor pro svobodné rozhodování klientů a jejich práva na sebeurčení.
- [11] GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 4 upravené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007. 343 s. ISBN 978-80-7380-023-9. s. 288.
- [12] VETEŠKA, Jaroslav a Michaela TURECKIOVÁ. *Kompetence ve vzdělávání*. Praha: Grada, 2008. 159 s. ISBN 978-80-247-1770-8.
- [13] PALENSKI, Joe and Harold LAUNER (eds.). *Mediation: Contexts and challenges*. Springfield: Charles C. Thomas, 1986. ISBN 9780398052386.
- [14] CASALS, Miguel Martin. Divorce mediation in Europe. *Electronic Journal of Komparative Law /on-line/*. 2005, vol. 9 /cit. 25. 11. 2017/. ISSN 1387-3091. Dostupné na www.ejcl.org/92/art92-2.html
- [15] HARALAMBIE, Ann M. Mediation and Negotiation. *Family Advocate*, 1990, Vol. 8, pp. 52–58. ISSN 0163-710X. p. 52.

- [16] Více In. HOLÁ, Lenka. Role univerzity jako vzdělavatele v mediaci. *Bulletin advokacie*, 2013, č. 6, s. 45–47. ISSN 1210-6348.
- [17] BANKS, Sarah. *Ethics, accountability, and the social professions*. New York: Palgrave Macmillan, 2004. ISBN 0333751663.
- [18] Výstupy z projektu jsou dostupné na Realizované projekty. Asociace mediátorů České republiky [online]. [cit. 30. 6. 2016]. Dostupné na: <http://www.amcr.cz/realizovane-projekty>.
- [19] Důvodová zpráva k zákonu o mediaci. In: Beck-online [právní informační systém]. C.H. Beck [cit. 20. 01. 2018]. s. 12-14.
- [20] Berger, Luckmann, 1999, s. 58.
- [21] O historických limitech využívání smírných postupů k řešení konfliktů blíže pojednává např. PETRUSEK, Miroslav. Třetí kultura, lidská přirozenost a důsledky „sametové revoluce“. In: PRUDKÝ, Libor (ed.), *Těhdy a teď. Česká společnost po 20 letech*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 2010. ISBN 978-80-7380-279-0. s. 26–36.
- [22] Berger, Luckmann, 1999, s. 68.
- [23] Berger, Luckmann, 1999, s. 93–105.
- [24] ŠUBRT, Jiří a Jan BALON. *Soudobá sociologická teorie*. Praha: Grada, 2010. 232 s. Sociologie. ISBN 978-80-247-2457-7. s. 87.
- [25] Berger, Luckmann, 1999. s. 58.
- [26] PRESS, Sharon and Leonard RISKIN. What Happens When Mediation is Institutionalized? To the Parties, Practitioners, and Host Institutions. *Ohio State Journal on Dispute Resolution* [online]. 1994. vol. 9:2, str. 309. [cit. 12. 9. 2017]. ISSN 1046-4344. Dostupné z: https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/79875/1/OSJDR_V9N2_307.pdf
- [27] Press, Riskin, 1994, s. 309.
- [28] Press, Riskin, 1994, s. 310–311.
- [29] Berger, Luckmann, 1999, s. 84.
- [30] Huntington, 1968, s. 18 an.
- [31] Pro bližší informace o průběhu legislativního procesu odkazujeme na publikace STANISLAV, Antonín a Dorota STEINBERGEROVÁ. Nová právní úprava mediace na území České republiky v kontextu úpravy mediace ve Spolkové republice Německo a Rakouské republice. In. HOLÁ, Lenka a kol. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Praha: Grada, 2013. 512 s. Psyché. ISBN 978-80-247-4109-3. s. 189–206 či PRUDÍKOVÁ, Dana a František KORBEL. Role Ministerstva spravedlnosti při přípravě zákona o mediaci. *Bulletin advokacie*, 2013, č. 6, s. 15–17. ISSN 1210-6348.
- [32] Nejvýznamnějšími problémy aktuálního stavu mediace v ČR se blíže zabývají HOLÁ, Lenka a Michal MALACKA. Mediace v České republice v kontextu závěrů Kulatých stolů k mediaci na Právnické fakultě Univerzity Palackého v Olomouci. In. MALACKA, Michal a kol. *Mediace dnes – realita a perspektivy*. Praha: Leges, 2016. 399 s. ISBN 978-80-7502-170-0.
- [33] Press, Riskin, 1994, s. 307.
- [34] *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposic measures to increase the number of Mediations in EU* – Directorate General pro Internal Policies – Policy Dpt.C – Citizen's Rights and Constitutional Affairs [online]. January 2014 [cit. 27. 12. 2017]. Dostupné z: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET%282014%29493042_EN.pdf
- [35] Pro tu může být inspirativní kampaň provedená v souvislosti s uplatňováním zákona o mediaci a k podpoře mediace v letech 2011–2012 polským ministerstvem spravedlnosti.

Kampania mediacyjna 2011-2012. [online] [cit. 27. 12. 2017]. Dostupné z:
<http://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/kampania-mediacyjna-2011-2012>.
[36] Více Press, Riskin, 1994, s. 311–312.

Sociálno-psychologické charakteristiky prístupu mediátora vo vzťahu k výsledku mediácie[1]

Social and psychological characteristics of mediator 's approach towards the mediation result

Jana Pružinská

Univerzita Komenského v Bratislave, Pedagogická fakulta, Šoltésovej 4, Bratislava

Abstrakt: V príspevku sa rozoberá prístup mediátora k procesu mediácie a jeho vplyv na výsledok mediácie. Autorka pristupuje k mediácii ako k sociálnej interakcii medzi mediátorom a sporovými stranami a sporovými stranami medzi sebou. Na príklade mediovaného konfliktu medzi skupinou pracovníkov a zamestnávateľom analyzuje vybrané faktory, ktoré významne ovplyvnili priebeh a výsledok mediácie.

Kľúčová slova: kontext mediácie, prístup mediátora, skupinová dynamika.

Abstract. The article deals with mediator's approach to mediation process from the point of view of the result of mediation. Mediation is seen as the process of social interactions among mediator and parties and between the parties themselves. Selected factors are analyzed on the mediation case where group of employees and employer are involved. These factors influenced mediation process and result reached in mediation.

Keywords: Mediation Context, Mediator's Approach, Group Dynamics.

1 Výskumný záujem o mediáciu

Rozvoj mediácie prináša so sebou celý rad otázok a úvah o riešení konfliktov touto formou. Ich zodpovedaním môžeme hlbšie a dôkladnejšie porozumieť rôznym vplyvom uplatňujúcim sa v rámci celého mediačného procesu. Následne môžeme zámerne s nimi narábať tak, aby sa zvyšovala pravdepodobnosť vyriešenia konfliktu. Existujúce modely mediácie predstavujú proces, v ktorom sú zreflektované zákonitosti vzniku a rozvoja interpersonálneho konfliktu, zvýraznené v postupnosti

niekoľkých fáz mediačného procesu. Modely predstavujú tzv. technickú stránku zvládnutia mediácie. Pri riešení konfliktu je potrebné zohľadňovať aj **d ďalšie** faktory, ktoré pôsobia v priebehu mediovania a pracovať s nimi. Znamená to prispôbiť model (štýl) mediátora potrebám klientov.

Výskumy zamerané na skúmanie procesu mediácie a jeho vplyvu na výsledok mediácie (Ballard, Holtzworth- Munroe, Applegate, D'Onofrio, 2011) sú pre mediátora veľmi užitočné. Výskumný záujem sa rozvíja aj okolo rôznych faktorov ako napríklad vplyv pohlavia na spokojnosť s výsledkom mediácie (Kelly, Duryee, 1992; Kitzmann, Emery, 1993), rozhodovanie o riešení konfliktu mediáciou na základe rozpoznaných vlastností druhej strany v konflikte (Morris, Leung, Iyengar, 2004). Skúmalo sa aj vnímanie osobnosti mediátorov klientmi a ich očakávania (Boge a Singletary, 2011) od mediátorov. Výskum štýlu mediátora (Bickerman, 2009) a rôznych modelov mediácie (Touval, 1985) priniesol užitočné zistenia o potrebe prispôbovať mediačný process potrebám klientov. V dôsledku takýchto poznatkov sa začalo upúšťať od „čistoty“ modelu v mediácii a vhodnosti jednotlivých modelov pre riešenie istých druhov konfliktov. Prevláda záujem o prístup mediátora, ktorý je utváraný celým radom sociálnych a psychologických faktorov spolupodieľajúcich sa priebehu mediácie a jej výsledku.

Na základe výskumu praxe rodinnej mediácie (Cloke, 2008) ako aj mediovania konfliktov na pracovisku (Crawley, Graham, 2007) sa ukazuje vhodný *nedirektívny*, v ktorom mediátor prejavuje emocionálnu účasť a pozitívny záujem o ľudí, ktorí sa ocitli v konflikte. Lewis a Umbreit (2015) vychádzajúc z Rogersovho na človeka zameraného prístupu (Pružinská, 2013) paralelne s transformatívnym modelom mediácie rozvíjajú humanistický prístup v mediácii. V tomto prístupe sa odkláňa od práce s *mediačnými technikami* a zamerania na vyriešenie problému. Pozornosť je venovaná kvalite procesu, ktorý ovplyvňuje prežívanie klientov. Skúsenosti z takéhoto mediačného procesu ovplyvňujú ich ďalšie rozhodovanie o riešení konfliktu.

2 Prístup mediátora pri riešení konfliktu dvoch zoskupení

Prístup mediátora zohľadňuje povahu konfliktu na pracovisku, v ktorom sa ocitla skupina zamestnancov a nový vedúci. Návrh na mediovanie konfliktu prichádza od zamestnávateľa, ktorý oslovil mediátora.

2.1 Kontextuálny prístup

O jednotlivých psychologických a sociálnych faktoroch prístupu mediátora je vhodnejšie uvažovať v kontexte mediácie. Tento je utváraný účastníkmi mediácie – sporovými stranami a ich charakteristikami, mediátorom a jeho charakteristikami a okolnosťami za ktorých sa stretávajú, povahou konfliktu. V analyzovanom prípade mediácie je kontext daný konfliktom na pracovisku medzi piatimi pracovníkmi a novým vedúcim s jeho pomocníkom. Konflikt sa objavil hneď po príchode nového vedúceho. Začala sa organizovať skupina pracovníkov, ktorí nesúhlasili so zmenami iniciovanými novým vedúcim. Zmeny vnímali ako podceňovanie ich pracovných schopností, odbornosti a skúsenosti. Namietali aj voči spôsobu komunikácie a metódam riadenia. Nový vedúci sa snažil zorientovať na novom pôsobisku prostredníctvom informácií, ktoré získaval od ďalšieho pracovníka, ktorý nemal dobré vzťahy so skupinou nespokojných pracovníkov. Celý problém vyústil do písomnej výzvy zamestnávateľovi k náprave chýb, ktorých sa nový vedúci dopustil. Pod túto výzvu sa podpísali všetci piati pracovníci. Uviedli tiež, že ak nebudú vypočutí, budú vzniknutú situáciu riešiť zákonnou cestou.

2.2 Príprava mediácie

Stretnutie s iniciátorom. Vzhľadom k počtu osôb zainteresovaných do konfliktu bolo nutné dohodnúť sa na postupe a spôsobe zorganizovania mediácie. Mediátor sa stretáva so zástupcami zamestnávateľa, aby zistil, kto ho bude zastupovať na mediácii. Výber zástupcu zamestnávateľa sa riadil jedným kritériom, ktorým bolo akceptovanie tohto zástupcu všetkými piatimi pracovníkmi. K jeho akceptácii pomohli tri skutočnosti. Bol relatívne novým zamestnancom, nikdy neprišiel do priameho kontaktu s nikým z danej skupiny pracovníkov a bol sociálne zručný. S mediátorom sa tiež nikdy nestretol.

Pretože sa jednalo o skupinu pracovníkov, mediátor navrhol, aby sa uskutočnila individuálna mediácia s každým z nich. Na stretnutí so zástupcami zamestnávateľa mediátor dostáva základné a sprostredkované informácie o konflikte. Nestretol sa s novým vedúcim, sťažnosť bola smerovaná priamo k zamestnávateľovi.

Stretnutie s respondentami. Mediátor navrhol predmediačné stretnutie aj s jednotlivými pracovníkmi. Prostredníctvom pracovníka z oddelenia ľudských zdrojov, ktorý bol akceptovateľný pre skupinu pracovníkov, si dohodol stretnutie s každým z nich. Vzhľadom k tomu, že v konflikte vystupovali ako skupina, zvažoval význam poradia stretnutí s každým z nich. Skupina mala svojho vodcu a experta. Nakoniec o poradí rozhodol čas, ktorý mali jednotliví pracovníci k dispozícii.

Predmediačné stretnutie mediátora s pracovníkmi bolo dôležité z hľadiska vyrovnávania nerovnováhy moci medzi zamestnávateľom a zamestnancami (Green, 2005). Zamestnanci majú byť zapojení do prípravy skôr ako začne samotná mediácia. Potrebujú mať istotu v tom, že výber mediátora bol voči nim férový a v prípade nesúhlasu si môžu vybrať iného. Dôvodom je fakt, že zamestnávateľ môže častejšie riešiť spory so zamestnancami prostredníctvom mediácie ako zamestnanec a mohol by mať výhodu v tom, že mediátor pozná jeho záujmy, ktoré by mohol chcieť dosiahnuť aj v konfliktoch s inými zamestnancami. Z pohľadu zamestnanca je to citlivý bod a je potrebné venovať mu pozornosť.

Individuálne predmediačné stretnutia. Vzhľadom k tomu, že sa jednalo o zamestnanecký konflikt, bolo potrebné stretnutie mediátora a jednotlivými aktérmi. Stretnutia boli zorganizované do krátkého časového úseku. Dôvodom bola očakávaná vysoká dynamika v skupine pracovníkov. Okamžite si vymieňali medzi sebou informácie o priebehu stretnutia a o mediátorovi. Výsledkom mal byť súhlas s mediáciou a s osobou mediátora. Prekvapilo ich, že nebudú na mediácii ako skupina, ale každý samostatne. S mediátorom súhlasili všetci a nikto z nich neodmietol ani individuálnu mediáciu.

Testovanie mediátora. Dôvera v mediátora sa ukázala ako kritický moment v celom procese. Zamestnávateľ vybral mediátora. Niektorí sa snažili ovplyvniť mediátora, aby sa uskutočnila skupinová mediácia, iní zase potrebovali porozumieť prečo sa nestretnú s novým vedúcim Pre

pracovníkov bolo dôležité vedieť, či mal mediátor kontakt so zamestnávateľom v minulosti.

Mediátor odpovedal na všetky otázky úprimne a pravdivo. Člen skupiny s najväčším vplyvom na ostatných členov sa zaujímal o osobu mediátora viacej a zistil, že pred 20 rokmi bol jeden člen vedenia jeho žiakom. Mediátor sa odvtedy nikdy nestretol s týmto bývalým žiakom, ale priznal túto súvislosť, čo sa ukázalo ako vhodné, pretože nakoniec všetci súhlasili, aby mediáciu viedol on.

Mediátor potrebuje vzbudiť a udržať si dôveru sporových strán. Pomáha mu v tom viacero prvkov. Sú to prejavy zrelosti osobnosti, úprimný záujem o každý prípad, schopnosť vcítiť sa do situácie sporových strán (Brandon, Stodulka, 2008). K dôveryhodnosti mediátora prispieva tiež dobrá reputácia o jeho čestnosti (Kydd, 2006), ktorá mu pomáha v istých chvíľach prekonať zaujatosť alebo slabší záujem o problém.

2.3 Mediačné stretnutia

Celkovo sa uskutočnili štyri mediácie. S dvomi pracovníkmi sa mediátor stretol dvakrát a s dvomi stačilo jedno stretnutie, aby sa dosiahla dohoda. Jeden pracovník sa opakovane ospravedlňoval a na mediáciu sa nedostavil. Svoju úlohu v tom zohralo poradie mediácií a ich výsledok.

Poradie mediácií

Poradie, v akom sa mediátor stretával s jednotlivými pracovníkmi na mediácii, bolo taktikou danej skupiny pracovníkov. Malo otestovať „vernosť“ ku skupine. Každý čakal na výsledok prvého stretnutia. Trvalo najdlhšie zo všetkých a bolo aj najnáročnejšie. Istou odchýlkou od „štandardného“ priebehu mediácie bola písomná komunikácia medzi pracovníkom a zástupcom zamestnávateľa a následné opustenie miestnosti mediátorom (na krátky čas) po súhlase obidvoch strán. Bolo to v situácii vyjednávania, kedy pracovník riskoval stratu tváre pred mediátorom pri predkladaní návrhov. Výsledkom prvej mediácie bola dohoda.

Dohoda bola signálom pre ďalších pracovníkov. Dôsledkom bolo vyostrenie pozícií tých, ktorí prichádzali ako ďalší v poradí. Na dvoch stretnutiach sa dohodlo opakované stretnutie. Na štvrtom sa podarilo

dosiahnuť dohodu. Mediátor sa stretáva s pracovníkom druhýkrát a vznikla dohoda. Druhú stretnutie s vodcom skupiny je dlhé, začína hovoriť aj o svojich spolupracovníkoch, zdá sa, že ho sklamali tým, že sa dohodli. Napriek úsiliu mediátora nepristúpil na dohodu a rozhodol sa riešiť konflikt inou cestou. Rezervou v celom konflikte zostal pracovník, ktorý na mediáciu neprišiel a tým prejavil záujem riešiť situáciu inou cestou.

Neutralita mediátora v pracovnom spore

Tento princíp sa v danej mediácii ukázal ako dôležitý, ale pre každého účastníka iným spôsobom. Mediátor citlivo rozpoznával prejavy obavy alebo nesúhlasu a zaujímal sa o ne. Ak by sa snažil byť dôsledne neutrálnym, pravdepodobne by nepristúpil na dohodu nikto zo zúčastnených strán. Isté vysvetlenie individualizovanej neutrality je možné nájsť v jej konštruovaní každým účastníkom konfliktu. Viacerí autori poukazujú nielen na nejednotnosť chápania tohto pojmu (Hung, 2002; Astor, 2007; Douglas, 2008; Chalkey, Green, 2016; Benjamin, 2016; Izumi, 2010; Pružinská, 2017), ale aj spochybňujú jeho potrebu. Napríklad Kydd (2003) tvrdí, že sa upúšťa od takej neutrality mediátora, ktorá nie je atribútom úspešného mediátora. Tvrdí, že je akceptovateľná, či dokonca potrebná istá miera zaujatosti v istých rolách, v ktorých sa mediátor ocitá. Ide napríklad o rolu poskytovateľa informácií druhej strane. O tejto role mnohí výskumníci tvrdia, že patrí skôr „neutrálnym“ slabým mediátorom než silným a tým aj potenciálne zaujatým mediátorom.

Britskí autori Chalkey a Green (2016) na základe polarizovania názorov mediátorov na oprávnenosť intervencií mediátora, sa podujali preskúmať primeranosť roly mediátorov a vhodnosť ich prístupu a zistiť, či je vhodné, aby neutralita mediátora a autonómia sporových strán prevládala nad povinnosťou či záväzkom mediátora byť neutrálnym tam, kde by neintervenovanie mediátora (urobiť niečo, prejsť názor, podeliť sa o skúsenosť mediátora) vyústilo do nespravodlivej dohody. Dospeli k zisteniu, že pojem neutrality nie je rovnako chápaný medzi mediátormi, nemá jednotný význam a preto nemôže byť dôsledne či rovnako aplikovaný. Dokonca tvrdia, že požiadavka na neutralitu podnecuje mediátorov k skrytým manipulatívnym taktikám ovplyvňovania účastníkov mediácie, čím ohrozujú ich autonómiu. Práve naopak,

rešpektovanie autonómie sporových, slobodného rozhodovania, si vyžaduje, aby mediátor intervenoval. Cieľom jeho intervencií by malo byť udržiavať rovnakú informovanosť strán o práve a vyvažovanie moci. Autori sa domnievajú, že neutralita mediátora by mala nadobúdať význam v konkrétnom kontexte mediácie. Bola by transparentnejšia a sporové strany by mali mať možnosť vybrať si mediátora.

2.4 Skupinová dynamika

Pozície v skupine. Pri práci so skupinovým konfliktom je potrebné, aby mediátor identifikoval pozície jednotlivých členov skupiny. Nemal by počítať s tým, že jednota názoru skupiny je silná, pretože každý člen má v skupine inú pozíciu. Pozícia určuje cieľ, ktorý jej zástanca chce dosiahnuť. Klienti aj sami podvedome počítajú s tým, že mediátor sa bude zaujímať o pozície jednotlivých členov (Boge, Singletary, 2011). Vidia v nich odporúčanú cestu na vyriešenie konfliktu. Mediátor analyzuje a vyhodnocuje pozície v skupine vo vzťahu ku konfliktu s druhou stranou. Preto je vhodné, ak mediátor dokáže prispôbiť mediačný proces identifikovaným potrebám sporových strán, ak sa ukáže, že je to možné.

Ciele. Ďalším prvkom skupinovej dynamiky, ktorému mediátor venuje pozornosť, sú ciele. Vzhľadom k pozíciám vo vnútri skupín je možné počítať s tým, že individuálne ciele členov skupiny sa budú odlišovať od skupinového cieľa, ktorý sa mohol formovať pod vplyvom prebiehajúcich procesov v skupine, označovaných súhrnne ako skupinová dynamika. Rozloženie síl v skupine ovplyvňuje tvorbu spoločného cieľa.

Práca s dynamikou skupiny pri skupinovom konflikte upozorňuje na nadradenosť pozičných cieľov nad záujmami členov skupiny. Vplyv vodcu skupiny môže dostať do úzadia individuálne ciele členov skupiny. Sila jeho vplyvu na skupinu je daná v našom prípade jeho pozíciou bývalého vedúceho pracovnej skupiny. Výhra by znamenala dosiahnutie cieľov presadzovaných vodcom a odsúhlasených (nie uvedomovaných) cieľov jednotlivých členov skupiny.

Mediátor pomáha identifikovať skutočné záujmy účastníkov konfliktu. Počíta s tým, že ciele sa budú meniť tak, ako sa bude prechádzať vo vyjednávaní z úrovne pozícií na úroveň záujmov a potrieb. Statické,

pozičné ciele sa budú meniť na dynamické, vyjednané dohodou (Pružinská, 2011).

Kohézia skupiny. Vysoký stupeň kohézie skupiny posilnený spoločným opozičníkom vedie k tomu, že na scénu sa dostáva scenár prianí. Znamená to, že dosiahneme to, čo si prajeme ako skupina, napr. prepustenie nového vedúceho, obnova pôvodného stavu, pomsta, satisfakcia. Nemusí to ale byť tým, čo potrebujem. Napríklad udržať si sebaúctu, mať prácu, mať príjem, riešiť konflikt pred verejnosťou. Vysoká súdržnosť skupiny môže byť prekážkou dosiahnutia pravých cieľov jednotlivých členov. Mediátor vytvára účastníkom **priestor** na seba porozumenie v zmysle rozpoznania skutočných záujmov a potrieb, ktoré sú konfliktom ohrozené. Je dôležité, aby ich procesom zmeny prianí na potreby a záujmy prevádzal tak, aby nemuseli riskovať stratu tváre. Toto vytvára priestor na dohodu.

Záver

Na rozdiel od individuálnej mediácie, pri ktorej sa mediátor nepotrebuje vopred oboznamovať s povahou konfliktu a získavať informácie o ňom, je pri mediovaní skupinového konfliktu potrebné vopred sa dobre pripraviť. Príprava môže trvať dokonca dlhšie ako samotná mediácia. V príprave sa zameriava na dynamiku skupiny, porozumieť jej a využiť ju pre dosiahnutie cieľa mediácie. Mediátor pracuje s vyvažovaním moci medzi účastníkmi konfliktu aj vo fáze prípravy na mediáciu. Obzvlášť pri pracovných konfliktoch je to dôležité z dôvodu, že zamestnanci sa vnímajú ako slabší partneri. Mediátor musí dôsledne pracovať na udržiavaní svojej dôveryhodnosti, neustále ju prejavovať spôsobom, ako pristupuje k jednej aj druhej strane. Mal by vedieť porozumieť, čo znamená rovnako pomáhať jednej aj druhej strane, a byť schopný im to poskytnúť. Je prospešné, ak je flexibilný a dokáže prispôbiť svoj prístup individuálnym potrebám účastníkov mediácie a meniacej sa situácii.

Použitá literatúra

1. ASTOR, Hilary. Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice. In: Social & Legal Studies. [online]. 2007, 16 (2), s. 221 – 239. [cit. 2017-02-03]. ISSN: 09646639 Dostupné na: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0964663907076531>

2. BALLARD, Robin, H., HOLTZWORTH-MUNROE, Amy, APPELATE, Amy, G., D'ONOFRIO, Brian. Factors affecting the outcome of divorce and Paternity mediations. [online]. FAMILY COURT REVIEW, 2011, 49 (1)s . 16–33.
3. BENJAMIN, Robert. The Risks Of Neutrality – Reconsidering The Term And Concept. [online]. Cit. [2017-02-26]. Dostupné na: [http:// www.mediate.com](http://www.mediate.com)
4. BICKERMAN, John. Giving mediation clients what they want. [online]. *National Law Journal*. 2009, New York 32.11 (Nov 16, 2009): 14-15. [cit. 2017-09-03]. Dostupné na: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1744-1617.2010.../pdf>
5. BOGE, Samantha, SINGLETARY, Cary. What Attorneys and Their Clients Want Most from Mediators. *Dispute Resolution Journal*, 2011, 66/1, s. 44-48
6. BRANDON, M. STODULKA, T. A Comparative Analysis of The Practice Of Mediation and Conciliation in Family Dispute Resolution in Australia: How Practitioners Practice Across Both Processes. [online]. *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*. 2008, 8 (1), s . 194 – 212. [cit. 2015-12-03]. Dostupné na: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/QUtLawJJI/2008/10.pdf>.
7. CHALKEY, Katherine, GREEN, Martin. „In the context of mediation, is safeguarding mediator neutrality and party autonomy more important than ensuring a fair settlement?“. [online]. *International Journal of Law in the Built Environment*, 2016. 8 (2), 161-175, [cit. 2017-10-08]. Dostupné na: <https://doi.org/10.1108/IJLBE-10-2015-0016>
8. CLOKE, Kenneth. Building Bridges Between Psychology And Conflict Resolution – Implications For Mediator Learning. [online]. 2008. [cit. 1. novembra 2015]. Dostupné na: <http://www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=4357>
9. CRAWLEY, John, GRAHAM, Katherine. *Mediation for Managers. Resolving Conflicts and Rebuilding Relationships at Work*. London: Nicholas Brealey Publ. 2007. ISBN 978-1-85788-315-2.
10. DOUGLAS, Susan. Neutrality In Mediation: A Study Of Mediator Perceptions. [online]. In: *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*. 2008, 8 (1), s.139–157. [cit. 2017-01-05]. Dostupné na: [http:// www.austlii.edu.au > Databases](http://www.austlii.edu.au > Databases)
11. LEWIS, Ted, UMBREIT, Mark. A Humanistic Approach to Mediation and Dialogue: An Evolving Transformative Practice *Conflict Resolution Quarterly*, 2015, 33, (1), 3-17. Published online in Wiley Online Library (wileyonlinelibrary.com). DOI: 10.1002/crq.21130
12. GREEN, Michael, Z. Tackling Employment Discrimination with ADR: Does Mediation Offer a Shield for the Haves or Real Opportunity for the Have-Nots? 26 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* [online]. 2005, 26(2), 321–361 [cit. 2017-11-08]. Dostupné na: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjell/vol26/iss2/7>
14. HUNG, Hin. Neutrality and impartiality in mediation. [online]. In: *ADR Bulletin*. 2002, 5 (3) Article 7. [cit. 2017-02-03]. Dostupné na: <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol5/iss3/7>
15. IZUMI, Carol. 2010. Implicit Bias and the Illusion of Mediator Neutrality. [online]. *Journal of Law & Policy*. 2010, 34 (1), s. 71–155. [cit. 2017-01-08]. Dostupné na: [http:// repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/282/](http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/282/)
16. KELLY, Joan, B., Duryee, Mary, A. Women's and Men's Views of Mediation in Voluntary and Mandatory Mediation Settings. *Family Court Review*, 1992, 30 (1), s. 34 – 49. DOI: 10.1111/j.174-1617.1992.tb01267.x

17. KITZMANN, Katherine, EMERY, Robert. Procedural justice and parents' satisfaction in a field study of child custody dispute resolution. *Law and Human Behavior*. 1993, 17 (5), s. 553 – 567. Dostupné na: <https://doi.org/10.1007/BF01045073>
18. KRESEL, Kenneth. Mediation. andromeda.rutgers.edu/~kkressel/Ch25.pdf
19. KYDD, Andrew. Which Side Are You On? Bias, Credibility, and Mediation. [online]. *American Journal of Political Science*. 2003. 47 (4). s. 597-611. [cit. 2017-03-03]. Dostupné na: <http://www.jstor.org/stable/3186121>
20. KYDD, Andrew. When Can Mediators Build Trust? [online]. *American Political Science Review*. 2006, 100 (3), s. 449–462. [cit. 2017-09-02]. Dostupné na: <http://www.jstor.org/stable/27644366>
21. MORRIS, Michael, W., LEUNG, Kwok, IYENGAR, Sheena, S. Person Perception in the heat of conflict: Negative trait attributions affect procedural preferences and account for situational and cultural differences. [online]. *Asian Journal of Social Psychology*. 2004, 7 (2): 127 – 147. [cit. 2017-09-03]. DOI: 10.1111/j.1467-839x.2004.00145.x . Dostupné na: <https://www0.gsb.columbia.edu/mygsb/faculty/research/pubfiles/881/881.pdf>
22. PRUŽINSKÁ, Jana. Práca s konfliktami v sociálnej práci. In: Pružinská, Jana a kol. *Inšpirácie pre prax sociálne práce*. Bratislava: Iris, 2011. s. 183 – 212. ISBN 978-80-89238-53-8
23. PRUŽINSKÁ, Jana. *Person-Centred Approach in Social Work*. Varšava: Wydawnictwo naukowe PWN, 2013. ISBN 978-83-01-17595-5.
24. PRUŽINSKÁ, Jana. Neutralita, nestrannosť: nejasné princípy v mediácii? In: Kováč, Ernest a kol. *Mediácia 2017*. ISBN 978-80-971616-6-8, s. 108 – 120.
25. TOUVAL, Saadia. The Context of Mediation. *Negotiation Journal*. [online]. 1985, 1 (4), 373–378. [cit. 2017-10-10]. i:10.1111/j.1571-9979.1985.tb00327.x. Dostupné na: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1571-9979.1985.tb00327.x>

Kontakt

PhDr. Jana Pružinská, PhD.

pruzinska1@uniba.sk

[1] Táto práca bola podporovaná Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-16-0422.

Sebereflexe v kontextu kontinuálního vzdělávání mediátorů

Self-Reflection in the Context of Continuing Education of Mediators

Jana Dundelová

Mendelova univerzita v Brně, Provozně ekonomická fakulta, Zemědělská 1, Brno

Abstrakt: Cílem tohoto příspěvku je poukázat na důležitost sebereflexe ve vzdělávání mediátorů a představení vybraných metod sebereflexe, které lze aplikovat v celoživotním seberozvoji mediátorů. Kompetence mediátora v sobě zahrnují kromě specifických odborných znalostí také velkou škálu tzv. měkkých dovedností, jež tvoří základ pro úspěšný proces celé mediaci. Proces mediaci klade značné nároky na racionální i emocionální stránku osobnosti mediátora a součástí jeho pravidelné přípravy i psychohygieny by měla být pravidelná sebereflexe, ať již prováděná individuálně či pod supervizí. Sebereflexe umožňuje nejenom osobnostní, ale také profesní růst; je podstatnou – byť často opomíjenou – složkou sebepoznání i sebevzdělávání. Sebereflexe umožňuje emoční uvolnění, získání nadhledu nad minulou situací, motivaci ke změně, pochopení či odkrytí neuvědomovaných potřeb a impulsů. Autorka zde podrobněji přibližuje šest konkrétních metod sebereflexe vhodných pro mediátory: introspekci, seberefektivní rozhovor a dotazník, videotrénink a audiotrénink, seberefektivní deník, metodu asociací a volnou kresbu. Uvedené metody jsou v příspěvku popsány, jsou ukázány možnosti jejich praktického využití pro mediátory a také jsou diskutovány jejich výhody a úskalí.

Klíčová slova: komunikace, seberozvoj, sebereflexe.

Abstract. The aim of this paper is to highlight the importance of self-reflection in mediator education and present selected self-reflective methods that can be applied in the lifetime development of mediators. The mediator's competences include, besides specific expertise knowledge, a wide range of so-called soft skills that form the basis for a successful mediation process. The mediation process puts considerable demands on the rational and emotional aspects of the personality of the mediator, and an essential part of his/her regular preparation and psychohygieny should be self-reflection, conducted individually or under supervision. Self-reflection enables not only personal but also professional growth; it is a fundamental – though often neglected – component

of self-knowledge and self-education. Self-reflection provides emotional relaxation, gaining insight into the past, motivation to change, understanding or uncovering unconscious needs and impulses. The author focuses in detail on six specific methods of self-reflection suitable for mediators: introspection, self-reflective interview and questionnaire, video training and audiotraining, self-reflective diary, method of associations and free drawing. These methods are described in this paper; the possibilities of their practical use for mediators are shown and their advantages and pitfalls are discussed.

Keywords: Communication, Self-development, Self-reflection.

Úvod

Mediace je metoda, která je založena na komunikaci a zahrnuje v sobě nejen právní, ale také psychologické, sociální a sociálněpsychologické aspekty, mezi něž patří sebereflexe, kterou se zabývá tento příspěvek. Mediátor je profesionálem, který prostřednictvím metody mediace (jež je v podstatě propracovanou, systematizovanou a strukturovanou facilitační metodou) napomáhá stranám k dosažení dohody, ale také k redukci či k odstranění negativních emocí, které mezi nimi eskalovaly. Mediační proces se řídí principy, jejichž dodržení je nezbytné pro úspěšný průběh celého procesu. Těmito principy jsou [\[1\]](#): dobrovolnost (tj. možnost klientů podstoupit mediaci i možnost tento proces odmítnout), důvěra, (důvěra v mediátora, v proces mediace, alespoň částečná důvěra k druhé straně), spolupráce (resp. změna kompetence na spolupráci), princip důvěrnosti neboli mlčenlivosti, který logicky souvisí s principem důvěry (klient by měl věřit také druhé straně, že mlčenlivost dodrží, což mu pak umožní mluvit otevřeně), orientace na budoucnost, pochopení odlišností (jehož základním předpokladem je empatie, hledání řešení, svoboda rozhodování, která souvisí jak s principem dobrovolnosti, tak důvěrnosti), převzetí zodpovědnosti a v neposlední řadě neutralita a nestrannost mediátora. Z uvedeného vyplývá, že mediátor musí prokázat kromě specifických odborných znalostí také velkou škálu tzv. měkkých dovedností, jelikož pomáhá klientům vzájemně pochopit svá stanoviska, odkrýt jejich úmyslně zastřené či nevědomě skryté potřeby, jež jsou mnohdy skutečným konfliktotvorným motivem. V neposlední řadě musí mediátor vést mediaci s ohledem na možnosti a limity svých klientů, a to jak v rovině komunikační, tak v rovině dosažení reálně proveditelné a oboustranně

perspektivní závěrečné dohody. Je tedy zřejmé, že proces mediace klade značné nároky na racionální i emocionální stránku osobnosti mediátora a součástí jeho pravidelné přípravy i psychohygieny by měla být pravidelná sebereflexe, ať již prováděná individuálně či pod supervizí.

Nutnost kontinuálního vzdělávání mediátů je zdůrazněna také v § 8 odst. 1 písmena i ZoM, dle něhož: „(...) mediátor je povinen soustavně se vzdělávat a prohlubovat své znalosti pro řádný výkon činnosti mediátora.“ Důraz na rozvoj tzv. soft skills je uveden i na stránkách Asociace mediátorů České republiky, kde jsou cíle výcviku mediátorů definovány následovně: „Cílem výcviku je umožnit účastníkům výcviku rozpoznat a rozšířit vlastní potenciál klíčových zdrojů, tj. vlastností, motivů, názorů, znalostí a dovedností, a naučit je využívat tyto zdroje k dosahování efektivního výkonu v roli mediátora s důrazem na rozvoj měkkých schopností a kompetencí; seznámit je s tím, co je to mediace, o jaký proces se jedná a čím je charakterizován; zážitkovou formou je nechat vyzkoušet si v modelových situacích roli mediátora a zažít proces, při kterém se účastník mediace stane tvořitelem dohody.“ [2] Cílem tohoto příspěvku je poukázat na důležitost sebereflexe ve vzdělávání mediátorů a představení metod sebereflexe, které lze aplikovat v celoživotním seberozvoji mediátorů.

1 Sebereflexe a její význam pro rozvoj osobnosti

Sebereflexe je podstatnou složkou sebepoznání i sebevzdělávání; umožňuje nám nejenom osobnostní, ale také profesní růst. Zahrnuje jednak hodnocení vlastních činů a výkonů, ale také hodnocení od druhých. Slovo reflexe je odvozeno z latinského slova „reflectio“, což znamená odražení, zrcadlení. Reflexe v lidské psychice také znamená zrcadlení, zpětné odražení, a to prostřednictvím úvah a uvažování.[3] Tento proces je cyklický a při správné aplikaci vede ke zvyšování osobnostních i profesních kvalit. Sebereflexe je součástí měkkých technik, tzv. soft skills, které tvoří platformu pro specifické nástroje, dovednosti a strategie mediátora.

Sebereflexe má blízko také k dalším pojmům, které vystihují strukturu i dynamiku osobnosti, především k sebepojetí, sebehodnocení a identitě.

Pro účel tohoto příspěvku se zde blíže zmíníme o sebepojetí. Sebepojetí je část vědomí a s vědomím souvisejí otázky týkající se toho, co je základním elementem vědomí. Strukturalisté kladou důraz na prvotní elementy vědomí, funkcionalisté na akty vědomí, gestaltisté na celostní struktury vědomí, analytičtí psychologové na nevědomé síly vědomí a behavioristé vědomí ignorují. V současné době je sebepojetí (self-concept) nejčastěji používaným pojmem především v kognitivní a sociální psychologii, kde označuje právě sebereflexi. Sebepojetí je chápáno jako kognitivní obsah a často i struktura vědomé sebereflexe. Ne vždy byl ale tento pojem takto vymežován, zvláště v dřívějších pojetích byl používán v širším významu a často zahrnoval celou jáskou zkušenost. Sebepojetí (Self) je charakteristické tou skutečností, že člověk je současně objektem i subjektem vlastního poznávání a hodnocení („self as object“).^[4] Termínem „jáství“ je označována schopnost osobnosti prožívat sama sebe zevnitř. V psychologických teoriích osobnosti existuje mnoho pojetí jáství, která mají rozdílnou terminologii i metodologická východiska. V anglické odborné literatuře se pro vyjádření „já“ používá více výrazů: „I“ odpovídá většinou „Ego“ nebo „já jako subjekt“, „Me“ je pojímáno jako „Self“, „já jako objekt“. Další termíny můžeme najít např. u amerického sociologa Rosenberga^[5], který rozlišoval „self-image“ a „self-esteem“ a později používal sjednocující termín „self-concept“. („Self-concept“ bývá překládán jako sebepojetí a podobný termín je „self-conception“ jako „já-koncepce“). „Self-image“ je představou, obrazem sebe, jehož základem je kognitivní struktura s řadou formálních parametrů (složitost, konzistence, celistvost, stabilita aj.). „Self-esteem“ vypovídá o úctě k sobě a vyjadřuje subjektivní hodnoty sebe sama. Jeho kvalita se pohybuje na polaritě dobrý–špatný.

Časoprostorová charakteristika sebepojetí je explicitně vyjádřena v Rosenbergově konceptu^[6], který v sebepojetí jako vnitřním světě osobnosti rozlišuje:

- přítomné Já – jakým se jedinec vidí v daném momentě;
- dynamické Já – jakým se jedinec chce stát;
- ideální Já – jakým má jedinec být, když vychází z morálních norem a vzorů, které si osvojil;
- budoucí Já – typ osobnosti, kterým se, jak se jedinci zdá, může stát;

- idealizované Já – jakým je příjemné vidět sebe samého; tento obraz může obsahovat prvky přítomného, ideálního i budoucího Já;
- množství „představovaných Já“ – obrazy a masky, které jedinec ukazuje navenek, aby za nimi skryl nějaké negativní nebo patologické rysy či nedostatky svého „reálného Já“.

Všechny tyto obrazy charakterizují vnitřní svět jedince a jsou spojené s jeho životní zkušeností a s reálným vzájemným působením na jiné lidi. Sociální zaměřenost obsahuje tři navzájem spojené komponenty:

- kognitivní (poznávací) – určité představy a názory o objektu;
- afektivní (emocionální) – kladné a záporné city k objektu;
- činnostní – způsobnost k určitému způsobu činností ve vztahu k objektu.

Z uvedených modelů vyplývá důležitost hodnotící složky osobnosti, která ovlivňuje nejenom výsledný sebeobraz, ale také související pocity – tj. pocity vlastní hodnoty, úspěchu či selhání – a směr dalšího vývoje osobnosti člověka. Potřeba sebereflexe bývá nejčastěji spojována s prožitím vlastního neúspěchu nebo se setkáním se s „neřešitelným“ problémem. Nicméně pro osobnostní i pracovní rozvoj je podnětné provádět pravidelné sebereflexe, které umožní náhled na situaci z různých úhlů pohledu, uvědomění si prožitého v kontextu vlastních kvalit i chyb a začlenění nové zkušenosti do struktury osobnosti.

Cíl sebereflexe mediátora můžeme rozčlenit do čtyř dílčích cílů:

- Zhodnotit sama sebe – tj. zamyslet se nad předešlým mediačním sezením; přehrát si pomocí vizualizace (příp. videonahrávky) celou situaci; vyhodnotit silné i slabší stránky vlastních vstupů do jednání (je vhodné hodnotit nejenom verbální, ale i neverbální komunikaci).
- Rozhodnout se, co změnit – výsledkem předešlého bodu budou jak reakce, které vyhodnotíme jako bezchybné, tak takové reakce, kde pocítujeme vlastní selhání či nejistotu nebo blíže neidentifikovatelný špatný pocit. U všech těchto negativně či ambivalentně hodnocených momentů bychom se měli zastavit a vzít do úvahy následující podotázky:
 - Jak moc důležité či nedůležité (pro mě i pro výsledek celé mediace) je měnit tento komunikační nedostatek?

- Které komunikační komponenty je pro mě obtížné změnit a u kterých předpokládám snadnou změnu?
- Stanovit způsob realizace pokusu o komunikační změnu – zde můžeme využít některé z níže zmíněných metod – ale zásadní rozhodnutí spočívá v tom, zda se rozhodneme pro trénink založený na sebereflexi bez využití supervize nebo nácvik se supervizí či pro kombinaci obojího.
- Zvolit strategii pro budoucnost – ta v sobě zahrnuje jednak zakomponovanou novou zkušenost, resp. dovednost i strategii pro řešení případných problémových situací v budoucnosti.

Sebereflexe v sobě zahrnuje několik fází, např. Smyth[7] rozlišuje fáze, během nichž – při aplikaci na mediační praxi – bychom si měli odpovědět na jednotlivé otázky:

- Popisná (Describe) – Co dělám? Tj. popis vlastních komunikačních vstupů a projevů během mediace.
- Vysvětlující (Inform) – Jaký to má smysl? Tj. Co jsem tím chtěl dokázat, resp. byla tato reakce adekvátní a smysluplná v kontextu celého procesu mediace?
- Konfrontující (Confront) – Jak jsem se stal takovým, jakým jsem? Tj. zamyšlení nad příčinami vlastních komunikačních stereotypů; nad minulými zkušenostmi a nad jejich vlivem na současný vlastní komunikační styl.
- Rekonstruktivní (Reconstruct) – Jak bych mohl dělat věci jinak a lépe? Zamyšlení nad volbou nácvikových metod a strategií.

Podobně Švec[8] rozlišuje tři fáze sebereflexe a otázky, které by při ní měly být kladeny (tento a předešlý model je upraven autorkou pro potřeby mediace):

- Popisné otázky – Co jsem dělal? Jak klienti reagovali?
- Kauzální otázky – Proč jsem takto jednal? Co mě ovlivnilo?
- Rozhodovací otázky – Jak bych mohl jednat jinak? Je třeba jednat jinak? Co k tomu potřebuji?

Sebereflexe je zamyšlení se člověka nad sebou samým, nad svou osobností, ohlédnutí se zpět za svými činy, myšlenkami, postoji, city; je to rekapitulování určitého úseku vlastního života či vlastního chování a rozhodování v situacích, které jsou pro daného člověka významné. Cílem

je zhodnotit sebe sama, rozhodnout, co a jak změnit, zvolit strategii pro budoucnost.^[9] A právě cestě k tomuto cíli je věnována další kapitola.

2 Příklady metod sebereflexe

V této kapitole je popsáno šest metod sebereflexe, které mohou mediátoři využívat pro svůj rozvoj. Zmíněna je zde introspekce, seberefektivní deník, metoda asociací, seberefektivní dotazník a rozhovor, videotrénink či audiotrénink a volná kresba. Zvolené metody byly vybrány pro možnost individuální i skupinové aplikace, přičemž obě tyto formy použití mají svoje výhody a nevýhody a svoje opodstatnění. Pokud se mediátor naučí provádět pravidelné individuální sebereflexe, bude mít lepší náhled a sebekontrolu nad svojí prací; výsledky ze sebereflexe budou mít v sobě také motivační aspekt vedoucí k dalšímu sebevzdělávání a seberozvoji. Avšak individuální sebereflexe, tj. bez supervize, bez skupinového nácviku či alespoň rozhovoru, mají svůj limit ve formě absence úhlu pohledu a názorů druhých lidí, což může vést ke zkreslenému pohledu na vlastní dovednosti, např. k podceňování či přeceňování vlastních kompetencí, k opakovanému neuvědomování si vlastních komunikačních rušivých stereotypů a dalších nedostatků nebo naopak ke zveličování nepodstatných detailů, které zásadně nesouvisí s mediačními kompetencemi. Proto doporučuji alespoň jednou za rok se účastnit skupinového seberefektivního sezení za účasti dalších mediátorů, příp. supervizora, což může být také organizační podnět pro kontinuální celoživotní vzdělávání mediátorů.

2.1 Introspekce

Introspekce neboli sebepozorování je psychologická metoda založená na pozorování sebe sama, vlastních vnitřních stavů, tj. vlastní psychiky (obsahů mysli, emocionálních hnutí, citů), vnitřních prožitků a procesů probíhajících ve vědomí; používá se tedy ke zkoumání objektivně nepozorovatelných psychických jevů. Behaviorismus a některé další psychologické směry introspekci jako vědeckou metodu zásadně odmítaly, protože úmysl pozorovat své vědomí mění a zkresluje jeho stavy, ale

především protože tato metoda není objektivní, přístupná ostatním pozorovatelům. Přes svoje nedostatky a limity si metoda introspekce obhájila svoje místo ve výzkumu i v psychoterapeutické praxi i jako metoda osobního rozvoje. [\[10\]](#), [\[11\]](#)

Aby bylo možné proces považovat za introspektivní, musí splňovat tři základní podmínky: [\[12\]](#)

- Podmínka duševnosti: Introspekce je proces, který je zaměřen na vytváření vědomostí, soudů nebo přesvědčení o duševních stavech nebo procesech, netýká se záležitostí, které se nacházejí nebo probíhají mimo mysl, tj. introspekce není vnímání okolního světa, ale uvědomění si, reflexe tohoto procesu a souvisejících pocitů. Například když slyšíme, jak někdo něco říká, že někoho nebo něco vidí, není to introspekce, ale extrospekce. Avšak o introspekci se bude jednat, pokud začneme přemýšlet o tom, jak na nás právě slyšené zapůsobilo, jaké pocity a asociace byly v souvislosti s tím evokovány apod.
- Podmínka první osoby: Introspekce se týká pouze stavů a procesů osoby, která introspekci provádí, netýká se třetí osoby. Bude-li člověk například zkoumat vnitřní pochody druhého, bude se jednat o pozorování nebo o psychoanalýzu, tedy opět o extrospekci, pravděpodobně kombinovanou s dalšími kognitivními procesy, jako je například intuitivní nebo analytické myšlení, kterými hodnotitel pozorované vnější znaky vyhodnocuje a interpretuje. Pokud by však člověk sděloval ostatním výsledky vlastního sebehodnocení, svých duševních procesů a stavů, jednalo by se o introspekci.
- Podmínka časové blízkosti: Introspekce je zaměřena především na psychické stavy a procesy, které právě probíhají nebo které probíhaly v bezprostřední minulosti. (Při časovém odstupu od daného jevu jsou již psychické stavy zkresleny vzpomínkami a můžeme tak přepokládat nepřesný výsledek introspekce, resp. introspekce může být přesná, ale bude popisovat více či méně změněnou vzpomínku. K přesnějšímu vybavení si psychických stavů a pocitů, které člověk prožíval v souvislosti s nějakou událostí, může napomoci např. hypnóza nebo psychodrama, které umožňují znovuprožití minulé situace (*pozn. autorky*).

Pro účely mediace lze provádět introspekci během mediace. Je to ale velmi náročné na koncentraci, neboť se mediátor musí soustředit na dvě věci současně. Sebepozorování je navíc vlastně „schizofrenní“ činnost, kdy se člověk v jeden moment stává subjektem i objektem pozorování, proto by introspekci během mediace měli provádět pouze zkušení mediátoři, nebo by tato forma introspekce měla být zařazována do výcviku mediátorů. Další možností je provádět introspekci následně po jednání, vystavujeme se ale tak riziku mírného informačního ochuzení (mediátor si nemusí vybavít vše úplně přesně), ale na druhé straně z pohledu procesu mediace je tento způsob „bezpečnější“ a vůči klientům korektnější formou (mediátor se během sezení věnuje plně klientům a nezačleňuje prvky pro svůj seberozvoj).

Introspekce přináší mnoho informací, které budou pro mediátora jistě podnětné a mnohdy i překvapivé. Pocity sympatií a nesympatií k jednotlivým klientům, prožívání různých emocí během jednání mohou vést až k pocitům zmatku v sobě sama. Měly by ale především směřovat k hledání kontextů ve vlastním životním příběhu, k identifikaci svých silných a slabých stránek i k odhalování vlivů vnořujících se z nevědomí.

2.2 Seberefektivní rozhovor a dotazník

Seberefektivní rozhovor i dotazník jsou metody umožňující zamyšlení se nad sebou samým. Hlavní rozdíl spočívá v tom, zda je sebereflexe realizována písemnou nebo imaginární formou; případně lze kombinovat obě verze, kdy si hlavní body ze svého vnitřního dialogu zaznamenáme. Ať se již rozhodneme pro seberefektivní rozhovor nebo dotazník[\[13\]](#), měli bychom vycházet z následujících pravidel: Rozlišujeme mezi volným, polostrukturovaným a strukturovaným rozhovorem. U volného rozhovoru sledujeme cíl, otázky volíme operativně dle situace; u polostrukturovaného rozhovoru (příp. dotazníku) stanovíme témata, okruhy, nad kterými se chceme zamyslet, a podotázky opět volíme volně; strukturovaný rozhovor (dotazník) potom obsahuje předem stanovené otázky, od kterých se neodkláníme. Každá forma má svoje výhody a nevýhody. U volného rozhovoru je dostatek prostoru pro přizpůsobení otázek specifickému problému a pro detailní prozkoumání

problematických bodů, avšak riziko je nezamyšlení se nad všemi podstatnými okamžiky či odklon od tématu, navíc volný rozhovor je naprosto nevhodný pro nezkušené evaluátory; semistrukturovaná forma umožňuje jak probrání hlavních okruhů, tak dostatek volného prostoru pro flexibilní otázky, ale problémem – zvláště u méně zkušených sebeevaluátorů – je opět riziko odklonění od tématu či nedostatek zkušeností při tvorbě operativních podotázek. Strukturovaný rozhovor je v podstatě dotazník, ve kterém jsou předem připraveny otázky, od kterých bychom se neměli odklánět; výhodou je snadné použití i méně zkušenými evaluátory, nevýhoda ale spočívá ve značné rigiditě této metody, v důsledku čehož může být reflexe ochuzena právě o podstatné detaily vycházející ze specifické mediační situace, které nebyly do předem připravených otázek zahrnuty, jelikož ani nemohly být předpokládány.

Pro začínající mediátory, resp. mediátory sebeevaluátory je nejvhodnější začínat s formou strukturovaného dotazníku (rozhovoru), jehož otázky mohou být zodpovězeny v rovině duševní či písemně. Pro tuto formu připravíme (nejlépe na výcviku společně s ostatními mediátory) témata a otázky, na které je nutno zodpovědět. Hendl ve čtyřech bodech ukazuje vhodný postup pro vytvoření návodu a dobrou přípravu na interview: [\[14\]](#)

- 1) Navrhnout si obecné téma, poté si vypsát všechna podtémata a okruhy otázek, které nás budou zajímat.
- 2) Uspořádat si témata dle logického pořadí a důležitosti. Hendl doporučuje nechat citlivá témata až ke konci rozhovoru.
- 3) Rozmyslet si pořadí a formování otázek.
- 4) Promyslet si navazující hloubkové a sondážní otázky.

Seberefektivní otázky naznačují okruh problémů, nad nimiž by se měl mediátor občas zamyslet. V nejčastějších případech by se měl mediátor zaměřit na ten okruh, ve kterém se vyskytne problém. Tyto otázky slouží jako návod, inspirace, jakým směrem by měl mediátor směřovat své sebehodnocení, sebereflexi. Jak upozorňuje Kiriadou [\[15\]](#), pokud hodnocení zjistí u jednotlivých výroků slabá místa, je zde prostor pro změnu, nápravu, nikoliv pro zklamání a neúspěch. Snaha o změnu neznamena, že byla předchozí praxe špatně vykonaná.

Seberefektivní rozhovor nebo dotazník má tu výhodu, že jej lze provádět individuálně, avšak – jak již bylo řečeno – je vhodné zařazovat občasné

skupinové či supervizní evaluace.

2.3 Sebereflektivní deník

Psaní deníku je jedním z nejúčinnějších nástrojů duševní hygieny a důležitým nástrojem k poznání sebe sama. Většina lidí má zkušenosti se psaním deníku alespoň v některé etapě svého života. Zpravidla lidé začínají psát deník v zátěžových obdobích svého života nebo v obdobích plných zážitků. Psaní deníku, zvláště toho podrobného a úvahového, bývá časově limitovaná aktivita, která bývá ukončena s pominutím krize či zážitků. Jen málo lidí vydrží pravidelně psát deník celý život, což ale není podstatné.

Psaní deníku vyžaduje určitý čas, ale už samotný fakt, že musíme převést své myšlenky do písemné podoby, je velice důležitý aspekt sebepoznání. Psaní umožňuje jeho autorovi retrospektivní pohled na minulé zkušenosti a odpověď na to, co a jak dělal, sumarizuje postřehy a nápady.[\[16\]](#)

Deník může nabývat různých forem a podob:

- stručné každodenní zápisy v diáři;
- zaznamenávání mimořádných životních událostí;
- každodenní podrobné záznamy prováděných činností;
- každodenní záznamy ve formě úvah a zamyšlení;
- zážitky z dovolených či pracovních cest;
- záznamy vlastních snů;
- archivace důležitých dopisů, mailů či sms zpráv;
- fotografický záznam či videozáznam osobně důležitých událostí s vlastním komentářem;
- tréninkový deník;
- pracovní deník;
- záznamy sloužící k osobnímu růstu.

Pro sebereflexi mediátorů přicházejí do úvahy především poslední dvě formy psaní deníku, a to pracovní deník a záznamy sloužící k osobnímu růstu prováděné stylem popisů událostí, ale i úvah a zamyšlení. Podle Kyriacoua[\[17\]](#) deníkové zápisy pomohou vyjasnit situace, které jsou bezprostředním podnětem k úsilí o změnu. Psaní sebereflektivního deníku

by mediátoři měli zahájit během výcviku v mediaci, kdy jsou nejvíce motivovaní pro zlepšování vlastních kompetencí a mají také příležitosti pro zpětnou vazbu od kolegů i lektora. Obsah deníku lze zaznamenávat písemnou formou na papír nebo s využitím moderních technologií. Oba dva způsoby jsou vhodné, ale za něco přínosnější se považuje psaní rukou – je autentičtější, přirozenější, z písma lze odhadovat emoce i momenty, které byly náročnější na zamyšlení (opakování se, škrtání...). Velkou výhodou psaní deníku je, že umožňuje ujasnění si myšlenek, rekapitulaci minulé zkušenosti, opakované čtení starších záznamů a v neposlední řadě deníkové záznamy mohou sloužit jako podklad pro rozhovor s terapeutem nebo v případě mediátorů se supervizorem. Seberefektivní deník a evaluativní rozhovor mohou být propojeny a navazovat na sebe; v tomto případě by ale bylo vhodné, aby pro rozhovor byly vybrány jen ty části zápisů, které autor chce sdílet se supervizorem, aby se následným pohovorem necítil ohrožen – to sice rozbor může ochudit o podstatné informace, ale podstatnější je, aby se autor deníku necítil jakkoliv diskomfortně.

Hupková a Petlák[18] doporučují k písemnému zaznamenávání pro rozvoj učitelů následující situace, jejichž záznam a hodnocení lze při vhodné aplikaci využít i pro rozvoj mediátorů:

- Situace, které zažil mediátor opakovaně, ale nejsou mu úplně jasné.
- Situace, ve kterých se stále opakují určité těžkosti a konflikty.
- Situace, ve kterých mediátor pocítuje nejistotu či osobní zátěž.

Jak již bylo uvedeno, psaní deníku – ať již osobního nebo pracovně zaměřeného – bývá zpravidla časově limitovaná aktivita, přesto by tato metoda neměla být opomíjena zvláště na začátku kariéry, v nových či v kritických situacích, neboť umožňuje relativně snadnou a efektivní sebereflexi s prvky psychoterapie i osobnostního růstu.

2.4 Videotrénink a audiotrénink

Během mediace (i jakékoliv jiné činnosti) je aktér – v našem případě mediátor – ponořen do své aktuální činnosti, a i když by se snažil o sebezpozorování svého výkonu, není schopen zachytit a zanalyzovat všechny momenty. Videozáznam nebo audiozáznam umožňuje uvědomění

si i těch aspektů komunikace, které bychom si nebyli schopni uvědomit, protože proces zapamatování a znovuvybavování je spojen s řadou chyb, které mohou způsobit potlačování či vytěsňování některých částí komunikace a naopak nadhodnocování jiných momentů.

Videozáznam umožňuje detailní analýzu jak neverbálních, tak verbálních složek komunikace; audiozáznam sice neumožní sledování řeči těla, ale zase zaměří naši pozornost více na slovní projev a na paralingvistické prvky neverbální komunikace. Dále se budeme podrobněji věnovat videotréninku, jehož pravidla – po logické redukci – můžeme aplikovat i na audiotrénink.

Zřejmě nejpropracovanější metoda videotréninku je videotrénink interakcí (VTI), což je speciální metoda psychosociální pomoci, která vznikla v Nizozemí na počátku 80. let 20. století. Tato metoda byla původně vyvinuta za účelem krátkodobé a intenzivní pomoci v domácím prostředí rodin. Je velice šetrnou a u nás poměrně mladou metodou, která učí principům úspěšného kontaktu mezi rodičem a dítětem, příp. mezi žákem a učitelem, klientem a odborníkem. Pomocí videokamery jsou systematicky nahrávány interakce probíhající mezi členy rodiny. Každý přibližně desetiminutový záznam běžné situace pracovník VTI rozebírá s rodiči a dětmi. Vybírá rodině momenty nebo sekvence, kdy se komunikace v rodině daří. Cílem terapie je ukázat rodičům, jaké prvky vytvářejí úspěšný kontakt, a naučit je, jak lze tímto způsobem dosáhnout pozitivnější komunikace s jejich dětmi. [\[19\]](#)

I když tato metoda byla původně orientovaná na práci s rodinou, ukázala se být po patřičné modifikaci efektivně využívána i v jiných oblastech psychosociální sféry, především ve školství a v oblasti zdravotní péče, obecně při výcviku komunikačních dovedností a v našem případě při výcviku mediátorů. Pokud se podíváme na cíle videotréninku, je zřejmé, že by jeho některé prvky mohly být využity i jako sebereflexe pro účastníky mediace (samozřejmě po jejich souhlasu a po citlivé aplikaci, aby se z mediace nestal pokus o psychoterapii).

Dílčí cíle videotréninku jsou následující: [\[20\]](#)

- Poměrně rychle a nenásilně odhalit a pojmenovat konkrétní projevy vlastních potíží při kontaktu s druhými lidmi, uvědomit si jejich souvislosti, pokusit se pochopit některé jejich příčiny.

- Zjistit, kde je „zakopaný pes“.
- Zorientovat se v tom, co se v nás i v druhých a v našem vztahu při tzv. „problematických situacích“ vlastně děje.
- Uvědomit si své skutečné pocity, porozumět jim i tomu, jak se do nepříjemných situací – byť neuvědomovaně – vlastním přičiněním dostáváme.
- Podívat se na vlastní „konfliktní situace“ z jiného, komplexního pohledu.
- Nasměřovat se k hlubšímu vhledu do situací, kde jsme si v kontaktu s druhými nevěděli rady.
- Ujasnit si své silné stránky v komunikaci a směr, kterým je lze ještě více rozvinout.
- Získat názorný impuls ke změně svých nefunkčních návyků při jednání s druhými.
- Osvojit si nový pohled na svoji situaci tam, kde jsme si připadali bezradní, a osvojit si postupně efektivní jednání, které povede k naší vyšší sebejistotě a účinnějšímu jednání v situacích, které jsou pro nás náročné.
- Naučit se být vnímavější k signálům druhých lidí.
- Pochopit souvislosti svých pocitů a svého jednání, které nás někdy zavádí do slepé uličky a způsobuje, že v nich pak bloudíme jako v začarovaném kruhu.
- Dodat naději a sebedůvěru ve vlastní dovednosti a schopnosti.
- Obnovit pocit vlastní kompetence ve svém životě při řešení potíží v kontaktu s druhými.
- Nacházet v sobě a ve svých vztazích radost a smysluplnou inspiraci.
- Vzkřísit motivaci a naději k hledání nových cest.
- Uvěřit, že cítit se ve svých vztazích lépe a vycházet s těmi, s nimiž se nám to doteď příliš nedařilo, není sci-fi, ale reálně dosažitelná věc.

Pokud se rozhodneme pro využití videotréninku či audiotréninku, musíme dodržovat etická pravidla nahrávání (dobrovolný souhlas s nahráváním, diskrétnost atd.). Nahrávku je samozřejmě snadnější získat při výcviku než při reálné mediaci (zde by ale mohl být výše zmíněný profit pro účastníky mediace). Rozbor pak lze provádět individuálně, skupinově či individuálně

se supervizorem. Individuální rozbor by bylo vhodné provádět až po skupinovém nácviku, ale i tak je nutno počítat s tím, že bude ochuzen o mnohé informace, tj. o úhel pohledu druhých lidí; skupinový rozbor s sebou přináší pohledy i názory ostatních členů skupiny, ale současně i stres z hodnocení vlastního výkonu druhými lidmi (variantou může být rozbor modelové situace hrané cizími lidmi, natočené za tímto účelem, což ale redukuje přínos pro analýzu vlastního výkonu); rozbor se supervizorem je pak variantou mezi oběma předchozími metodami.

2.5 Asociace

Metoda asociací má kořeny již ve starověku a i v současné době můžeme ocenit její přínos pro odhalování podvědomých, ale především nevědomých motivačních sil, pro odhalování potlačovaných traumat a neřešených problémů, jež mohou ovlivňovat kognitivní i emoční procesy člověka velmi nevyzpytatelným způsobem. Asociace je v psychologii definována jako interakce mezi skutečně přijatými vjemy a vlastními představami a souvisejícími pocity; jinými slovy prostřednictvím asociací se nám v mozku spojují různé zážitky, pocity a situace. Principy asociací se zabývali již Platón a Aristoteles. Za novodobého zakladatele techniky volných asociací bývá považován vídeňský psychiatr Josef Breuer. Technika volných asociací spočívala v tom, že pacient říkal bez jakékoliv vědomé korekce vše, co mu přišlo na mysl. Tento samotný proces, kdy se nevědomé obsahy dostávaly z nevědomí do vědomí, byl považován za léčebný (Breuer i Freud takto léčili původně především hysterii). Zakladatel psychoanalýzy Sigmund Freud později aplikoval metodu volných asociací na výklad snů a pro jejich porozumění. C. G. Jung kritizoval volné asociace kvůli jejich možnému odvádění pozornosti od hlavního centra problému a začal pracovat s tzv. vázanými asociacemi, které jsou zaměřené na určité téma a stále se k němu vracejí. Klient byl terapeutem motivován k opakovaným asociacím na stejné téma (předpokládaný zdroj, směr problému) a ke snaze o zařazení asociací do osobního příběhu. Jung používal vázané asociace také k výkladu snů, zavedl tzv. amplifikaci[21]. Jung také sledoval reakční časy asociací, různá zadrhnutí či zakoktání a změny hlasu. Pokud je proces některých asociací pro klienta nesnadný nebo pokud se nevybaví žádná asociace,

jedná se o tzv. neurotický blok, který naznačuje, že daný podnět je spojen se subjektivně závažným problémem, jehož řešením je přivedení z nevědomí do vědomí. [\[22\]](#), [\[23\]](#), [\[24\]](#), [\[25\]](#)

Mediátor je během mediačního sezení konfrontován s řadou problémů a konfliktů, které ve vědomé i nevědomé rovině asociuje s vlastními prožitými událostmi a zkušenostmi. Pro účely sebereflexe mediátora by bylo přínosné naučit se pracovat s vědomými asociacemi (neboť práce s nevědomím je mnohdy poměrně nesnadná i pro zkušené psychoanalytiky).

V rámci sebereflektivního zamyšlení by se mediátor mohl pokusit odpovědět např. na následující otázky:

- Co ve mně vyvolává tato situace, jednotliví klienti a jejich příběhy?
- Co mi to evokuje z mého života?
- Jak jsem podobnou situaci, emoci apod. tenkrát zvládl?
- Považuji svoje řešení za ideální?
- Jaké jiné řešení by bylo vhodnější?
- Nesnažím se klientům vnutit podvědomě své řešení?
- Jak mohou moje asociace ovlivnit moji neverbální komunikaci s klienty?

S technikou asociací je vhodné začít při nácviku modelových situací a následně je zařadit do sebeevaluačního hodnocení po reálných mediacích. Asociací – centrálních i sériových – lze využít také přímo při práci s klienty, a to ve formě brainstormingu nebo brainwritingu. Většinou se využívá metoda centrálních asociací, kdy se vytvářejí asociace kolem centrálního problému se snahou najít řešení. Svůj význam však mohou mít sériové asociace, tj. navazování jedné asociace na druhou a postupné vytváření asociční řady, která umožní náhled na souvislosti a konsekvence navrhovaných řešení.

2.6 Volná kresba

V psychologii se v souvislosti s kresbou zmiňuje nejčastěji arteterapie (v populární literatuře se setkáváme také s pojmy intuitivní a automatická kresba). Arteterapie využívá výtvarné umění jako prostředek ke komunikaci, k vyjádření často i neuvědomovaných emocí, k léčbě,

k relaxaci, k psychickému i duchovnímu zrání; dále arteterapie napomáhá k porozumění sobě i druhým a k překonání nejrůznějších problémů. V arteterapii se obvykle rozlišují dva základní proudy, a to terapie uměním, v níž se klade důraz na léčebný potenciál tvůrčí činnosti samotné, a artpsychoterapie, kde výtvořky a prožitky z procesu tvorby jsou dále psychoterapeuticky zpracovávány. Arteterapie bývá nejčastěji spojována s kresbou, pro její účel však bývají využívány i další materiály, např. fotografie, sklo, písek, sádra, kámen.[26] Arteterapii lze provádět individuálně, individuálně s terapeutem nebo skupinově, kde procesy vedoucí k uvolnění emocí a k očistné katarzi fungují nejlépe [27].

V případě sebereflexe mediátorů můžeme využít prvky arteterapie pro tzv. volnou kresbu, kterou zde pojímáme jako předstupeň arteterapie. Cíle volné kresby pak budou následující:

- odreagování,
- zvládání stresu,
- získání náhledu nad problematickými situacemi,
- rozšíření obzorů,
- otevření cesty ke zdrojům z vlastního potenciálu,
- odkrytí neuvědomovaných emocí,
- překonání pocitu nejistoty, obav, příp. strachu,
- navození pocitu vyrovnanosti,
- získání pocitu zvládnutí situace,
- objevení nových schopností a dovedností,
- získání nových kompetencí.

Využití kresby k sebereflexi je určeno především pro ty mediátory, kteří mají vztah k výtvarnému umění, což vůbec neznamena, že by sami měli umět malovat nebo mít jakékoliv jiné výtvarné nadání. Podstatná je schopnost imaginace, radost z vlastní tvorby a snaha přemýšlet nad cizími i svými vlastními výtvarnými díly. Důležité je také zdůraznit, že umělecká úroveň výsledných kreseb není opravdu důležitá; podstatné jsou doprovodné imaginace, asociace, emoce a zařamování kresby do osobního kontextu. Mediátor může takto s kresbou pracovat naprosto samostatně, především jako s relaxační metodou nejlépe po mediaci nebo po jakékoliv subjektivně zvláštní či zátěžové situaci. Pokud by ho tato metoda hlouběji

zaujala, bylo by vhodné konzultovat svoje kresby s psychoterapeutem zabývajícím se arteterapií.

Závěr

Cílem tohoto příspěvku bylo poukázat na důležitost sebereflexe v kontinuálním celoživotním vzdělávání mediátorů. Mediátor musí během výcviku zvládnout řadu specifických odborných znalostí, avšak rozvoj měkkých dovedností, mezi něž můžeme zařadit i sebereflexi, by neměl být opomíjen. Proces mediace klade značné nároky na racionální i emocionální stránku osobnosti mediátora a sebereflexe – ať již prováděná individuálně, skupinově či individuálně pod supervizí – je jednou z možností psychohygieny i rozvoje. Sebereflexe umožňuje relaxaci, získání nadhledu nad minulou situací, uvolnění emocí, ale také odkrytí vlastních zastřených či nevědomých motivů. V příspěvku bylo podrobněji zmíněno šest konkrétních metod sebereflexe vhodných pro mediátory: introspekce, seberefektivní rozhovor a dotazník, videotrénink a audiotrénink, seberefektivní deník, metoda asociací a volná kresba. Každá metoda má svůj potenciál pro praktické využití, proto u každé metody byly uvedeny její výhody i limity. Pokud se mediátor naučí provádět pravidelné individuální sebereflexe, bude mít lepší náhled a sebekontrolu nad svojí prací; výsledky ze sebereflexe mají v sobě také motivační aspekt vedoucí k dalšímu sebevzdělávání a seberozvoji. Avšak individuální sebereflexe, tj. bez supervize, bez skupinového nácviku či alespoň rozhovoru, mají svůj limit ve formě absence úhlu pohledu a názorů druhých lidí, což může vést ke zkreslenému pohledu na vlastní dovednosti, např. k podceňování či přeceňování vlastních kompetencí, k opakovanému neuvědomování si vlastních komunikačních rušivých stereotypů a dalších nedostatků nebo naopak ke zveličování nepodstatných detailů, které třeba ani zásadně nesouvisí s mediačními kompetencemi. Proto bylo v článku mediátorům doporučeno se alespoň jednou za rok zúčastnit skupinového seberefektivního sezení za účasti dalších mediátorů, příp. supervizora, což může být také organizační podnět pro kontinuální celoživotní vzdělávání mediátorů. Pokud tento příspěvek

přispěje k zvýšenému zájmu o metody sebereflexe, které přispívají nejen osobnostnímu, ale také k profesnímu růstu, pak splnil svůj účel.

Použitá literatura

Tištěné zdroje:

1. DRAPELA, Viktor. *Přehled teorií osobnosti*. Portál 2004, 176 s., ISBN 80-7178-766-3.
2. FONAGY, Peter; TARGET, Mary. *Psychoanalytické teorie*. Praha: Portál, 2003. 400 s., ISBN 80-7178-993-3.
3. HENDL, Jan. *Kvalitativní výzkum: základní metody a aplikace*. Praha: Portál, 2005, 174 s., ISBN 80-7367-040-2.
4. HOLÁ, Lenka. *Mediace: Způsob řešení mezilidských konfliktů*. Praha: Grada Publishing, 2003, 192 s. ISBN 80-247-0467-6190.
5. HUPKOVÁ, Marianna, PETLÁK, Erich. *Sebareflexia a kompetencie v práci učiteľa*. Bratislava, Iris 2006, 119 s., ISBN 80-89018-77.
6. KRATOCHVÍL Stanislav. *Základy psychoterapie*. Praha: Portál, 2017, 408 s., ISBN 978-80-262-1227-0.
7. KYRIACOU, Chris: *Klíčové dovednosti učitele: cesty k lepšímu vyučování*. 3. vyd., Praha: Portál 2012, 160 s., ISBN: 978-80-262-0052-9.
8. LIEBMANN, Marian. *Skupinová arteterapie*. Praha: Portál. 2016, 280 s., ISBN 978-80-7367-729-9.
9. MACEK, Petr. *Adolescence*. Praha: Portál, 2003, 143 s., ISBN 80-7178-747-7.
10. McWILLIAMS, Nancy. *Psychoanalytická diagnóza*, Portál, 2015, 410 s., ISBN 978-80-262-0943-0.
11. ROSENBERG, Marshall. Self-concept and Psychological Well-Being in Adolescence. In: Leahy R. L. (Ed.): *The Development of the Self*. Academic Press, New York, 1985, s. 205 – 246.
12. ŠICKOVÁ-FABRICI, Jaroslava. *Základy arteterapie*. Praha. Portál, 2016, 304 s., ISBN 978-80-262-1043-6.
13. ŠVEC, Štefan. *Metodológia vied o výchove*. Bratislava: Iris, 1998, 303 s., ISBN 8088778735.
14. SMITHIES, Declan, STOLJAR, Daniel. *Introspection and Consciousness*. Oxford University Press, 2012, 448 s., ISBN-10: 0199744793; ISBN-13: 978-0199744794.
15. PRŮCHA, Jan, WALTEROVÁ, Eliška, MAREŠ, Jiří. *Pedagogický slovník*. 5. aktualiz. vyd. Praha: Portál, 2008. 322 s. ISBN 978-80-7367-416-8.
16. WOOFFITT, Robin, HOLT, Nicola. *Looking In and Speaking Out: Introspection, Consciousness, Communication*. Published by Imprint Academic, 2011, 239 s., ISBN, 9781845403355.

Elektronické zdroje:

1. SCHWITZGEBEL, Eric. „*Introspection*“, The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Edward N. Zalta (ed.), November 2014. [online]. [cit. 2017-11-27]. Dostupné z: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/introspection/>
2. SMYTH, John. *Developing and Sustaining Critical Reflection in Teacher Education*. Education and Culture: Vol. 09, Iss. 1, Article 2, 1989 [online]. [cit. 2017-11-27]. Dostupné z: <https://docs.lib.purdue.edu/eandc/vol09/iss1/art2>
3. *Videotrénink interakcí* [online]. [cit. 2017-11-24]. Dostupné z: <http://www.centrumrozum.cz/videotrenink-interakci>
4. *K čemu a jak VTI slouží*. [online]. [cit. 2017-11-24]. Dostupné z: <https://www.videotrenink-interakci.cz/>
5. *Vzdělávání v oblasti mediace* [online]. [cit. 2017-10-22]. Dostupné z: <http://www.amcr.cz/vzdelavani/>

Kontakt

PhDr. Jana Dundelová, Ph.D.

jana.dundelova@mendelu.cz

- [1] HOLÁ, Lenka. *Mediace: Způsob řešení mezilidských konfliktů*. Praha: Grada Publishing, 2003, 192 s. ISBN 80-247-0467-6190.
- [2] *Vzdělávání v oblasti mediace* [online]. [cit. 2017-10-22]. Dostupné z: <http://www.amcr.cz/vzdelavani/>
- [3] Hupková, Marianna, Petlák, Erich. *Sebareflexia a kompetencie v práci učiteľa*. Bratislava, Iris 2006, 119 s. ISBN 80-89018-77.
- [4] MACEK, Petr. *Adolescence*. Praha: Portál, 2003, 143 s., ISBN 80-7178-747-7.
- [5] ROSENBERG, Marshall. Self-concept and Psychological Well-Being in Adolescence. In: Leahy R. L. (Ed.): *The Development of the Self*. Academic Press, New York, 1985, s. 205–246.
- [6] ROSENBERG, Marshall. Self-concept and Psychological Well-Being in Adolescence. In: Leahy R. L. (Ed.): *The Development of the Self*. Academic Press, New York, 1985, s. 205 – 246.
- [7] Smyth, John. *Developing and Sustaining Critical Reflection in Teacher Education*. Education and Culture: Vol. 09, Iss. 1, Article 2, 1989 [online]. [cit. 2017-11-27]. Dostupné z: <https://docs.lib.purdue.edu/eandc/vol09/iss1/art2>
- [8] ŠVEC, Štefan. *Metodológia vied o výchove*. Bratislava: Iris, 1998, 303 s., ISBN 8088778735.
- [9] PRŮCHA, Jan, WALTEROVÁ, Eliška, MAREŠ, Jiří. *Pedagogický slovník*. 5. aktualiz. vyd. Praha: Portál, 2008. 322 s. ISBN 978-80-7367-416-8.
- [10] SMITHIES, Declan, STOLJAR, Daniel. *Introspection and Consciousness*. Oxford University Press, 2012, 448 s., ISBN-10: 0199744793; ISBN-13: 978-0199744794.

- [11] WOOFFITT, Robin, HOLT, Nicola. *Looking In and Speaking Out: Introspection, Consciousness, Communication*. Published by Imprint Academic, 2011, 239 s., ISBN, 9781845403355.
- [12] SCHWITZGEBEL, Eric. „Introspection“, The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Edward N. Zalta (ed.), November 2014. [online]. [cit. 2017-11-27]. Dostupné z: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/introspection/>
- [13] U dotazníků navíc rozlišujeme mj. otázky otevřené, polootevřené a uzavřené; pro účely toho článku se dále budeme věnovat otázkám otevřeným, protože ty mají pro sebehodnocení nejobsáhlejší a nejvýstižnější informační hodnotu.
- [14] HENDL, Jan. *Kvalitativní výzkum: základní metody a aplikace*. Praha: Portál, 2005, 174 s., ISBN 80-7367-040-2.
- [15] KYRIACOU, Chris: *Klíčové dovednosti učitele: cesty k lepšímu vyučování*. 3. vyd., Praha: Portál 2012, 160 s., ISBN: 978-80-262-0052-9.
- [16] HUPKOVÁ, Marianna, PETLÁK, Erich. *Sebareflexia a kompetencie v práci učiteľa*. Bratislava: Iris, 2004. 135 s. ISBN 8089018777.
- [17] KYRIACOU, Chris: *Klíčové dovednosti učitele: cesty k lepšímu vyučování*. 3. vyd., Praha: Portál 2012, 160 s., ISBN: 978-80-262-0052-9.
- [18] HUPKOVÁ, Marianna., PETLÁK, Erich. *Sebareflexia a kompetencie v práci učiteľa*. Bratislava: Iris, 2004. 135 s. ISBN 8089018777.
- [19] Videotrénink interakcí [online]. [cit. 2017-11-24]. Dostupné z: <http://www.centrumrozum.cz/videotrenink-interakci>
- [20] K čemu a jak VTI slouží. [online]. [cit. 2017-11-24]. Dostupné z: <https://www.videotrenink-interakci.cz/>
- [21] Amplifikace neboli rozšíření či rozhojnění obrazů je asociační metoda používaná při interpretaci snových obrazů, čerpající materiál (analogické obrazy) z mytologie, náboženství, folklóru a pohádek. /pozn. autorky/
- [22] DRAPELA, Viktor. *Přehled teorií osobnosti*. Portál 2004, 176 s., ISBN 80-7178-766-3.
- [23] FONAGY, Peter; TARGET, Mary. *Psychoanalytické teorie*. Praha: Portál, 2003. 400 s., ISBN 80-7178-993-3.
- [24] KRATOCHVÍL Stanislav. *Základy psychoterapie*. Praha: Portál, 2017, 408 s., ISBN 978-80-262-1227-0.
- [25] McWILLIAMS, Nancy. *Psychoanalytická diagnóza*, Portál, 2015, 410 s. ISBN 978-80-262-0943-0.
- [26] Šicková-Fabrici, Jaroslava. *Základy arteterapie*. Praha, Portál. 2016, 304 s., ISBN 978-80-262-1043-6.
- [27] Liebmann, Marian. *Skupinová arteterapie*. Praha: Portál, 2016, 280 s., ISBN 978-80-7367-729-9.

Princip dobrovolnosti v mediaci

Principle of Voluntariness in Mediation

Jan Holas

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Veveří 70, Brno

Abstrakt: Zásady v mediaci představují základní teoretické pilíře, na nichž je vystavěna celá **koncepce**. Jsou nástroji, které vedou účastníky k cílům mediace. Nedodržováním principů může dojít k podlamování základů koncepce a k vytrácení původního smyslu mediace. Zvláště aktuální je z tohoto hlediska dimenze principu dobrovolnosti, a to zejména vzhledem k trendu zavádění prvků donucení do právních řádů v různých podobách. Příspěvek se zabývá **tímto směřováním a jeho možným vlivem na udržitelnost originální koncepce** mediace. Hlavním cílem je vymezení principu dobrovolnosti a zodpovězení otázky, zda lze princip omezit, a pokud ano, jaké jsou limity uplatnění donucení. Problém je řešen teoretickou diferenciací donucení. Jsou rozlišeny dva aspekty – „donucení v mediaci“ a „donucení k mediaci“. Donucení v mediaci je z teoretického pohledu odmítnuto, neboť povaha koncepce vylučuje autortativní působení ve vztahu k uzavření dohody mezi účastníky. Nejasnou otázkou je přípustnost využití donucení k mediaci. Na základě analýzy nástrojů donucení a unijní a italské legislativy lze dospět k závěru, že donucení k mediaci nemusí omezovat princip dobrovolnosti. Jako vhodné se jeví využití nepřímých nástrojů donucení k mediaci, jejichž účelem je motivovat strany k participaci na mediaci. V každém případě je však nutné důkladně zvažovat limity přípustnosti donucení. Jejich překročení může mít negativní vliv na mediaci a i na její úspěšnost.

Klíčová slova: principy mediace, princip dobrovolnosti, povinná mediace, donucení v mediaci, donucení k mediaci.

Abstract: The principles of mediation symbolize basic theoretical pillars on which the whole conception rests. These instruments lead the participants of mediation to its aims. By breaching the principles, the whole conception could be weakened and the original meaning of mediation could disappear. The dimension of the principle of voluntariness is very topical in this sense, especially in relation to the trend of implementation of coercion elements to legal systems in various forms. The paper deals with this issue and its possible effect on sustainability of original mediation conception. The main aim is to define the principle of voluntariness and to answer the question whether the principle can be restricted and if so where the limit of coercion use is. The problem is solved by theoretical differentiation of coercion. Two aspects are mentioned – “coercion within mediation” and “coercion into mediation”. The concept of coercion within mediation is refused, since the character of mediation excludes the authoritative influence on making participants’ agreement. An unclear question is the admissibility of coercion into

mediation. The analysis of coercion instruments and EU and Italian legislation results in cognition that the coercion into mediation does not have to restrict the principle of voluntariness. It is appropriate to use the indirect instruments of coercion into mediation the aim of which is to motivate parties to participate in mediation. In any case, it is necessary, however, to consider carefully the limits of coercion admissibility. Exceeding these limits could have the negative influence on mediation and its success rate.

Keywords: Principles of Mediation, Principle of Voluntariness, Mandatory Mediation, Coercion within Mediation, Coercion into Mediation.

Úvod

Mediace se celosvětově stává čím dál častěji předmětem právní regulace. Toto směřování je vzhledem k plánované reformě civilního procesu opět aktuální i v českém prostředí. Zavádění či pozměňování právní regulace mediací sebou ovšem přináší riziko pokřivení základů, na nichž je mediace vybudována a díky nimž může poskytovat pro ni charakteristické výstupy. Ve výsledku tedy může mít narušení těchto základů vliv na celou koncepci a její udržitelnost. Při tvorbě práva je proto potřebné tyto teoretické základy neboli jednotlivé principy respektovat. To ovšem není úplně možné, aniž by došlo k jejich definování. V rámci legislativních úvah je proto nanejvýš vhodné věnovat pozornost teoretickému vymezení principů a případné návrhy právní regulace pak vytvářet v jejich duchu. Přebírání zahraničních právních úprav či různá *ad hoc* řešení bez ohledu na ujasněné teoretické základy mohou mít na mediaci negativní vliv.

Speciální ohled je nutné brát především na princip dobrovolnosti, neboť právní regulace může být významnou příčinou jeho omezení a narušení. Cílem tohoto příspěvku je zmapování teoretických základů principu dobrovolnosti a možností omezení tohoto principu – tedy forem donucení v mediaci. Práce by tak měla dospět k nastínění systému, v němž bude princip dobrovolnosti zachován. Zároveň bude zkoumáno, zda, případně v jaké míře, je možné využít při mediaci donucení.

1 Pojem principů a zásad v mediaci

I koncepce mediací, jako jeden z významných způsobů alternativního řešení konfliktů,^[1] je vystavěna na určitých principech tvořících

materiální základ její teorie. Slovo princip vychází z latinského *principium*, což v překladu znamená počátek, původ, východiště či základ. Principy tak tvoří základní východiska, předpoklady a výchozí body jakékoliv koncepce či teorie, přičemž je vhodné odlišovat je od cílů. Zatímco cíle představují konečné body, kterých má být v rámci procesu vývoje dosaženo, principy tohoto procesu si lze představit jako předpoklady nebo cesty k dosažení těchto cílů.[2] Vyjdeme-li z toho paradigmatu a uznáme-li, že základním cílem mediace je dosažení spokojenosti účastníků s procesem i s výsledkem řešení konfliktu,[3] pak můžeme principy mediace chápat jako nástroje, jejichž prostřednictvím bude možno dosáhnout takového cíle.

V této souvislosti je vhodné upozornit, že se vedle pojmu princip někdy zavádí také pojem zásada. Někteří autoři tyto dva pojmy rozlišují. Zatímco pojem princip často chápou jako zásadu obecnějšího rázu či vyššího systému, pojmem zásada využívají k vyjádření specifických základů určité disciplíny.[4] V tomto textu nejsou oba pojmy striktně rozlišovány.

V závislosti na situaci plní principy různé funkce. Velmi významnou je především jejich funkce při aplikaci mediace. Mediace by měla být vedena v duchu zásad a mediátor i další zúčastněné osoby by je měli respektovat. Jako další funkci lze jmenovat například zákonodárnou funkci – zákonodárce by měl při tvorbě práva v oblasti mediace přihlížet k jednotlivým zásadám a přijímat předpisy, v nichž se tyto zásady zrcadlí, či poznávací funkci – z pohledu na jednotlivé zásady je možné usuzovat na charakter celé koncepce mediace. Význam zásad a jejich teoretického vymezení proto není radno snižovat. Lze uzavřít, že principy představují základní vůdčí ideje a stěžejní pilíře, na nichž je mediace postavena, a že jejich nerespektování může mít významný vliv na celou koncepci a zejména na plnění cílů, jichž má být prostřednictvím mediace dosaženo.

Pokud jde o konkrétní principy mediace, R. Charlton[5] vymezuje pět hlavních „filozofických základů“ mediace. Podle ní představují základ pro teorii i praxi mediace a činí z ní atraktivní metodu pro řešení konfliktů ve srovnání s jinými zásadními formami řešení sporů. Jde o:

- důvěrnost,
- dobrovolnost,
- zmocnění,

- neutralitu a
- jedinečnost řešení.

V současné teorii mediace se pak můžeme setkat s podrobnějšími výčty zásad, vztahujícími se často již ke konkrétním aspektům mediace. Namátkou lze zmínit například následující:

- změna soupeření na spolupráci,
- orientace na budoucnost,
- pochopení odlišností,
- hledání nových možností,
- svoboda rozhodování či
- převzetí odpovědnosti.[\[6\]](#)

Takto vymezené principy a zásady by se jako nástroje k dosažení kýženého cíle měly důsledně uplatňovat, aby nedošlo k pokřivení celé koncepce. K tomu je ovšem třeba jejich relativně přesné teoretické vymezení. S vágní formulací principů si v praxi nemůžeme vystačit. Vytvořil by se tak snadno prostor pro zaplevelování původní koncepce nesystematickými postupy a ta by tak mohla snadno ztratit svůj originální smysl a efektivitu.

2 Princip dobrovolnosti

Z výše uvedeného textu je již zřejmé, že princip dobrovolnosti patří k nejvýznamnějším východiskům mediace. Dobrovolnost je v tomto smyslu možné charakterizovat jako svobodnou vůli účastníků. Jde o esenci mediace představující pomyslný předpoklad k dosažení jejího cíle. Z teoretického úhlu pohledu se tedy nedobrovolnost, resp. prvek donucení v koncepci mediace jeví jako rozporný s jedním ze základních pilířů, na nichž je celá koncepce vystavěna.

Racionálním vysvětlením principu dobrovolnosti je, že osoba, která se bez donucení účastní mediace, je někdo, kdo bude s to přijmout smysl konsenzuálního řešení sporu.[\[7\]](#) Zdá se tedy, že není vhodné, ba přímo slučitelné s koncepcí mediace, nutit účastníky přijmout určité řešení, autoritativně mediaci nařizovat nebo k ní jinak donucovat.

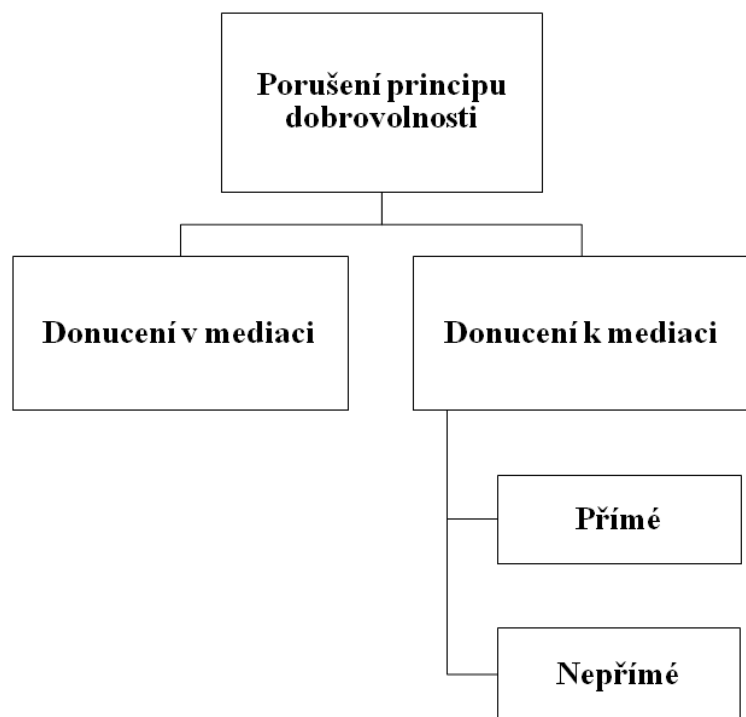
V teorii se objevila otázka, zda je nezbytné princip dobrovolnosti aplikovat ve všech stádiích mediace nebo zda tak musí být toliko

v některých stadiích. Problémem se zabývala B. Wolski.[8] Původně dospěla k závěru, že se dobrovolnost obsahově kryje s konsenzualitou, resp. přístupy založenými na shodě. Významově princip dobrovolnosti vymezila jako:

- dobrovolný vstup do mediace a dobrovolné zapojení účastníků,
- absenci tlaku na vyřešení sporu,
- výsledek reflektující preference účastníků založený na premise, že jsou to právě strany, kdo vymezuje předmět a výsledek sporu,
- možnost účastníků odmítnout řešit spor či akceptovat konkrétní řešení.

B. Wolski své názory o výše vymezeném, ryze dobrovolném systému později revidovala. Začala rozlišovat stupně dobrovolnosti (*levels of voluntariness*) v závislosti na fázi mediačního procesu. Povšimla si totiž, že zahájení mediace je spojováno s určitou formou nátlaku, a není proto čistě dobrovolné. Podobně i zájmy mediátorů, dispozice s mocí a s určitými postupy ve vztahu k účastníkům a možný tlak na vyřešení sporu hrají proti nazírání na mediaci jako na čistě dobrovolný proces. Uvědomuje si však rozdíl mezi „donucením k mediaci“ a „donucením v mediaci“. Činí závěr, že princip dobrovolnosti lze redukovat na možnost účastníků přijmout nebo odmítnout výsledky mediace či jinými slovy na nedostatek pravomoci mediátora autoritativně rozhodnout o sporu. Pod princip naopak nezařazuje vstup a participaci účastníků v mediaci ani nátlak mediátora na vyřešení sporu.[9]

Systém možného narušení principu dobrovolnosti v mediaci, projevující se v různých formách donucení, je znázorněn v následujícím schématu:



Obr. 1. Možnosti narušení principu dobrovolnosti v mediaci, formy donucení.

2.1 Donucení v mediaci

Jednou z rozlišovaných forem donucení je donucení v mediaci. Jde o donucení působící až ve fázi zahájené mediaci. Do této kategorie můžeme řadit donucení účastníků k přijetí nebo odmítnutí výsledků mediaci a tlak na vyřešení sporu.

S výše uvedenými teoretickými závěry se lze zcela ztotožnit v tom smyslu, že přijetí nebo odmítnutí výsledků mediaci je nutné ponechat zcela na vůli stran sporu. Donucení v tomto ohledu nelze aplikovat. Není přijatelné, aby účastníci byli nuceni k přijetí či odmítnutí výsledků mediaci. Tento aspekt je možno chápat jako základní kámen principu dobrovolnosti v mediaci. Jeho porušení by vedlo ke smetení konsenzuální koncepce řešení konfliktů, na níž je mediaci vystavěna.

Dalším argumentem pro nutnost zachování principu dobrovolnosti při přijímání, případně odmítání řešení v mediaci ve stávajícím právním systému je, že se nepohybujeme v oblasti procesního práva, pro jehož veřejnoprávní charakter je typické vystupování třetího subjektu autoritativně rozhodujícího o právech a povinnostech procesních stran.

V soukromoprávních odvětvích jsou naproti tomu právní vztahy postaveny na zásadě autonomie vůle stran.^[10] Rozhodující je tak vůle účastníků dohodnout se, příp. se nedohodnout. Mediátor může hrát toliko roli zprostředkovatele nebo případně rádce účastníků. Tento postup je proto nutné ponechat zcela na bázi dobrovolnosti.

Souhlasit lze i s tím, že mediátoři mohou vyvíjet na účastníky určitý nátlak, aby svůj spor vyřešili. Tento postup je však akceptovatelný pouze jako technika mediátora cílící k efektivnímu vyřešení sporu. Pokud nátlak tuto míru překročí, zejména pak šlo-li by o tlak k uzavření obsahově určité dohody, jde o narušení principu dobrovolnosti v procesu mediace. Je na libovůli účastníků, aby při nemístném nátlaku mediátora, který by popřel vůli účastníků přijmout či odmítnout určité řešení, na jehož obsahu se svobodně shodli, mediaci ukončili. Takový způsob nátlaku porušení principu dobrovolnosti v mediaci jistě představuje.

2.2 Donucení k mediaci

Druhou formou donucení je donucení k mediaci. V tomto případě jde o donucení k zahájení mediačního procesu. Při hodnocení tohoto aspektu již v teorii nepanuje jasná shoda na tom, zda dobrovolné zahájení mediace také náleží do obsahu principu dobrovolnosti, a v mediaci je tedy nepřijatelným, nebo zda jeho aplikace nevede k porušení principu.^[11] Na jednu stranu tato forma donucení účastníkům mediace neubírá na svobodné vůli sjednat a přijmout, příp. naopak nepřijmout dohodu jako výsledek mediace. Základní kámen principu dobrovolnosti tak zůstává nedotčen. Na druhou stranu zde však je riziko, že donucení k mediaci může negativně ovlivnit koncepci mediace a její efektivitu. Tento aspekt je nutné si v následujícím textu přiblížit a dále zkoumat jeho povahu.

Nástroje donucení k mediaci

A. Nelle^[12] ve své práci vymezuje právní nástroje, jejichž prostřednictvím je možné dosáhnout donucení k mediaci. V kontextu kontinentálního právního systému jsou relevantní následující způsoby:

- donucení na základě zákona – v tomto případě půjde o povinnost stanovenou na základě obecně závazného pravidla; v praxi může jít jak

o povinnost zahájit mediaci, na níž je potom nahlíženo jako na podmínku přístupu k soudu, tak i například o povinnost zúčastnit se setkání s mediátorem, aniž by byla samotná mediace zahájena;

- donucení na základě soudního rozhodnutí – donutit k mediaci je možné také na základě individuálního právního aktu; jeho účinky mohou být v praxi obdobné jako u donucení na základě zákona, rozdílem však je, že jde o donucení individuální, nikoliv stanovené plošně;
- donucení na základě smlouvy (mediační doložky) – tento způsob vychází primárně z vůle stran řešit spor v mediaci, porušení takového závazku však může mít negativní právní konsekvence s donucujícím účinkem, budou se lišit v závislosti na aplikovaném právním řádu.

Přímé donucení k mediaci

Donucení k mediaci je možné rozdělit na přímé a nepřímé v závislosti na tom, jaké nástroje donucení jsou využity. Pojem přímé donucení neznačí, že by tato forma nutně musela mít na účastníky intenzivnější dopad, nýbrž že je prostřednictvím určitého nástroje stanovena povinnost přímo zahájit mediaci. Můžeme rozlišovat mezi kategorickým a diskrečním donucením. [13] Při využití kategorického donucení půjde o takový systém, v němž jsou strany sporu plošně nuceny využít mediaci jako povinný předstupeň soudního řízení ve stanovených typech sporů. Proběhnutá mediace tak zpravidla představuje podmínku přístupu k soudu. Diskreční donucení oproti tomu představuje model, v němž mají zpravidla soudci pravomoc odkázat ty případy, které se jim k tomu zdají vhodné, na přímé využití mediace. Je otázkou, zda takový způsob donucení koliduje s principem dobrovolnosti.

Nepřímé donucení k mediaci

Proti přímému donucení stojí koncepce donucení nepřímého. V ní není stanovena přímá povinnost zahájit mediaci. Jde pouze o využití dílčích motivačních faktorů, jejichž účelem je přimět strany řešit spor v mediaci. Jejich možné důsledky stranu často nutí, resp. motivují k účasti na mediaci. Za takové donucení lze v rámci českého právního řádu považovat např. institut nařízení prvního setkání s mediátorem podle § 100 odst. 2 občanského soudního řádu. [14] Strana sporu není přímo nucena zahájit

mediaci, toliko je nucena se s koncepcí mediace na prvním setkání se zapsaným mediátorem seznámit. Je pak na ní, zda tuto možnost využije či ne. Jiným způsobem nepřímého donucení s různou mírou intenzity může být například povinné poskytování informací o mediaci ze strany právnických profesí, penalizace strany nepřiznáním náhrady nákladů řízení při neprovedení pokusu o mediaci či naopak její zvýhodnění, kupříkladu vynětím z povinnosti platit soudní poplatek nebo jeho část při snaze o řešení sporu v mediaci.

Obecně se zdá, že využití nástrojů nepřímého donucení k mediaci představuje nižší stupeň omezení principu dobrovolnosti než nástroje přímého donucení, neboť stranám umožňují vyšší míru diskrece k tomu, zda mediaci zahájí či ne. To ovšem může být mylná představa. Záleží totiž na zvoleném nepřímém nástroji. Intenzita jejich působení je různá. V některých případech může mít na stranu sporu větší dopad nepřiznání náhrady nákladů řízení, tedy využití nástroje nepřímého donucení, než důsledky porušení přímé povinnosti zahájit v daném typu sporu mediaci.

2.3 Dílčí závěr

Lze uzavřít, že princip dobrovolnosti je významným pilířem celé koncepce. Je tedy možné o něm uvažovat jako o předpokladu, díky němuž se dosahuje cílů a výsledků, jaké jsou pro mediaci typické. Zásadní otázkou je vymezení rozsahu tohoto principu. Donucení v mediaci je s tímto principem zásadně neslučitelné. Jak je tomu ale s donucením k mediaci? V dnešní době se zdá představitelné, ba dokonce žádoucí, [\[15\]](#) využití určité formy motivace účastníků sporu. Podstatnou otázkou však je stanovení limitů, resp. přípustné míry donucení, aby nedošlo k omezení principu dobrovolnosti, a tím i potažmo k pozměnění výstupů mediace. V odborné literatuře se objevily skeptické názory na to, zda je vůbec možné donucení k mediaci reálně odlišit od donucení v mediaci. [\[16\]](#) Někteří autoři uvádějí, že donucení k mediaci nevyhnutelně vede k donucení v mediaci a potažmo pak k nespravedlivým (*unfair*) výsledkům mediace. [\[17\]](#) Navíc z některých empirických studií vyplývá závěr, že účastníci jsou více spokojeni s mediací, když k ní nejsou nuceni a pozornost je věnována jejich potřebám. [\[18\]](#) Bližší náhled na možný vliv

využití donucení k mediaci na celou koncepci nám mohou poskytnout zkušenosti z právních systémů, v nichž se tento přístup aplikuje.

3 Promítání principu dobrovolnosti v právním systému

3.1 Nadnárodní úroveň

Pokud si klademe za cíl zmapovat fungování donucení k mediaci a respektování principu dobrovolnosti v evropském prostoru, je vhodné se zkoumáním začít na nadnárodní úrovni. Pro další vývoj tuzemské legislativy má totiž v současné době určující význam[\[19\]](#) a je proto významným ovlivňujícím faktorem. Evropská unie klade důraz na podporu ADR. Počátky těchto snah lze vysledovat již v devadesátých letech minulého století. Významný mezník v rámci legislativní činnosti Evropské unie však přichází až v roce 2008, kdy došlo k vydání směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES, o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech (dále jen „směrnice“). Směrnice se vztahuje na přeshraniční spory a členské státy mají povinnost ji transponovat do národních řádů. Pro mnoho států EU to byl významný motiv k vůbec prvnímu zakotvení mediace ve svých právních systémech.[\[20\]](#)

Ve směrnici jsou na několika místech zmiňovány formy donucení k mediaci. V uvedených ustanoveních můžeme provést jejich analýzu:

„(13) Mediace podle této směrnice by měla být dobrovolným řízením v tom smyslu, že strany sporu za ně samy odpovídají, mohou je organizovat podle svého uvážení a kdykoli je mohou ukončit. Soudy by však podle vnitrostátního práva měly mít možnost stanovit pro mediační řízení lhůty. Navíc by soudy měly mít možnost v případech, kdy je to vhodné, upozornit strany sporu na možnost mediace.“

V bodě 13 preambule směrnice je výslovný odkaz na dobrovolnost mediace. Uvedené pojetí ovšem nevychází z širokého, ryzího chápání principu dobrovolnosti, nýbrž se omezuje pouze na aspekty oblasti dobrovolnosti v samotné mediaci, nikoliv tedy na dobrovolnost přistoupení k mediaci. Naopak se uvádí, že soudy by měly mít možnost

v případech, kdy je to vhodné, upozornit strany sporu na možnost mediace, což naznačuje možnost využití forem donucení k mediaci.

„(14) Nic v této směrnici by se rovněž nemělo dotýkat vnitrostátních právních předpisů, podle nichž je využití mediace povinné nebo je předmětem pobídek nebo sankcí, za předpokladu, že tyto právní předpisy nebrání stranám sporu ve výkonu jejich práva na přístup k soudnictví. Ničím v této směrnici by rovněž neměly být dotčeny stávající samoregulační mediační systémy, pokud se zabývají aspekty, které tato směrnice neupravuje.“

Z bodu 14 preambule směrnice pak již explicitně plyne, že za splnění určitých podmínek[21] může být v souladu s právem Evropské unie využití nástrojů donucení k mediaci, a to jak přímých, což vyplývá z možnosti využití povinné mediace, tak i nepřímých, což je patrné z možnosti učinit mediaci předmětem pobídek nebo sankcí.

Na základě uvedeného je možné učinit dílčí závěr o tom, že se princip dobrovolnosti v pojetí práva Evropské unie za splnění určitých podmínek neuplatní ve vztahu k přímému ani nepřímému donucení k mediaci. Taková ustanovení však vypovídají spíše o skutečném teoretickém vymezení principu dobrovolnosti, ukazují pouze možnou cestu a vymezují rámec pro členské státy EU.

3.2 Italský příklad

V rámci států Evropské unie je Itálie nanejvýš vhodným příkladem pro demonstraci využívání mediace a její četnosti a úspěšnosti v závislosti na využitém způsobu zakotvení. Je tomu tak proto, že se v Itálii v průběhu nedávné doby vystřídal několik možných modelů mediace. Iniciativy k začleňování mediace do italského civilního procesu byly odůvodňovány zejména odbřemeňováním soudů. Italské soudy se totiž potýkaly s vysokým počtem soudních nedodělků, blízcímu se šesti milionům napadených věcí.[22]

Chronologicky lze vyčleňovat následující modely:[23]

- Do roku 2011 byla v Itálii mediace poskytována na bázi dobrovolnosti, přičemž do roku 2005 nebyla mediace ani regulována žádným právním předpisem.
- V důsledku implementace směrnice bylo schváleno vládní nařízení č. 28/2010. Účinnosti nabylo v březnu 2011. Podle nařízení mohla být

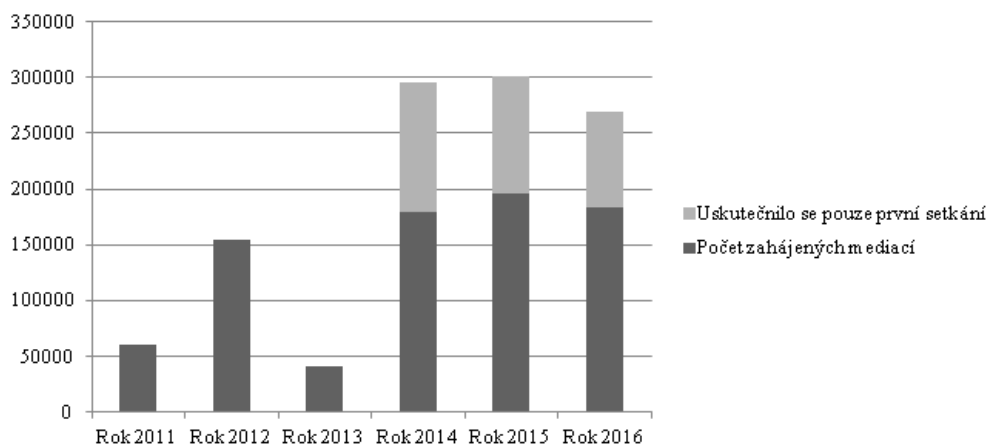
mediace využívána jako povinná, dobrovolná, vyžádaná na základě smluvního ujednání nebo přikázaná soudem. Pro vymezené typy sporů byla mediace v nařízení stanovena jako povinná. Konkrétně šlo o spory týkající se spoluvlastnictví, věcných práv, společného majetku, dědictví, rodinných smluv, nájmu, výpůjčky, pronájmu podniku, náhrady škody způsobené provozem vozidla nebo plavidla, lékařské odpovědnosti a pomluvy prostřednictvím tisku nebo jiného komunikačního prostředku, pojistných, bankovních a finančních smluv. Před podáním žaloby ve sporech s takovým předmětem bylo potřeba provést mediaci. Ta se v důsledku této povinnosti stala podmínkou přípustnosti podání žaloby. Nepřípustnost žaloby mohla být namítána žalovaným nebo o ní rozhodl soud bez návrhu. Pokud soud zjistil, že mediace nebyla zahájena nebo že již zahájená mediace nebyla dosud ukončena, stanovil lhůtu pro mediační jednání. V případě, že mezi účastníky mediace došlo k uzavření smírné dohody, mediátor vyhotovil zápis, který se stal přílohou samotné dohody. Pokud k dohodě nedošlo nebo o to účastníci požádali, mediátor mohl vypracovat návrh smíru sám. Když se účastníci neztotožnili ani s takovým návrhem, mediátor vyhotovil zápis, v němž svůj návrh uvedl. V případě, že by v následném soudním řízení soud rozhodl ve shodě s návrhem mediátora uvedeným v zápisu, soud vyloučil náhradu nákladů vzniklých účastníku řízení, který měl ve věci úspěch a který návrh odmítnul, za období následující po vypracování návrhu a uložil mu náhradu nákladů řízení účastníka, který neměl ve věci úspěch, za totéž období, a také zaplacení státu další částky ve výši odpovídající soudnímu poplatku. Soud mohl vyloučit náhradu nákladů i v případě, v němž konečné soudní rozhodnutí zcela neodpovídalo obsahu návrhu mediátora, jestliže pro to byly vážné a výjimečné důvody.^[24] Pro většinu zbylých sporů zůstala mediace v režimu dobrovolného využití.

- Od října 2012 do září 2013 přestala být mediace v Itálii opět ve všech civilních sporech povinnou. Článek 5 odstavec 1 vládního nařízení č. 28/2010, zavádějící povinnou mediaci, totiž byl pro neústavnost zrušen italským ústavním soudem z důvodů procedurálních, neboť vláda neměla pravomoc k vydávání právních

předpisů s takovým obsahem. K souladu povinné mediace s ústavním pořádkem se ústavní soud nevyjádřil.

- V září 2013 nabyl účinnost zákon č. 69/2013. Přinesl změny do původního nařízení č. 28/2010. Mediace byla opět ve vybraných typech sporu (tentokrát mimo spory o náhradu škody způsobenou provozem vozidla nebo plavidla) zavedena jako povinná. Zmírnění modelu fungování povinné mediace však představovalo to, že účastníci mohli z mediace vystoupit, pokud první setkání s mediátorem skončilo bez dohody (tzv. princip *opt-out*). Podmínka přípustnosti žaloby se poté považovala za splněnou. Nově musí být účastníci v mediaci zastoupeni advokáty. Mediační dohoda podepsaná advokáty účastníků se pak stává přímo vykonatelnou. Tento systém by měl trvat do srpna 2017. Zajímavým faktem z hlediska civilního procesu je, že zavedení takového systému nemusí samo o sobě znamenat omezení práva na spravedlivý proces, konkrétně práva na přístup k soudu. [\[25\]](#)

Následující graf znázorňuje počty zahájených mediací v Itálii v rozmezí let 2011–2016. Od roku 2014 je zohledněna také možnost absolvovat pouze první setkání s mediátorem.



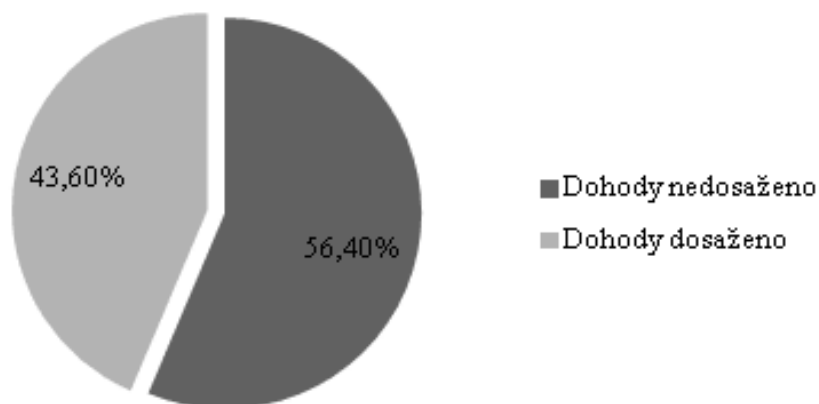
Obr. 2. Množství uskutečněných mediací v letech 2011–2016. [\[26\]](#)

Z uvedených dat lze vysledovat významný nárůst zahájených mediací v letech, kdy byla ve sporech s určitým druhem předmětu ze zákona povinná. Od roku 2014 společně se změnou právních předpisů výrazně roste také podíl případů, v nichž se uskutečnilo pouze první setkání s mediátorem, čímž došlo ke splnění podmínky přístupu k soudu, a posléze k vystoupení z procesu. Tyto údaje nasvědčují tomu, že bez vnucení

povinného systému shora by mediace neměla mezi spornými stranami takovou odezvu a v případě odpadnutí podmínky přístupu k soudu by výrazně opadl i zájem.

Z uskutečněných mediací v roce 2016 bylo 79,60 % povinných, 8,80 % dobrovolných, 11,00 % individuálně přikázaných soudem a 0,50 % provedených na základě smlouvy (mediační dohody).[\[27\]](#) Pouze 9,30 % mediací se tedy konalo z vůle účastníků.

V následujícím grafu jsou znázorněna data ohledně úspěšnosti prováděných mediací v roce 2016. Zohledněny jsou pouze případy, v nichž došlo k zahájení mediace. Nejsou započteny případy, v nichž se uskutečnilo pouze první informativní setkání s mediátorem.



Obr. 3. Úspěšnost mediace (2016).[\[28\]](#)

Výsledky úspěšnosti mediace v italském systému lze považovat za znepokojivé. Dohody bylo dosaženo v pouhých 43,60 % konaných mediací, přičemž významná masa případů, která byla skončena hned po prvním setkání s mediátorem, v grafu ani zahrnuta není. Odhadované podíly úspěšnosti v systémech s mediací zahajovanou dobrovolně přitom bývají výrazně vyšší.[\[29\]](#) Ve vztahu k podílu úspěšnosti lze usuzovat, že nástroje donucení k mediaci s vysokou mírou intenzity působení na strany sporu nemusí být efektivní a mohou vést ke snížení úspěšnosti mediace.

4 Zhodnocení modelů donucení k mediaci

Po představení italského systému, v němž se uplatňuje plošné donucení k mediaci (nejprve přímé donucení, po legislativní změně pak systém, z něhož je po absolvování informativního setkání s mediátorem možné vystoupit), lze usuzovat na možné výhody a nevýhody tohoto modelu. Mezi výhody jednoznačně náleží zvýšení informovanosti o možnostech využití mediace, které s sebou zavedení povinné mediace nutně nese, a dále snížení přetížení soudů. Z výše uvedených grafů vyplývá, že z celkových 183 977 provedených mediací v roce 2016 bylo 43,60 % úspěšných. Z přepočtu lze zjistit, že se tedy soudům díky mediacím, v nichž došlo k uzavření dohody, snížil nápad o více než 80 000 nových, potencionálních případů. V systému je však možné nalézt i nevýhody. Jako první lze označit vytváření další vrstvy procedury. Ta může mít negativní dopad na délku řešení sporu a v neposlední řadě také na výši nákladů, kterou budou muset účastníci vynaložit. Nelze totiž vyloučit, že se společně se zvyšující poptávkou po službách mediátorů bude zvyšovat i cena jejich služeb. Tyto faktory pak mohou ve vzájemné souhře vyústit v omezení uplatnění veřejného práva na přístup k soudu a protiústavnost celého systému. Významným negativem koncepce s vysokou mírou donucení pak také může být pokles úspěšnosti mediace,[\[30\]](#) neboť do mediace již nepřicházejí pouze strany sporu, které se chtějí dohodnout. Na příkladu Itálie lze demonstrovat, že s připočítáním případů, v rámci nichž se uskutečnilo pouze první setkání s mediátorem, se úspěšnost bude pohybovat okolo 30 %. Je tedy otázkou, zda zbylých 70 % stran sporu k účasti na mediaci nutit. Dopad na tyto účastníky se projeví minimálně v prodloužení konečné délky řešení sporu a v navýšení celkových nákladů o náklady mediace.

Možnou cestu z problémů představuje vhodné využití nástrojů nepřímého donucení, tedy různých motivací, které mají za cíl vést stranu k řešení konfliktu v mediaci. Výhody přímého donucení, jako jsou zvýšení informovanosti a snížení přetížení soudů, mohou zůstat zachovány. Využitím nepřímých nástrojů donucení se však můžeme zbavit výše zmíněných nevýhod. Nedojde k vytvoření další vrstvy procedury, nemusí být bráněno přístupu k soudu a nemusí mít ani vliv na úspěšnost mediace,

protože strany sporu nebudou přímo nuceny k jejímu zahájení. Podstatné je ale vzít v úvahu intenzitu nástrojů nepřímého donucení. Některé, jako je například povinné setkání s mediátorem, se totiž blíží spíše donucení přímému.

D. Quek[31] zmiňuje tři faktory, jejichž uplatnění vede ke ztrátě dobrovolné podstaty mediace. Jsou jimi nahodilé a kategorické odkazování stran sporu na mediaci, nepřiměřené sankce spojené s neúčastí na mediaci a nadměrný dohled nad účastí stran v mediaci.

Představitelnými nepřímými nástroji v tomto kontextu mohou být nástroje zvyšování právní informovanosti. V této souvislosti se jeví jako velmi vhodné zavedení informační povinnosti některým právnickým profesím. V praxi by tak například advokáti mohli mít povinnost před podáním návrhu na zahájení soudního řízení ve věci informovat klienta o možnosti řešit spor mimosoudně prostřednictvím mediace. Výhoda tohoto nástroje spočívá v tom, že strany sporu se o možnostech využití mediace dozví ještě před zahájením soudního sporu. Pravděpodobnost jejího využití bez přímého donucení tak zřejmě bude vyšší než v případech, kdy se ke stranám dostanou informace o mediaci až ve fázi již zahájeného soudního řízení. Nevylučuje to ovšem ani podávání informací účastníkům soudem. Za tím účelem je představitelné i využití soudního roku – tedy jakéhosi setkání soudce s účastníky a případně i mediátorem v neformálním prostředí. Zde může být nalezen prostor nejen na informování stran o mediaci, ale i k mediaci samotné.

Další skupinu představitelných nepřímých nástrojů představují nástroje ekonomické. Lze využít pozitivní i negativní motivace. Strana soudního sporu může být pozitivně motivována kupříkladu vrácením soudního poplatku nebo jeho části, bude-li při řešení sporu v mediaci po zahájení soudního řízení úspěšná.[32] Negativní motivace zase může spočívat v nepřiznání náhrady nákladů řízení, odmítne-li strana bezdůvodně mediaci.

Lze uzavřít, že využití nástrojů donucení k mediaci nemusí být v rozporu s principem dobrovolnosti. Nutné je vždy zkoumat intenzitu konkrétního nástroje donucení. Při překročení určitých limitů klesá úspěšnost mediace a efektivita celého systému řešení sporů. Pregnantní vymezení těchto limitů zůstává otevřenou otázkou k dalšímu bádání.

Použitá literatura

Tištěné zdroje:

1. ALEXANDER, Nadja; WALSH, Sabine; SVATOŠ, Martin et al. *EU Mediation Law Handbook: Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017. ISBN 978-90-411-5859-8.
2. GUTHRIE, Chris; LEVIN, James. A „Party Satisfaction“ Perspective on a Comprehensive Mediation Statute. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1998, 13(3), 885–907. ISSN 1046-4344.
3. HOLÁ, Lenka. *Mediace v teorii a praxi*. Praha: Grada, 2011. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-3134-6.
4. HURDÍK, Jan. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998. ISBN 80-210-2001-6.
5. CHARLTON, Ruth. *Dispute Resolution Guidebook*. Pyrmont: LBC Information Services, 2000. ISBN 9780455217475.
6. KATZ, Lucy V. Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin. *Journal of Dispute Resolution*. 1993, 1, 1–55. ISSN 1052-2859.
7. MARTUSCELLO, Michael Henry. The State of the ADR Movement in Italy: The Advancement of Mediation in the Shadows of the Stagnation of Arbitration. *New York International Law Review*. 2011, 24, 49–98. ISSN 1050-9453.
8. NELLE, Andreas. Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1992, 7(2), 287–314. ISSN 1046-4344.
9. NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Is Europe Headed down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. 2012, 37, 981–1012. ISSN 0743-1759.
10. QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: an Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 2010, 11(2), 479–510.
11. SPENCER, David; BROGAN, Michael. *Mediation Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. ISBN 0-521-67694-0.
12. WISSLER, Roselle L. The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts. *Willamette Law Review*. 1997, 33(565), 565–604. ISSN 0191-9822.
13. WOLSKI, Bobette. Voluntariness and Consensuality: Defining Characteristics of Mediation. *Australian Bar Review*. 1996–97, 15, 213. ISSN 0814-8589.

Elektronické zdroje:

1. D'URSO, Leonardo. Italy's Mediation Law: An Overview. *The Global Pound Conversation*. Publikováno v červnu 2017 [cit. 2017-11-17]. Dostupné z: <http://blog.globalpound.org/2017/06/22/ITALYS-MEDIATION-LAW-AN-OVERVIEW/>

2. RANDOLPH, Paul. Compulsory Mediation. *Mediate.com*. Publikováno v lednu 2013 [cit. 2017-11-27]. Dostupné z: <http://www.mediate.com/articles/RandolphP1.cfm>
3. Statistiky italského ministerstva spravedlnosti [cit. 2017-11-17]. Dostupné z: <https://webstat.giustizia.it/>
4. SVATOŠ, Martin. Mandatory Mediation Strikes Back. *Mediate.com*. Publikováno v listopadu 2013 [cit. 2017-11-17]. Dostupné z: <http://www.mediate.com/articles/SvatosM1.cfm>

Legislativní zdroje a judikatura:

1. ITÁLIE. Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. In: *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. [cit. 2017-11-22]. Dostupné z: <http://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2010-03-05&task=dettaglio&numgu=53&redaz=010G0050&tmstp=1268383881637>
2. ITÁLIE. Decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69. In: *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. [cit. 2017-11-22]. Dostupné z: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/06/21/13G00116/sg>
3. Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 14. června 2017. Menini a Rampanelli proti Banco Popolare Società Cooperativa. Věc C-75/16 [cit. 2017-11-18]. Dostupný z: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191706&pageIndex=0&doclang=CS&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2376753>
4. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 2017-11-18]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:cs:PDF>
5. Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 2017-11-10].

Kontakt

Mgr. Jan Holas

Jan.Holas@law.muni.cz

[1] Dále také ADR (z anglického *alternative dispute resolution*). Obecně jimi rozumíme nástroje určené k řešení konfliktů. Představují alternativu k soudnímu řízení.

[2] HURDÍK, Jan. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 11. ISBN 80-210-2001-6.

- [3] Srov. HOLÁ, Lenka. *Mediace v teorii a praxi*. Praha: Grada, 2011, s. 52. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-3134-6.
- [4] HURDÍK, Jan. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 11. ISBN 80-210-2001-6.
- [5] CHARLTON, Ruth. *Dispute Resolution Guidebook*. Pyrmont: LBC Information Services, 2000, s. 14-15. ISBN 9780455217475.
- [6] Srov. např. HOLÁ, Lenka. *Mediace v teorii a praxi*. Praha: Grada, 2011. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-3134-6.
- [7] SPENCER, David; BROGAN, Michael. *Mediation Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 87. ISBN 0-521-67694-0.
- [8] WOLSKI, Babette. Voluntariness and Consensuality: Defining Characteristics of Mediation. *Australian Bar Review*. 1996-97, 15, 213. ISSN 0814-8589.
- [9] WOLSKI, Bobette. Voluntariness and Consensuality: Defining Characteristics of Mediation. *Australian Bar Review*. 1996-97, 15, 227. ISSN 0814-8589.
- [10] HURDÍK, Jan. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 35. ISBN 80-210-2001-6.
- [11] Blíže viz např. QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: an Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 2010, 11:2, 479-510.
- [12] NELLE, Andreas. Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1992, 7(2), 289. ISSN 1046-4344.
- [13] QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: an Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 2010, 11(2), 481.
- [14] Viz § 100 odst. 2 zákona č. 99/1963, občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 2017-11-10].
- [15] A to zejména vzhledem ke snaze odbřemenit soudy a zvýšit informovanost o mediaci.
- [16] QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: an Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 2010, 11(2), 485.
- [17] Srov. např. WISSLER, Roselle L. The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts. *Willamette Law Review*. 1997, 33:565, 565. ISSN 0191-9822. KATZ, Lucy V. Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin. *Journal of Dispute Resolution*. 1993, 1, 41. ISSN 1052-2859.
- [18] Viz např. GUTHRIE, Chris; LEVIN, James. A „Party Satisfaction“ Perspective on a Comprehensive Mediation Statute. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1998, 13(3), 885-907. ISSN 1046-4344. Na tomto místě je nutné dodat, že existují i studie dospívající k opačným závěrům.
- [19] Členské státy EU jsou povinny směrnice transponovat do tuzemského práva. Právo EU má obecně aplikační přednost před tuzemským právem členského státu.
- [20] Najdou se ovšem výjimky, které už několik let před vydáním směrnice již měly právní úpravy mediace. Srov. např. polský zákon o mediaci z roku 2005.
- [21] Konkrétně zejména za splnění podmínky zachování práva na přístup k soudu. Souladu uplatnění donucujících mechanismů s právem na spravedlivý proces, resp. právem na přístup k soudu se ve svém aktuálním rozhodnutí věnoval Soudní dvůr Evropské unie ve věci C-75/16.

- [22] Viz MARTUSCELLO, Michael Henry. The State of the ADR Movement in Italy: The Advancement of Mediation in the Shadows of the Stagnation of Arbitration. *New York International Law Review*. 24, 2011, 49-98. ISSN 1050-9453.
- [23] V podrobnostech viz např. MASTELLONE, Carlo; RISTORI, Laura. Chapter 17: Italy. In: ALEXANDER, Nadja; WALSH, Sabine; SVATOŠ, Martin et al. *EU Mediation Law Handbook: Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017, 465-492. ISBN 978-90-411-5859-8. D'URSO, Leonardo. Italy's Mediation Law: An Overview. *The Global Pound Conversation*. Publikováno v červnu 2017 [cit. 2017-11-17]. Dostupné z: <http://blog.globalpound.org/2017/06/22/ITALYS-MEDIATION-LAW-AN-OVERVIEW/> nebo SVATOŠ, Martin. Mandatory Mediation Strikes Back. *Mediate.com*. Publikováno v listopadu 2013 [cit. 2017-11-17]. Dostupné z: <http://www.mediate.com/articles/SvatosM1.cfm>
- [24] Srov. např. NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Is Europe Headed down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. 2012, 37, 1004-1005. ISSN 0743-1759.
- [25] K tomu srovnej rozsudek Soudního dvora EU ve věci *Menini a Rampanelli vs. Banco Popolare Società Cooperativa* ze dne 14. června 2017, sp. zn. C-75/16 [cit. 2017-11-18]. Dostupný z: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191706&pageIndex=0&doclang=CS&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2376753>
- [26] Údaje dostupné na webových stránkách italského ministerstva spravedlnosti [cit. 2017-11-17]. Dostupné z: <https://webstat.giustizia.it/>
- [27] Údaje dostupné na webových stránkách italského ministerstva spravedlnosti [cit. 2017-11-27]. Dostupné z: <https://webstat.giustizia.it/>
- [28] V grafu jsou zahrnuty pouze případy, kdy účastníci v mediaci pokračovali i po uskutečnění prvního setkání s mediátorem. Údaje dostupné na webových stránkách italského ministerstva spravedlnosti [cit. 2017-11-17]. Dostupné z: <https://webstat.giustizia.it/>
- [29] Úspěšnost mediace v systémech bez přímého donucení bývá odhadována kolem 75 %.
- [30] RANDOLPH, Paul. Compulsory Mediation. *Mediate.com*. Publikováno v lednu 2013 [cit. 2017-11-27]. Dostupné z: <http://www.mediate.com/articles/RandolphP1.cfm>
- [31] QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: an Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 2010, 11(2), 490–492.
- [32] Srovnej např. s bulharským či rumunským systémem. Viz NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Is Europe Headed down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. 2012, 37, 1005–1006. ISSN 0743-1759.

Problematické aspekty nařízení prvního setkání se zapsaným mediátorem

Problematic aspects of the judicial decision on the first meeting with a registered mediator

Jiří Grygar

Krajský soud v Praze, Nám. Kinských 5, 150 75 Praha 5

Abstrakt: Příspěvek popisuje historický legislativní vývoj zavedení mediace do českého právního řádu a zameřuje se na aspekty integrace mediace do civilního procesu, tedy na případy, kdy soud nařídí stranám sporu setkání s mediátorem. Rozebírá pojmy účelnosti a vhodnosti ve vztahu k nařízení mediace, popisuje problematiku nákladů soudního řízení v souvislosti s mediací, jakož i případné přerušení soudního řízení z důvodu probíhající mediace. Dále příspěvek rozebírá přípustnost odvolání a hodnotí procesní úpravu v zákoně o zvláštních řízeních soudních.

Klíčová slova: mediace, mediátor, náklady řízení, přerušení řízení, odvolání.

Abstract: The article describes the historical legislative development of the introduction of mediation into the Czech legal order and focuses on the aspects of the integration of mediation into the civil process, ie cases where the court orders the parties a meeting with a registered mediator. It discusses the concepts of expediency and suitability in relation to mediation regulation, describes the issue of costs of court proceedings in connection with mediation, as well as interruption of court proceedings due to ongoing mediation. Further, the article analyzes the admissibility of the appeal and evaluates the procedural adjustment in the law on special judicial proceedings.

Keywords: Mediation, Mediator, Costs of court proceedings, Interruption of court proceedings, Appeal.

Úvod

Zákon o mediaci (zákon č. 202/2012 Sb.) nabyl účinnosti dne 1. října 2012 a byl novelizován pouze jednou (zákonem č. 183/2017 Sb.), s účinností od

1. července 2017, přičemž šlo jen o technickou novelu nikoli ohledně mediace, ale pouze ohledně názvosloví při správním trestání.^[1]

Provedeme-li porovnání s procesními předpisy, tak za stejné období byl občanský soudní řád novelizován osmnáctkrát a zákon o zvláštních řízeních soudních osmkrát. Můžeme si proto s nadsázkou klást otázku, zda je zákon o mediaci po legislativní stránce natolik dobře napsaný, že prostě další změny nepotřebuje, nebo zda je naopak natolik na chvostu politického zájmu, že si na něj již nikdo ani nevzpomene.

1 Vývoj právní úpravy

První přípravy legislativní úpravy mediace v českém právu započaly přibližně před 10 lety. Tehdejší ministr spravedlnosti JUDr. Jiří Pospíšil rozhodl, aby se mediace zavedla, když inspirací měla být slovenská úprava. Jelikož pro přípravu samostatného zákona nebyl dostatečný časový prostor, ani finanční krytí, bylo zapotřebí zpracovat provizorní řešení. Lze proto říci, že součástí zadání tedy bylo i to, aby se našlo efektivní a levné řešení. Jinými slovy, mediaci sice chceme, ale také chceme, aby moc nestála.^[2]

Zpracoval jsem proto coby legislativní poradce ministra spravedlnosti ustanovení § 110 odst. 2 o. s. ř., zavedené (zákonem č. 295/2008 Sb.) s účinností od 1. října 2008 (tedy 4 roky před přijetím zákona o mediaci), které znělo:

„Jestliže účastníci souhlasí s provedením mimosoudního smírčího nebo mediačního jednání a s tím, aby si soud mohl od osoby nebo zařízení, které má mimosoudní jednání provádět, vyžadovat informace o průběhu jednání, soud řízení přeruší, jestliže se to nepříčí účelu řízení. Soud současně může stanovit podmínky pro další trvání přerušení řízení, zejména stanovit účastníkům povinnost informovat soud o průběhu a výsledku mimosoudního smírčího nebo mediačního jednání. Tato povinnost se nevztahuje na poskytování informací o skutečnostech, které vzešly při mimosoudním smírčím nebo mediačním jednání najevo a které se neprojeví na výsledku tohoto jednání.“^[3]

Dané ustanovení jednoznačně respektovalo dobrovolnost, flexibilitu ohledně metody mediace či jí příbuzných forem, jakož i volby subjektu,

který by ji měl provádět, a co je důležité, kladlo důraz na důvěrnost informací, které na takovém jednání proběhly. Domnívám se, že tato úprava byla dostačující a že následně mohla být samostatným předpisem řešena jen úprava kvalifikačních předpokladů mediátora.

Poté započaly práce na přípravě zákona o mediaci, přičemž jsem se účastnil jednání příslušné pracovní komise. Osobně jsem se klonil spíše k minimalistickému řešení, které by umožňovalo větší flexibilitu pro mediátory, avšak výsledkem legislativního procesu je zákon ve stávající podobě, tedy silně inspirován slovenským vzorem, kdy samotné mediaci je věnována asi jen třetina textu zákona a zbývající část obsahuje úpravu organizace mediace a přestupků v souvislosti s mediací.

2 Úprava nařízení prvního setkání s mediátorem

S přijetím zákona o mediaci došlo k zavedení § 100 odst. 2 o. s. ř., který stanoví:

„Je-li to účelné a vhodné, může předseda senátu účastníkům řízení nařídit první setkání se zapsaným mediátorem (dále jen „mediátor“) v rozsahu 3 hodin a přerušit řízení, nejdéle však na dobu 3 měsíců. Pokud se účastníci bez zbytečného odkladu nedohodnou na osobě mediátora, vybere jej ze seznamu vedeného ministerstvem předseda senátu. Po uplynutí 3 měsíců soud v řízení pokračuje. První setkání nelze nařídit po dobu platnosti předběžného opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí.“

Toto ustanovení je tedy koncipováno nikoli jako přerušení soudního řízení za účelem mediace samotné, ale pouze jako šance pro mediátora, aby účastníky v průběhu 3 hodin přesvědčil o tom, aby s ním uzavřeli smlouvu o mediaci a teprve na jejím základě byla zahájena mediace. Mediátorů si velmi vážím a nemohu se proto ani po letech zbavit dojmu, že mediátoři byli spíše z finančních důvodů státu, než z důvodů věcných (typicky dobrovolnosti mediace), vmanévrování do situace s nadsázkou ne nepodobné teleshoppingu – aby rychle představili produkt a získali podpis na smlouvě. Myslím si, že je škoda, že namísto toho, aby profesionál mohl přímo začít aplikovat podstatu své odbornosti, má provádět jen její prezentaci. Umožnit prezentovat podstatu mediace je správné, nicméně omezení pouze na prezentaci může být limitující. Pokud je totiž operováno

statistikami z cizích států, kde po zavedení mediace došlo k poklesu zatížení soudů přibližně o 50 až 75 %, pak si musíme uvědomit, že tohoto výsledku bylo dosaženo tím, že účastníci sporu jsou povinni absolvovat mediaci a nikoli prezentaci o mediaci.

3 Účelnost a vhodnost nařízení prvního setkání s mediátorem

Zastavme se ještě u návěti daného ustanovení, ohledně nějž si nelze odpustit kritickou poznámku. Původně měla věta začínat slovy: „Předseda senátu může účastníkům nařídit...“ V důsledku obav z možného direktivního výkladu, ani ne tak ze strany soudů, ale spíše legislativních komisí během legislativního procesu, došlo k uvození slovy „je-li to účelné a vhodné“. Kdekoli zákon stanoví, že soud něco může, tak platí obecné právní principy, zejména zásada proporcionality (přiměřenosti), stejně jako zákaz libovůle. Je proto třeba klást si otázku, proč by soudce něco nařizoval, pokud by to ve vztahu k probíhajícímu řízení považoval za nevhodné pro jeho průběh? Jde tedy o zbytečnou, prázdnou legislativní slovní vatu. Nelze přitom argumentovat tím, že smyslem ustanovení je, aby soudci nepřerušovali řízení účelově, neboť za situace, kdy proti usnesení o nařízení prvního setkání s mediátorem a přerušení řízení není odvolání přípustné, je přezkum postupu soudce odvolacím soudem vyloučen a případnému účelovému postupu soudu prvního stupně tak nemůže odvolací soud zabránit.

Proč však zmiňuji formulaci „účelné a vhodné“? Každá podobná legislativní nedomyšlenost má totiž bohužel tendenci nejen přetrvávat, ale dokonce se množit.

Podle § 114c odst. 3, které obsahuje příkladný výčet opatření, které lze provést při přípravě jednání – zdůrazňuji, že jde o demonstrativní výčet – se pod písm. d) stanoví, že: „Při přípravném jednání předseda senátu zejména (...) může účastníkům řízení nařídit první setkání s mediátorem podle § 100 odst. 2, je-li to účelné a vhodné.“ Jde tedy obsahově o zpětný odkaz na § 100 odst. 2. S ironií by bylo možné konstatovat, že v takových případech by zřejmě mělo jít o účelnost a vhodnost na druhou. Variace

floskule o účelnosti a vhodnosti tak už najdeme nejen v občanském soudním řádu, ale i zákonu o zvláštních řízeních soudních.^[4]

Podívejme se v této souvislosti na poslední větu § 100 odst. 2 o. s. ř. „První setkání nelze nařídit po dobu platnosti předběžného opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí.“ Jestliže se účastníci nesmí setkat (ať již na základě soudního rozhodnutí nebo jiných závažných důvodů), pak zcela evidentně nařízení jejich setkání nebude na místě. Možná snad ve zcela výjimečném případě za speciálních kontrolovaných podmínek k zajištění jejich bezpečnosti. Nicméně z legislativního pohledu, resp. Z pohledu obyčejného *common sense*, nic z toho není třeba říkat, natož psát do zákonů.

4 Náhrada nákladů

Podívejme se na problematiku náhrady nákladů řízení v souvislosti s prvním setkáním s mediátorem. Podle výčtu obsaženého v § 137 odst. 1 o. s. ř. je jedním z druhů nákladů řízení odměna pro mediátora podle zákona o mediaci za první setkání s mediátorem nařízené soudem podle § 100 odst. 2 o. s. ř. Proč pak ale zákon v § 140 odst. 3 o. s. ř. hovoří o placení nákladů za první setkání nařízené nejen podle § 100 odst. 2 o. s. ř. ale také nařízené podle § 114c odst. 3 písm. d) o. s. ř.? Odpověď je jednoduchá, a sice že zákonodárce si zřejmě neuvědomil, že ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. se vztahuje na všechny fáze soudního řízení a že § 114c o. s. ř. představuje pouze odkazující ustanovení ve vztahu k § 100 odst. 2 o. s. ř.

Jinými slovy – nařídit první setkání s mediátorem lze podle o. s. ř. pouze podle § 100 odst. 2 o. s. ř. Opačné tvrzení lze vyvrátit velmi snadno. Podle § 202 odst. 1 písm. m) o. s. ř.^[5] platí, že: „odvolání není přípustné proti usnesení, jímž (...) bylo nařízeno první setkání s mediátorem podle § 100 odst. 2 o. s. ř.“ Opačné tvrzení by tedy současně tvrdilo, že proti usnesení, jímž bylo nařízeno první setkání s mediátorem podle § 114c, je přípustné odvolání – což by postrádalo smysl.

Dalším aspektem je povinnost neúspěšného účastníka soudního řízení nahradit státu náklady, které stát vyplatil mediátorovi na jeho odměně za první setkání; případně procesně úspěšnému účastníkovi náhradu nákladů

řízení vůči protistraně nepřiznat z důvodu, že se účastník bez vážného důvodu odmítl zúčastnit prvního setkání s mediátorem nařízeného soudem.

Má-li být účelnost a vhodnost dle hypotézy dané právní normy základem pro rozhodnutí o nařízení prvního setkání a neúspěšný účastník řízení má v rámci náhrady nákladů řízení nést i náklady na neúspěšné setkání s mediátorem, které zálohově platil stát, tak si lze reálně představit odvolací důvod „účelnosti a vhodnosti“, aby při rozhodování o nákladech za mediaci odvolací soud posuzoval, zda skutečně nařízení prvního setkání bylo ze strany soudu prvého stupně účelné a vhodné a pokud nebylo, tak je nelze klást účastníkovi k tíži. Judikatura v tomto směru dosud bohužel chybí, avšak je zřejmě jen otázkou času, než taková námitka bude v rámci odvolání proti náhradě nákladů řízení vznesena.

5 Přerušení řízení

Dále soud může nařídit první setkání s mediátorem a přerušit řízení. Položme si otázku, zda musí být provedeno obojí. Každý případ musí být posuzován individuálně podle jeho okolností. To platí pro soudní řízení, potažmo pro mediaci v jeho rámci. Zákonná formulace sice uvádí slučovací poměr, ale nikoli formulací vyjadřující nutně souběh. Tedy neříká explicitně, že nařídí setkání **a současně** řízení přeruší. Rovněž je třeba vzít v potaz, že § 100 o. s. ř. se nachází v oddílu nadepsaném „Průběh řízení“, zatímco § 109 a 110 o. s. ř. upravující přerušování řízení se nacházejí v oddílu nadepsaném „Překážky postupu řízení“.

Domnívám se proto, že v odůvodněných případech lze nařídit první setkání s mediátorem, aniž by řízení bylo přerušeno a soud by tak mohl i v mezidobí činit další úkony ve věci. Případné následné uzavření dohody o provedení mediace by důvodem pro přerušování řízení samozřejmě bylo.

Uvědomme si, že přerušování řízení podle daného ustanovení se váže nikoli k mediaci, ale k prvnímu setkání s mediátorem. Jinak by totiž mělo znít, že soud přeruší řízení **za účelem prvního setkání s mediátorem a případného provedení mediace**, nejdéle však na dobu 3 měsíců. Zákonodárce to sice takto nejspíše i myslel, ale bohužel nenapsal ani do zákona, ani do důvodové zprávy.

Přerušení řízení podle daného ustanovení je možné **až na tři** měsíce. Soud tedy může stanovit lhůtu kratší, např. dva měsíce. Proto je třeba si položit otázku, jaký smysl má třetí věta daného ustanovení, která toto vůbec nezohledňuje, když říká, že *soud v řízení pokračuje až po uplynutí 3 měsíců*. Evidentně je zcela zbytečná a v rozporu s předchozí větou. **Soud tedy zásadně bude pokračovat v řízení poté, co uběhla doba přerušení, kterou stanovil v rozhodnutí o přerušení řízení (která nemá přesáhnout 3 měsíce), nikoli až po uplynutí 3 měsíců.**

Dalším problémovým okruhem je počátek běhu přerušení, neboť účinky přerušení řízení nastávají až okamžikem právní moci usnesení o přerušení řízení. Přicházejí proto v úvahu následující varianty. V rámci jednoho usnesení rozhodnout o nařízení prvního setkání a účastníkům stanovit lhůtu, v níž mají sdělit osobu mediátora a následně po uplynutí lhůty vydat usnesení o ustanovení mediátora, a to buď jimi navrženého, nebo pokud se na nikom neshodli, tak mediátora určeného soudem.

Pokud by účastníci chtěli mediaci od nezapsaného mediátora, pak není důvod pro postup podle § 100 odst. 2 o. s. ř., ale mají požádat o přerušení řízení podle § 110 o. s. ř., který stanoví, že pokud to účastníci shodně navrhnou, soud řízení přeruší, jestliže se to nepříčí účelu řízení.

6 Odvolání proti usnesení o nařízení prvního setkání s mediátorem

Podle § 202 odst. 1 písm. m) o. s. ř. platí, že: „Odvolání není přípustné proti usnesení, jímž (...) bylo nařízeno první setkání s mediátorem podle § 100 odst. 2 o. s. ř.“ (původně šlo o písm. p) a odkazovalo na § 100 odst. 3 o. s. ř.).

Jak již bylo uvedeno výše, ustanovení § 100 odst. 2 rozlišuje dvě části, a to za prvé nařízení setkání a za druhé přerušení řízení, a že tedy v rámci rozhodnutí jde o dva samostatné výroky. Vzhledem k tomu, že jsme si již vysvětlili, že při nařízení prvního setkání bývá zpravidla rozhodnuto o přerušení řízení, ale že to nemusí být vždy, tak je třeba dovodit, že proti výroku o přerušení řízení je odvolání přípustné. U rozhodnutí o přerušení řízení je odvolání podle § 202 odst. 1 písm. g) o. s. ř. nepřípustné pouze

proti usnesení, jímž byl **zamítnut návrh na přerušení řízení** podle § 109 o. s. ř. nebo **podle § 110** o. s. ř.

7 Úprava v zákoně o zvláštních řízeních soudních

Podle § 503 odst. 1 písm. a) z. ř. s. [\[6\]](#) (Další opatření) platí, že: „Je-li to účelné, může soud tomu, kdo neplní dobrovolně soudní rozhodnutí nebo soudem schválenou dohodu o péči o nezletilé dítě, popřípadě o úpravě styku s ním anebo rozhodnutí o navrácení dítěte, **nařídít první setkání s mediátorem** v rozsahu 3 hodin.“

Všimněme si, že v návěti se hovoří pouze o tom, zda je to účelné, nikoli vhodné, tedy že zákonodárce nebyl schopen dodržet terminologickou jednotu s úpravou v o. s. ř. [\[7\]](#) Rovněž si všimněme, že o přerušení řízení se zde nehovoří. Stejně tak se o přerušení řízení v souvislosti s nařízením prvního setkání nehovoří ani v jiných ustanoveních z. ř. s., a použije se proto úprava o. s. ř. [\[8\]](#)

V této souvislosti nelze nezmínit ustanovení § 474 odst. 1 z. ř. s. (Úkoly soudu při péči o nezletilé) které stanoví, že: „Za účelem ochrany zájmu dítěte soud vede rodiče k nalezení smírného řešení. Soud může rodičům uložit na dobu nejvýše 3 měsíců účast na mimosoudním smírčím nebo mediačním jednání nebo rodinné terapii, nebo jim nařídí setkání s poskytovatelem odborné pomoci, zejména odborníkem v oboru pedopsychologie.“ [\[9\]](#)

Podle usnesení Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 10. srpna 2016, sp. zn. 20 Co 283/2016, které bylo občanskoprávním a obchodním kolegiem Nejvyššího soudu České republiky dne 14. září 2017 schváleno k publikaci ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu, platí, že: „Uloží-li soud rodičům povinnost účastnit se mimosoudního smírčího nebo mediačního jednání či rodinné terapie, nebo jim nařídí setkání s odborníkem v oboru pedopsychologie podle § 474 odst. 1 z. ř. s., jde o rozhodnutí, jímž se upravuje vedení řízení, a proti takovému rozhodnutí není odvolání přípustné.“

Proti zařazení citovaného rozhodnutí do Sbírky byla ze všech připomínkových míst vznesena pouze jediná připomínka, a to od právnické fakulty Karlovy univerzity v Praze. [\[10\]](#)

Hlavním argumentem připomínky bylo, že nejde o rozhodnutí, jímž by se jen vedlo řízení, ale o rozhodnutí, jímž se účastníku ukládá určitá povinnost. Nicméně Nejvyšší soud se poměrem hlasování 35:10 přiklonil ve prospěch dané právní věty.

Nepochybně je třeba přisvědčit argumentaci, že pokud je odvolání vyloučeno u nařízení prvního setkání se zapsaným mediátorem, pak na obsahově podobné případy by se mělo nazírat stejně.

Jenže. Odvolání proti nařízení prvního setkání se zapsaným mediátorem je výslovně vyloučeno zvláštním ustanovením (§ 202 odst. 1 písm. m) o. s. ř.), což znamená, že je nelze podřadit pod pojem usnesení, jímž se upravuje vedení řízení (podle 202 odst. 1 písm. a) o. s. ř.). Další rozdíl spočívá v tom, že podle § 100 odst. 2 o. s. ř. se nařizuje pouze první setkání s mediátorem, nikoli mediace jako taková. Navíc pouze v rozsahu 3 hodin. Naproti tomu podle § 474 z. ř. s. **se nařizuje přímo účast** na mimosoudním smírčím nebo mediačním jednání nebo rodinné terapii.[\[11\]](#) A to v rozsahu nikoli 3 hodin, ale až 3 měsíců.

Mediace a zejména rodinná terapie jsou odlišné instrumenty a analogie u nich není na místě. Stejně tak, pokud by měly být srovnatelné, pak zase nelze argumentovat ustanovením o vyloučení odvolání proti usnesení, jímž se upravuje vedení řízení.

Ztotožňuji se proto s menšinovým názorem soudců Nejvyššího soudu, že toto rozhodnutí nemělo být přijato k publikaci ve Sbírce a mám pochyby o jeho souladu s ústavním pořádkem.

Závěr

Pokud jde o otázku zavedení plošné povinné mediace, tak dle zkušeností ze zemí, kde k takovému kroku přistoupili a mají úspěšnost v řádu 50–75 %, přikláním se jednoznačně k jejímu zavedení. Ale položme si několik otázek. Má mediace finanční limity, aby se státu vyplatila? Má případně jiné benefity, které by finanční náklady kompenzovaly jinak? Bohužel nemáme ekonomické ukazatele o tom, jaký profit má stát z vedení soudních sporů na soudních poplatcích, na dani z příjmů, dani z přidané hodnoty advokátů atd.

Jeden dávný citát říká, že k úspěšnému vedení války jsou zapotřebí tři věci – peníze, peníze a peníze. Pro vedení mediace to naštěstí neplatí. Pro zabezpečení podmínek pro úspěšné plošné vedení mediace to však platí bezesbýtku. Je tomu proto, že právě mediace je metodou k ukončení války, resp. k ukončení střetu mezi stranami sporu. Masová a fungující mediace nebude existovat, pokud nebude mít dostatečné finanční krytí.

Použitá literatura

1. GRYGAR, Jiří. *Zákon o mediaci: Komentář*. Praha: Nakladatelství Leges, 2014. ISBN 978-80-7502-009-3
2. HOLÁ, Lenka. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Praha: Grada, 2013. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-4109-3.
3. HOLÁ, Lenka. *Spolupráce institucí při využití rodinné mediace*. Praha: Wolters Kluwer, 2013. Rodinné listy 7/2017, str. 5.
4. HOLÁ, Lenka. *K pojmu konciliace v řešení spotřebitelských sporů*. Praha: C. H. Beck, 2017. Obchodněprávní revue 2/2017, s. 47.
5. HOLÁ, Lenka, WESTPHALOVÁ, Lenka. *Rodinná mediace, právní a sociální aspekty jejího poskytování*. Praha: C. H. Beck, 2013. Právní rozhledy 18/2013, s. 618.

Kontakt

JUDr. Jiří Grygar, Ph.D.

jgrygar@ksoud.pah.justice.cz

[12] Pojem správní delikt byl nahrazen pojmem přestupek.

[13] Na tom se bohužel mnoho nezměnilo ani přijetím zákona o mediaci, který nahradil níže popisované minimalistické legislativní řešení.

[14] Z důvodové zprávy: „Zavádí se nový způsob fakultativního přerušení řízení systematicky zařazeného jako „klid v řízení“, a to za účelem provedení mimosoudního smířčího nebo mediačního jednání. Soud má možnost nařídít účastníkům řízení účast na mimosoudním řízení. Maximální doba trvání takového mimosoudního řízení je stanovena na 3 měsíce, což je doba, která je přiměřená pro provedení opakovaných jednání a konzultací, avšak současně by neměla vést k průtahům v řízení nebo jinak být na újmu dítěti. Náklady takového mimosoudního řízení však nelze účastníkům klást k tíži, tzn., že tohoto institutu bude možné využít jen v případě, že bude zajištěno jeho financování. Za zajištění financování mimosoudního řízení se z povahy věci považuje také dohoda stran o způsobu hrazení takových nákladů, případně též složení dostatečné jistoty některou ze stran ke krytí takto vzniklých nákladů. Význam navrhovaného institutu spočívá nejen v možnosti částečně

odbrement soudy, ale zejména umožnit neautoritativní smíření účastníků a narovnání jejich vzájemných vztahů. Přístup a chování účastníků v průběhu řízení, kdy soud účastníkům předestře možnost přerušení řízení za účelem mediaci nebo takový postup nařídí, bude pak ze strany soudu rovněž vzat v potaz jako dílčí položka v procesu rozhodování o tom, kterému z rodičů bude dítě svěřeno či případně jaký bude rozsah jejich styku s dítětem. Pokud rodič a priori odmítá možnost nalezení kompromisu s druhým rodičem ve věcech týkajících se jejich společného dítěte, má takové jednání rovněž určitou vypovídací hodnotu o jeho výchovných předpokladech ve vztahu k dítěti a k zajištění jeho harmonického rozvoje. Základními podmínkami pro přerušování řízení a jeho další trvání je:

- souhlas účastníků s přerušováním řízení za účelem mimosoudního řízení,
- souhlas účastníků s oprávněním soudu zjišťovat si informace o průběhu mimosoudního řízení.

Soud má dále oprávnění podmínit trvání přerušování řízení dalšími skutečnostmi vyplývajícími z dané konkrétní věci. Soud zpravidla účastníkům uloží informační povinnost o postupu nebo zásadních změnách v mimosoudním řízení, aby mohl případně operativně reagovat a sám pokračovat v řízení. Účastníci však nejsou povinni soudu sdělit skutečnosti, které při mimosoudním smíření nebo mediačním jednání vyšly najevo a které se neprojevily na výsledku jednání.“

[1] V o. s. ř. nově např. v § 102a odst. 1 – Využití videokonferenčního zařízení – „Na návrh účastníka nebo je-li to účelné, může soud provést úkon s využitím videokonferenčního zařízení, zejména zprostředkovat přítomnost účastníka nebo tlumočníka na jednání nebo provést výslech svědka, znalce nebo účastníka.“

[2] Původně šlo o písm. p), které odkazovalo na § 100 odst. 3 o. s. ř.

[3] zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních (účinnost od 1. 1. 2014)

[4] Bez ohledu na to, zda k ní máme formulační výhrady.

[5] Podle § 1 odst. 3 z. ř. s. platí, že: „Nestanoví-li tento zákon jinak, použije se občanský soudní řád.“

[6] Podle § 273 odst. 2 písm. a) o. s. ř. ve znění z roku 2009: „Je-li to účelné, může soud tomu, kdo neplní dobrovolně soudní rozhodnutí nebo soudem schválenou dohodu o výchově nezletilých dětí, popřípadě o úpravě styku s nimi anebo rozhodnutí o navracení dítěte, uložit na dobu nejvýše 3 měsíců účast na mimosoudním smíření nebo mediačním jednání nebo na rodinné nebo jiné vhodné terapii.“

[7] Domníváme se, že **rozhodnutí podle § 474 odst. 1 věta druhá, jímž soud ukládá rodičům povinnosti v citovaném ustanovení uvedené, nemůže být usnesením, jímž se vede řízení, právě proto, že jde o rozhodnutí, kterým soud ukládá rodičům povinnost.** Podle čl. 4 Listiny základních práv a svobod mohou být povinnosti ukládány toliko na základě zákona a jen při zachování základních práv a svobod. Aby toto ústavní pravidlo (cit. ust. in fine) bylo zachováno, je třeba, aby ten, komu soud povinnost uloží, měl veškerou procesní ochranu, především, aby měl právo bránit se proti uložení povinnosti vhodnými procesními prostředky. V předmětné záležitosti se jedná o rozhodování v řízení ve věcech péče soudu o nezletilé. V takovém řízení je přední povinností soudu dbát o zájem a blaho dítěte, o které v řízení jde. Není proto možné, aby si soud vystačil s velmi dubiozním tvrzením, že „aktivitu rodiče nelze nijak vynucovat“. Jednak nejde o pouhou „aktivitu“, ale o splnění povinnosti uložené soudem, a splnění takovéto povinnosti samozřejmě vynutit lze, stejně jako splnění jiné povinnosti, jednak není možné nesplnění povinnosti soudem uložené rodičům obrátit vzápětí proti dítěti, totiž rozhodnout, že protože rodiče nebyli „aktivní podle usnesení soudu“, soud přičte nedostatek aktivity rodičům k tíži a rozhodne tak, jak to podle jeho názoru vyhovuje zájmu dítěte, a to bez ohledu na skutečný postoj rodičů. Přitom první věta citovaného ustanovení

ukládá soudu, aby za účelem ochrany zájmu dítěte vedl rodiče k nalezení smírného řešení, roz. všemi možnými zákonem nabízenými prostředky.

[8] S ohledem na znění ustanovení § 474 z. ř. s., jakož i cíl dané úpravy (ochrana rodiny), je třeba odmítnout výklad, který se objevuje v judikatuře, že jej lze vykládat úzce jen jako nařízení prvního setkání obdobně jako podle § 100 o. s. ř.

Mediace v soudním řízení – summum ius summa iniuria? [\[1\]](#)

Mediation in judicial proceedings – summum ius summa iniuria?

Petr Navrátil, Veronika Navrátilová

Ministerstvo spravedlnosti ČR, Vyšehradská 16, Praha 2, 128 10

Abstrakt: Příspěvek je zaměřen na kritickou reflexi fungování mediace v ČR s návrhy na možné změny do budoucna. Nastíněny jsou problémy spojené s aplikací zákona o mediaci v praxi, ať již jde o mediaci samotnou či soudem nařízené první setkání se zapsaným mediátorem. Mezinárodní část je zaměřena na porovnání stavu mediace v EU a ČR, zhodnocení implementace směrnice č. 2008/52/ES do českého právního řádu a naznačení mezinárodní perspektivy mediace do budoucna.

Klíčová slova: mediace, mediátor, seznam, zákon, změny, aplikace, směrnice.

Abstract: The article is focused on critical reflection of mediation in the Czech Republic and contains suggestions for possible improvements in the future. It describes the problems linked to application of act on mediation in practice, whether it is mediation itself or judicially ordered first meeting with registered mediator. The international part is focused on comparison of mediation process in the European Union and the Czech Republic, it evaluates the implementation of no. 2008/52/ES directive into the Czech rule of law and implies the international mediation perspective in the future.

Keywords: Mediation, Mediator, Register, Law, Changes, Application, Regulation.

Úvod

Marcus Tullius Cicero, římský filozof, republikánský politik, známý řečník a spisovatel, je bezpochyby jednou z mimořádných postav evropských dějin. Říká se, že Cicero byl jedním z prvních filozofů, který vzal vážně soudní spor a pochopil, že jeho hlavním smyslem je pokojné a zákonné vyřešení sporu, a to i v případě, že se nelze dobrat poslední pravdy. [\[2\]](#) Dodnes je tak v mnoha zemích četba Ciceronových děl součástí klasického právníckého vzdělání. [\[3\]](#)

Marcus Tullius Cicero je krom jiného považován za autora spisu *De officiis*, tj. O povinnostech. Právě z tohoto díla přitom pochází právníky častokrát citovaná věta: „*summum ius summa iniuria*“, tj. svrchované právo bývá svrchovaným bezprávím.^[4] Výkladu této pasáže Ciceronova textu je věnovaná celá řada odborných statí, avšak v zásadě lze říci, že smysl shora citovaného úryvku z knihy *De officiis* spočívá v názoru, dle kterého přepjaté pojmání a vykládání práva se stává čirým bezprávím.^[5] Jinak řečeno, právo by se nemělo nikdy zacyklit a utápět se samo v sobě, resp. v čirém formalismu. Právo by nikdy nemělo být chápáno a vykládáno zcela odděleně od společenské reality, kterou se snaží regulovat. Nikdy by nemělo sloužit k jednostrannému prosazování partikulárních zájmů neberoucích ani nejmenšího zřetelu na dopady takového jednání. Pro soudní řízení tyto závěry platí dvojnásob. Prvotním a nejdůležitějším účelem soudního řízení je totiž pokojné vyřešení sporu, který se nepodařilo odstranit jinými prostředky s ohledem na spravedlivé a dobré uspořádání (*ius est ars boni et aequi*).^[6] Soudní řízení by tak mělo nastupovat až jako prostředek *ultima ratio* za situace, kdy všechny ostatní prostředky nápravy sporného vztahu selhaly.

O tom, proč shora uvedená maxima nebývá v praxi vždy dodržována, bylo napsáno mnohé. Nicméně českému (jakož i unijnímu) zákonodárci rozhodně nelze upřít, že se v minulosti snažil přijmout takovou právní úpravu, která by jí (v oblasti civilního řízení soudního) dostála v největší možné míře. Konkrétním projevem této snahy je *inter alia* přijetí zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZoM“ nebo též „zákon o mediaci“). Tento právní předpis byl přijat po téměř osmiletých přípravných pracích a jedním z hlavních motorů přijetí této právní úpravy byla směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES ze dne 21. května 2008, o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech (dále jen „mediační směrnice“ nebo též „směrnice“).^[7] Slovy důvodové zprávy si zákonodárce sliboval (a slibuje) od této právní úpravy zpřístupnění „všem osobám alternativní řešení jejich konfliktů metodou rychlého a kultivovaného mimosoudního řešení“.^[8]

Mediace (z latinského *mediare*, tj. být uprostřed) je způsob smírného řešení sporu za účasti třetí, nestranné osoby (tj. mediátora), jehož cílem je dohoda, tj. mimosoudní hmotněprávní úprava práv a povinností

znesvářených stran.[9] Mediacie je začasťe vnímána jako prostředek řešení, zmírňování a předcházení konfliktů, přičemž má statisticky prokazatelný vliv na snížení zatížení soudních systémů.[10] Mediacie má své široké využití např. v oblasti mezinárodního práva, jakož i práva trestního.[11] Účelem a smyslem tohoto textu není pojednat o mediaci jako celku toliko v obecné rovině, nýbrž soustředit se na roli mediacie v civilním řízení soudním sporném.

Úvodem je nezbytné zdůraznit, že otázek spojených s mediací v rámci soudního řízení sporného je celá řada. Tak v první řadě je možné rozvažovat vliv povinnosti mlčenlivosti mediátora na dokazování v soudním řízení, existenci dalšího z důvodů pro možnost nepřiznat náhradu nákladů řízení úspěšnému účastníku či účinky mediacie co do stavění běhu promlčecích a prekluzivních lhůt a z toho plynoucích důsledků.[12] Nicméně jakkoliv autoři tohoto textu považují všechny výše uvedené otázky za mimořádně zajímavé a podnětné, vzhledem k rozsahu svého příspěvku se v následujícím textu rozhodli soustředit toliko na otázku tzv. nařízeného setkání s mediátorem, jímž se rozumí první nařízené setkání s mediátorem dle ustanovení § 100 odst. 2 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „o. s. ř.“).[13] V tomto ohledu je důležité podle autorů tohoto textu rozlišovat mezi nařízeným setkáním s mediátorem, nařízenou mediací (ve smyslu mediacie nařízené soudem) a povinnou mediací (ve smyslu mediacie, která musí být zahájena *ex lege* před zahájením samotného soudního řízení).

Řečeno budiž, že tzv. nařízené setkání bude zkoumáno toliko ze dvou hledisek. Zaprvé je ambicí této statě zamyslet se nad tím, do jaké míry jsou podmínky stanovené v § 100 odst. 2 o. s. ř., za kterých může soud nařídit první setkání s mediátorem, účelné a smysluplné. Zadruhé tento příspěvek usiluje o zmapování možností organického zapojení mediacie do soudního řízení sporného, a to včetně využití možnosti uložit stranám povinnost pokusit se vyřešit spor pomocí mediacie před samotným zahájením soudního řízení. Výchozí tezí autorů je přitom myšlenka, dle které současná právní úprava nevyužívá beze zbytku všech možností, kterak přimět strany sporu vyřešit svůj konflikt za pomoci mediacie. Je nemalou ambicí autorů shora vymezený předmět zkoumání zasadit nejen

čistě do kontextu vnitrostátní právní úpravy, nýbrž i praktického, jakož i komparativního. V neposlední řadě je součástí tohoto textu i stručné zamyšlení nad možností uchopení mediace v kontextu právě probíhající rekodifikace civilního řízení sporného.

Pro úplnost se uvádí, že struktura statě je následující. V první části je pojednáno o tzv. nařízeném setkání s mediátorem *de lege lata*, jakož je i popsán faktický stav na poli tzv. nařízeného setkání prizmatem dostupných statistických dat. Ve druhé části je obsažena stručná komparativní studie porovnávající právní úpravu tzv. nařízeného setkání a vztahu mediace a soudního řízení vůbec ve vybraných státech Evropské unie. Třetí část obsahuje úvahy nad věcným záměrem nového civilního řádu soudního a čtvrtá část úvahy nad ústavněprávními aspekty. Konečně závěry jsou shrnuty v části páté, která rovněž obsahuje i úvahy *de lege ferenda*.

1 Nařízené setkání s mediátorem v soudním řízení *de lege lata*

Zákon o mediaci zakotvil mimo jiné v novelizaci ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. nový institut, tzv. nařízené setkání s mediátorem. Podstatou tohoto právního institutu je možnost soudu nařídít účastníkům řízení první setkání se zapsaným mediátorem^[14] za účelem vyřešení jejich sporu, a to bez ohledu na jejich vůli. Fakticky tak jde o konstruování nového nástroje, kdy soud má ve svých rukách možnost autoritativně přivést účastníky řízení ke smírnému vyřešení jejich sporu. Ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. omezuje v tomto ohledu soud pouze tím, že nařízené setkání s mediátorem soudem musí být vhodné a účelné.^[15]

Důvodová zpráva k tomu uvádí: „Dosavadní úprava (...) se nahrazuje úpravou, která soudu umožní účastníkům řízení nařídít první setkání s mediátorem v rozsahu tří hodin a řízení přerušit nejvýše na dobu tří měsíců (...) Na prvním setkání s mediátorem by mediátor měl účastníky obeznámit s možnostmi mediace a kladně na ně působit z hlediska podrobení se mediaci.“ Z citované pasáže tak jasně plyne, že záměrem zákonodárce v případě přijetí právního institutu tzv. nařízeného setkání

bylo umožnit soudu autoritativně přimět účastníky řízení, aby se blíže seznámili s možnostmi řešení svého sporu pomocí mediace.

Soud nařizuje první setkání s mediátorem usnesením,[\[16\]](#) kdy zároveň přerušuje řízení až na dobu 3 měsíců, přičemž v souladu s ustanovením § 202 odst. 1 písm. m) o. s. ř. není proti tomuto usnesení odvolání přípustné. Otázkou nicméně je, do jaké míry je existence výslovného ustanovení o nepřípustnosti odvolání proti rozhodnutí o usnesení o nařízení prvního setkání s mediátorem nezbytná. Dle ustanovení § 202 odst. 1 písm. a) o. s. ř. totiž platí, že odvolání není přípustné rovněž proti usnesením, jímž se upravuje vedení řízení.[\[17\]](#) Pokud je za takového usnesení považováno např. usnesení o nařízení jednání podle § 115 odst. 1 o. s. ř. nebo usnesení o ustanovení znalce podle § 125 o. s. ř., není důvodu, proč by za něj nemělo být považováno i usnesení o nařízení prvního setkání s mediátorem. Koneckonců má-li být nařízena mediace rychle, efektivně, operativně a zejména na začátku konfliktu, není myslitelné, aby se soud v rámci odvolacího řízení zabýval úvahami, zdali má nařízení setkání smysl.[\[18\]](#) Je ovšem nezbytné připustit, že v minulosti zde existovaly výkladové obtíže stran pojmu usnesení, jímž se upravuje vedení řízení.[\[19\]](#) Z hlediska právní jistoty proto lze pochopit, proč se zákonodárce přiklonil k výslovné úpravě otázky přípustnosti dovolání proti usnesení o nařízení prvního setkání s mediátorem, jakkoliv bližší zdůvodnění této otázky v důvodové zprávě chybí.[\[20\]](#)

Pokud soud nařizuje mediaci, musí si ve smyslu ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. vyhodnotit, zdali její nařízení je vhodné a účelné.[\[21\]](#) Samotná důvodová zpráva bližší vodítko, jak chápat vhodnost a účelnost v kontextu tzv. nařízeného setkání, bohužel neobsahuje. Komentářová literatura rovněž neobsahuje bližší vymezení vhodnosti a účelnosti, jakožto termínů užitých v § 100 odst. 2 o. s. ř.[\[22\]](#)

Stran hledisek vhodnosti a účelnosti v kontextu tzv. nařízeného setkání se autoři tohoto textu domnívají, že těžko může dospět soud k definitivním závěrům o vhodnosti a účelnosti, aniž by měl alespoň minimální poznatky o postoji účastníků řízení k tomuto způsobu řešení jejich sporu. Jinak řečeno, soud by měl alespoň rámcově účastníky seznámit s mediací jako takovou. Tím se ovšem rozumí pouze povinnost seznámit účastníky řízení s mediací na té nejelementárnější úrovni.

Podrobnější seznámení (jakož i zprostředkování praktické zkušenosti)[[23](#)] je věcí mediátora. Nikdy by tak neměla nastat situace, kdy účastníci řízení slovo mediace poprvé uvidí, resp. uslyší, když budou číst usnesení o nařízení prvního setkání s mediátorem. Jistě nelze očekávat, že všechna nařízená setkání s mediátorem povedou ke kýženému výsledku (tj. k vyřešení sporu pomocí mediace). Na druhou stranu soud by si měl být vždy jist, pokud nařizuje první setkání s mediátorem, že je zde určitá míra pravděpodobnosti úspěšného vyřešení sporu pomocí mediace. Jenom stěží přitom může být soud schopen k takovému závěru dospět, pokud nebude přesvědčen alespoň o elementární znalosti mediace u účastníků řízení. Pokud však soud nařídí první setkání s mediátorem, bez toho aniž by měl sebemenší pojetí o stanovisku stran k tomu způsobu řešení jejich sporu, nepochybně se bude jednat o jeho procesní pochybení. Soud má totiž za všech okolností povinnost chovat se tak, aby zbytečně nebylo prodlužováno řízení a navyšovány jeho náklady.[\[24\]](#) V ideálním případě by měl soud rovněž před nařízením setkání zjistit, zdali jsou strany ochotné a schopné tento způsob řešení jejich sporu financovat.[\[25\]](#)

Z výše uvedeného je patrné, že soud v případě nařízeného setkání disponuje relativně širokým prostorem k uvážení. Tento prostor ovšem není bezbřehý, přičemž v první řadě jej omezuje zásada hospodárnosti řízení. Jinak řečeno, soud by měl nařídít první setkání s mediátorem pouze v těch případech, kdy se důvodně domnívá, že takovéto řešení povede k rychlému a efektivnímu vyřešení sporu mezi účastníky řízení. Za tímto účelem by měl (jak již bylo naznačeno shora) zejména zvažovat předmět sporu, motivaci a cíle účastníků, jakož i jejich vzájemné vazby.[\[26\]](#) Dále by měl zvažovat postoj účastníků řízení k tomuto řešení sporu, jakož i jejich ochotu nést náklady na mediaci.

Vzhledem k účelu a smyslu mediace by se měly na osobě mediátora v první řadě shodnout samotné strany sporu, tak aby pro ně byla zvolená osoba důvěryhodná a mohlo tudíž dojít k naplnění k jedné ze základních podmínek úspěšného průběhu mediace.[\[27\]](#) Těmto závěrům svědčí rovněž dikce ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř., kdy soud vybere mediátora, který povede nařízené první setkání, ze seznamu vedeného ministerstvem, pouze pokud se na něm neshodly samotné strany řízení, a to bez zbytečného odkladu. V praxi ovšem mnohdy nastává situace, kdy soud bez dalšího

nejenom nařídí účastníkům řízení první setkání s mediátorem a přeruší řízení, nýbrž i výslovně ve svém rozhodnutí ustanoví stranám konkrétního mediátora, bez toho aniž by dal účastníkům šanci dohodnout se na osobě mediátora. Takovýto postup soudu lze ovšem označit za zcela chybný, jdoucí proti textu zákona. Rovněž jako chybný lze označit takový postup, kdy soud ustanoví stranám konkrétního mediátora, aniž by zkoumal, zdali je dotčený mediátor ochoten se předmětné kauzy ujmout. Jistě je pravdou, že samotný text zákona o občanském soudním řízení, jakož i zákona o mediaci na tuto situaci nepamatuje a neumožňuje mediátorovi odmítnout svoji účast na nařízeném prvním setkání, např. z důvodu velkého pracovního vytížení nebo zdravotních, popř. osobních důvodů.[\[28\]](#) Avšak vzhledem k účelu a smyslu daného ustanovení, kdy vůlí zákonodárce zcela zjevně bylo poskytnout účastníkům řízení prostor pro efektivní vyřešení jejich sporu,[\[29\]](#) se nejvíce ustavení mediátora bez předchozí komunikace se soudem jako vhodné. Daleko spíše by se autoři přimlouvali za to, aby se i v těchto případech postupovalo obdobně, jako se dnes již v praxi přistupuje např. k otázce jmenování soudního znalce, kdy si soud (třeba i neformálně pomocí prostředků umožňujících komunikaci na dálku) nejprve ověří, zdali je dotčený znalec připraven (po odborné, jakož i pracovní a osobní stránce) se daného případu ujmout.[\[30\]](#) V opačném případě se totiž soud vystavuje nemalému riziku, že jeho počínání nejenomže nepřinese kýžený výsledek, nýbrž i bude v příkrém rozporu s principem hospodárnosti soudního řízení. V této souvislosti je rovněž nezbytné upozornit na skutečnost, že soud může dle ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. přerušit soudní řízení nejdéle na dobu tří měsíců. Tuto možnost ovšem nelze chápat tak, že soud může bez dalšího přerušit řízení na tři měsíce a čekat – vulgárně řečeno – jak se celá situace vyvrbí. Právě naopak by soud měl v souladu se zásadou hospodárnosti řízení aktivně k věci přistupovat a s účastníky projednat, kolik času bude nezbytné k realizaci prvního setkání s mediátorem; řízení by pak měl soud přerušit jenom na dobu nezbytně nutnou k realizaci tohoto setkání.[\[31\]](#)

Jak již bylo uvedené výše, česká právní úprava vychází ze směrnice o mediaci, která byla přijata dne 21. května 2008 a kterou měly členské státy implementovat do 21. května 2011. Samotná směrnice je postavena na principu minimální harmonizace a předcházela jí poměrně dlouhá

a podrobná debata.[\[32\]](#) Směrnice se vztahuje pouze na přeshraniční spory, [\[33\]](#) nicméně jak je patrné ze zákonné úpravy, český zákonodárce se rozhodl neomezovat v rámci implementace tímto kritériem. Ve skutečnosti se tak česká právní úprava uplatní vždy bez ohledu na to, zdali zde přeshraniční prvek je, či nikoliv.

Co se tzv. nařízeného setkání týče, čl. 3 písm. a) směrnice stanoví, že mediační řízení mohou zahájit strany sporu nebo může být navrženo či nařízeno soudem nebo stanoveno právem členského státu. Článek 5 odst. 1 směrnice pak dodává, že soud, u kterého je podána žaloba, může ve vhodných případech a s ohledem na všechny okolnosti daného případu vyzvat strany, aby k řešení sporu využily mediace. Dle tohoto ustanovení dále platí, že soud také může vyzvat strany, aby se zúčastnily informativního setkání o možnosti využití mediace, jestliže se taková setkání konají a jsou snadno přístupná. V článku 5 odst. 2 směrnice se pak stanovuje, že směrnice se nijak nedotýká vnitrostátní právní úpravy, podle níž je využití mediace povinné nebo je předmětem pobídek nebo sankcí, ať už před zahájením soudního řízení, nebo po jeho zahájení, za předpokladu, že tyto právní předpisy nebrání stranám sporu ve výkonu jejich práva na přístup k soudnictví.[\[34\]](#)

Unijní právo tak nařízení mediace (resp. setkání s mediátorem) soudem spojuje s podmínkou vhodnosti, přičemž soud by měl brát v potaz všechny okolnosti daného případu.[\[35\]](#) Zajímavé je, že příslušný článek směrnice rozlišuje mezi výzvou k řešení sporu pomocí mediace a jakýmsi informativním setkáním stran možnosti využití mediace. V českém právním řádu se tyto rozdíly poněkud stírají. Nicméně oněmi informativními setkáními měl unijní zákonodárce patrně na mysli prostá seznámení s účelem a smyslem mediace, bez toho aniž by byla samotná mediace zahájena. Naopak případná výzva soudu k řešení sporu pomocí mediace v sobě již patrně zahrnuje iniciaci samotného mediačního řízení. Vzhledem k tomu, že se český zákonodárce rozhodl omezit nařízené setkání na rozsah tří hodin, je zjevné, že úmysl zákonodárce bylo v rámci civilního řízení sporného toliko zajistit, že strany sporu budou mít možnost se s mediací blíže seznámit.[\[36\]](#) Je ovšem třeba připustit, že otázka, co zahrnuje první setkání s mediátorem (tj. zdali zahrnuje rovněž zahájení samotné mediace v průběhu oněch tří hodin zmíněných v o. s. ř.),

se jeví jako sporná. Nicméně z pohledu zkoumané problematiky valného významu nemá, neboť její dopady jsou ryze partikulární.^[37] Je totiž očividné, že formulace užitá v § 100 odst. 2 o. s. ř. je toliko výrazem neschopnosti zákonodárce stručně a jasně vyjádřit svůj úmysl. Ve skutečnosti nemůže být pochyb o tom, že zákonodárce chtěl přivést strany k bližšímu seznámení s mediací, a to včetně praktické zkušenosti s touto mediací. Pokud by totiž bylo dovozeno, že obsahem pojmu „první setkání s mediátorem“ je toliko jakási informativní schůzka, bez toho aniž by byla zahájena samotná mediace ve smyslu § 4 odst. 1 ZoM, působilo by stanovení rozsahu tří hodin zcela absurdně. Stejně tak absurdně by ovšem působilo, pokud by dotčené ustanovení o. s. ř. bylo vykládáno v tom smyslu, že nařízené setkání nesmí přesáhnout délku tří hodin. Zahrnutí formulace „v rozsahu 3 hodin“ do znění ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. tak působí poněkud matoucím dojmem a přináší více škod nežli užitku. Nicméně autoři tohoto textu jsou (v souladu se shora uvedeným) toho názoru, že s ohledem na smysl a účel institutu tzv. nařízeného setkání není možné § 100 odst. 2 o. s. ř. vykládat jinak, nežli že zahrnuje zprostředkování nejen informací stran mediace, nýbrž i praktické zkušenosti. Koneckonců jak bylo zmíněno výše, předběžné seznámení s mediací je do určité míry věcí soudu v rámci řádného procesního postupu. Nedávalo by proto smysl nařízené první setkání s mediátorem omezovat toliko na poskytnutí informací (byť detailních) o průběhu mediačního řízení.^[38]

Směrnice v citovaném čl. 5 odst. 2 počítá nejenom s povinným využitím mediace, nýbrž výslovně stanovuje, že mediace může být předmětem pobídek a sankcí.^[39] V tomto ohledu text směrnice zdůrazňuje nezbytnost zvážit případnou vnitrostátní právní úpravu ve světle práva na přístup k soudu. Bližší vodítka, jak tento problém chápat (resp. kde je hranice toho, co je ještě přípustné z pohledu práva na přístup k soudu, a co již nikoliv), ovšem směrnice (z pochopitelných důvodů) neobsahuje. Směrnice tak ponechává relativně široký prostor pro členské státy, jak k otázce obligatorní mediace přistoupí.^[40]

Konečně co se české praktické zkušenosti s tzv. nařízeným setkáním s mediátorem týče, od účinnosti zákona o mediaci uplynulo již pět let a lze tudíž zhodnotit vývoj v této oblasti, pokud jde o první nařizovaná setkání.

Ze statistických údajů za roky 2015–2017[41] je patrné, že počet nařízených setkání soudem, jak v civilních tak opatrovnických věcech každým rokem narůstá. V této souvislosti je třeba k těmto zveřejněným datům a informacím zdůraznit, že reflektují pouze pravomocně skončené věci za jednotlivé kalendářní roky.[42] Jakkoliv jsou tedy předložena statistická data neúplná, kromě celkového trendu z nich lze vyčíst i další zajímavé informace. Předně soudy nařizují první setkání s mediátorem ve smyslu ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. v relativně malém procentu případů.[43] Dále pak existuje značná nerovnost mezi počty nařízených setkání s mediátorem jednotlivými soudy.[44] Tyto jevy přitom není možné jednoduše vysvětlit. *Prima facie* je pochopitelně možné konstatovat, že jsou tyto jevy způsobeny relativní novostí zákonné úpravy mediace (v důsledku čehož soudci nedisponují dobrou znalostí této právní úpravy), jakož i tradičním konzervativismem a nedůvěrou soudů v nové právní instituty. Na druhou stranu autoři tohoto textu nejsou zcela přesvědčeni, že tyto důvody nejsou toliko prázdnými floskulami. Odhalení skutečných příčin shora popsaných jevů tak je věcí dalšího podrobného empirického zkoumání, jehož provedení se autorům nezdálo vzhledem k zaměření jejich příspěvku jako účelné a vhodné.

Statistické údaje (pouze pravomocně skončené věci za uvedené období)	2015	2016	2017 (leden-září)
Civilní agenda			
Počet nařízených prvních setkání se zapsaným mediátorem	315	658	539
Opatrovnická agenda			
Počet nařízených prvních setkání se zapsaným mediátorem	74	107	100

Tabulka 1: Statistické údaje prvního nařízeného setkání

2 Mediace v soudním řízení v zahraničí

Účelem následujícího textu je provést stručné srovnání relevantní právní úpravy v oblasti mediace a civilního řízení sporného ve vybraných státech Evropské unie. Vybrány byly takové státy, které reprezentují významné právní řády kontinentální právní kultury (tj. takové státy, jejichž právní řády mají k českému právnímu řádu blízko jako např. Francie, Německo nebo Itálie), jakož i státy, se kterými nás pojí společná tradice (jako

Slovensko) nebo jejichž právní úprava je z pohledu zkoumané problematiky obzvláště zajímavá (jako např. rumunská právní úprava).

2.1 Slovensko

Na Slovensku se relevantní právní úprava nachází v zákoně č. 420/2004 Z. z., o mediácii a o doplnení niektorých zákonov, v. z. n. p. Tento zákon je platný již od 24. července 2004, tj. v platnost vstoupil (na rozdíl od ČR) před přijetím tzv. mediační směrnice. Právní úprava civilního řízení sporného se pak nalézá v zákoně č. 160/2015 Z. z., civilný sporový poriadok, tj. v kodexu civilního řízení sporného z roku 2015.[\[45\]](#) Slovenská právní úprava je v mnoha ohledech velice podobná české právní úpravě (alespoň co se mediace týče). Na druhou stranu zde existují i zásadní odlišnosti. V první řadě tak dle slovenské právní úpravy platí, že soud nemůže nařídít setkání s mediátorem. V souladu s ustanovením § 170 odst. 2 civilného sporového poriadku totiž může slovenský soud stranám řízení toliko doporučit, aby se pokusili svůj spor řešit pomocí mediace. Soud tak přitom v dikci civilného sporového poriadku učiní, pokud je to „možné a účelné“.

Dále platí, že dle slovenské právní úpravy (na rozdíl od české právní úpravy) slovenský zákon o mediaci v § 14 odst. 2 výslovně připouští možnost účasti pouze právních zástupců na mediačním jednání. Odchylně je rovněž upravena otázka mlčenlivosti.

V kontextu českého právního řádu je povinnost mlčenlivosti upravena v § 9 odst. 1, 2 zákona o mediaci. Tuto povinnost má ze zákona pouze mediátor; tato povinnost se nevztahuje na strany konfliktu, pokud se tyto nedohodnou jinak. V této souvislosti budiž zdůrazněno, že v praxi často nastává problém v podobě naléhání soudů na poskytování informací (např. o průběhu a výsledcích mediačního jednání), aniž by mediátoři byli zbaveni mlčenlivosti účastníky sporu. Autoři tohoto textu se domnívají, že nelze požadovat sdělení jakýchkoli okolností souvisejících s nařízeným setkáním či mediací samotnou, neboť je to v rozporu s principem mlčenlivosti mediátora zakotveného v zákoně o mediaci. V souladu se zásadou procesní ekonomie je možné připustit pouze to, aby mediátor informoval soud o tom, zda mediace probíhá (či nikoliv), a to s ohledem

na možné přerušení řízení. Rovněž je nezbytné přiznat právo soudu získat informaci stran toho, zdali se nařízené setkání s mediátorem uskutečnilo (a případně, která ze stran zapříčinila jeho neuskutečnění), neboť tato informace má pro soud význam v dalším řízení (viz § 150 o. s. ř.). V protikladu k české právní úpravě pak slovenská právní úprava ukládá povinnost mlčenlivosti všem zúčastněným. Rozdíly je možné v neposlední řadě nalézt v oblasti zkoušek mediátorů[46] nebo v otázce registrů a podmínek, za nichž se mediátoři do těchto registrů zapisují[47]

2.2 Francie

Francouzský civilní řád soudní (*code de procédure civile*, dále jen „CDC“) obsahuje několik ustanovení, které upravují otázku tzv. nařízeného setkání. Předně je v čl. 21 CDC francouzským (obdobně jako českým)[48] civilním řádem uložena povinnost usilovat o smírné řešení sporu (*concilier les parties*).

Podle článku 255 a 372-2-10 CDC může (*il peut proposer*) soud navrhnout stranám řešení sporu pomocí mediace, pokud se jedná o spor v oblasti rodinného práva. Strany musí s mediací souhlasit. V této své aktivitě přitom soud není nikterak omezen.

Francouzský zákonodárce rovněž přijal právní úpravu, jejímž cílem je motivovat strany konfliktu pro užití mediace.[49] Strany tak mají povinnost ve svém podání specifikovat, kterak se pokusily o smírné řešení sporu před zahájením samotného soudního řízení. Nesplnění této povinnosti však nespojuje francouzský zákonodárce s konkrétní sankcí.

Konečně zákon nesoucí příznačný název o modernizaci justice v 21. století[50] ve svém čl. 7 stanoví povinnou mediaci v případě žádosti stran sporu o dodatečnou úpravu rodičovských práv nebo výživného. Této povinnosti jsou strany zproštěny, pokud zde existují legitimní důvody (*un motif légitime*) pro neuskutečnění povinné mediace.

2.3 Itálie

Právní úprava civilního řízení sporného je v rámci italského právního řádu obsažena v kodexu civilního práva procesního (*Codice di procedura civile*

italiano), který byl přijat 28. října 1940.[51] Vzhledem k relativně dlouhé době, která uplynula od přijetí italského kodexu, není žádným překvapením, že tato norma byla mnohokrát novelizována. V důsledku toho je situace v italském právním řádu stran civilního řízení sporného poněkud nepřehledná. Odborný diskurz v této souvislosti hovoří o tzv. dekodifikaci, čímž se myslí přijímání zákonů, které nepřímo civilní právo procesní novelizují.[52]

Opakované snahy o vymanění se z bludného kolotoče novelizací motivovaných snahou po zrychlení soudního řízení metodou formálně-technicistního přístupu[53] za současného odmítání přijetí adekvátních organizačně-personálních opatření[54] přivedly italského zákonodárce k úvaze nad zapojením alternativních způsobů řešení sporů do procesní úpravy. Jako stimul zde rovněž zapůsobila i mediační směrnice. Článek 60 zákona č. 69 z roku 2009[55] tak zmocnil vládu k přijetí legislativního nařízení (*decreto legislativo*) za účelem úpravy otázky mediace. Italská vláda svého oprávnění využila 4. března 2010, kdy se součástí italského právního řádu stala poprvé v historii rovněž právní úprava mediace (dále jen „nařízení č. 28“).[56] V platnost vstoupilo nařízení č. 28 dne 21. března 2011.

Je zřejmé, že mediace byla (a stále je) italským zákonodárcem již od počátku vnímána jako nástroj, který má v první řadě odlehčit přetíženým soudům.[57] Článek 5 odst. 2 nařízení č. 28 tak přiznával soudům právo kdykoliv během průběhu řízení (dokonce i v průběhu odvolacího řízení) navrhnout stranám setkání s mediátorem. Strany ovšem musí s tímto setkáním souhlasit. Soud, předtím nežli vyzve strany k účasti na prvním setkání s mediátorem, je povinen zvážit (*valutata*) povahu sporu (*la natura della causa*), jakož i znalosti a jednání stran sporu (*lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*). Dále článek 5 odst. 1 nařízení č. 28 stanovil povinnou mediaci jako jednu z podmínek přípustnosti žaloby. Tato povinnost se přitom týkala celé řady věcí od práva dědického přes právo rodinné po smluvní závazkové vztahy až k právům věcným. Je ovšem třeba říci, že délka mediace v těch případech nesměla přesáhnout čtyři měsíce. Poté (tj. pokud mediace probíhala nejméně pod dobu čtyř měsíců, aniž by dospěla k jakémukoliv konci) již bylo možné podat žalobu, která by byla shledána přípustnou (za předpokladu, že by byly naplněny i zbylé

podmínky přípustnosti). Rovněž bylo Ministerstvu spravedlnosti Italské republiky uloženo, aby dva roky po vstupu ustanovení zavádějícího povinnou mediaci vyhodnotilo dopady a případně navrhlo změny. Konečně v důsledku nedokonalé právní úpravy nebylo ani zcela zřejmé, jaká sankce hrozí žalobci, pokud podmínku stanovenou v článku 5 odst. 1 nařízení nesplní. Platilo totiž, že pokud byla podána žaloba, aniž by předtím proběhl povinný pokus o mediaci, soud na prvním jednání na návrh protistrany (nebo *ex officio*) upozornil strany na nutnost pokusu o řešení sporu pomocí mediace a poté odročil jednání nejdříve na dobu po uplynutí čtyř měsíců. Nicméně nebylo zcela jasné, co by se mělo stát v případě, že strany by jeho upozornění ignorovaly. Část odborného diskurzu argumentovala ve prospěch zastavení řízení za takovéto situace pro nesplnění jedné z procesních podmínek, jiná část argumentovala s ohledem na ústavně garantovaná práva ve prospěch pokračování v řízení.

[\[58\]](#)

Italská právní úprava tak nutila účastnit se mediace všechny bez ohledu na jejich postoj k tomuto způsobu řešení sporů. Navíc italský zákonodárce šel tak daleko, že v čl. 8 odst. 5 nařízení č. 28 stanovil, že pokud strana odmítne účast na mediaci bez dobrého důvodu (*senza giustificato motivo*), soud k tomu v rámci řízení přihlédne.

Ze shora uvedeného je *prima facie* zjevné, že právní úprava obsažená v nařízení č. 28 byla nepochybně značně průlomová. Není proto nikterak překvapivé, že již od počátku byla částí veřejnosti odmítána.[\[59\]](#) Spory ohledně nařízení č. 28 nakonec vyvrcholily až u italského Ústavního soudu (*la Corte Costituzionale*), který dne 6. prosince roku 2012 rozhodl o protiústavnosti nařízení č. 28.[\[60\]](#) Systém, stvořený nařízením č. 28, tak fungoval pouze necelé dva roky a dle statistik italského ministerstva spravedlnosti bylo za tu dobu zahájeno 215 689 mediací, přičemž úspěšných (ve smyslu uzavření mediační dohody) bylo okolo 12 % (pokud by se braly v potaz pouze ty mediace, kde obě strany projevíly vůli účastnit se, pak úspěšnost činí přibližně 50 %).[\[61\]](#) Svoje rozhodnutí přitom italský Ústavní soud založil nikoliv na čl. 24 italské ústavy (právo na přístup k soudu), jak argumentovali mnozí zástupci italské advokátní obce, nýbrž na absenci jasného zákonného zmocnění pro italskou vládu upravit v nařízení rovněž i otázku povinné mediace.

Prvotní neúspěch ovšem italskou vládu nikterak neodradil, a tak novelizovala dne 15. června 2013 nařízení č. 28.^[62] I nadále platí, že součástí italského právního řádu je povinná mediace. Nicméně byl zúžen okruh sporů, kdy je povinné před zahájením soudního řízení učinit pokus o mediaci (např. byly vyloučeny spory vzešlé z dopravních nehod). Dále pak mají strany možnost ukončit mediaci, pokud se domnívají, že nepovede ke kýženým výsledkům, a podat žalobu k soudu. Dle nové právní úpravy tak strany již nemusejí setrvávat několik měsíců v mediaci, i když je od začátku zřejmé, že k dohodě mediace nepovede; nicméně pokud má být mediace takto ukončena, může mediátor navrhnout stranám znění dohody urovnávající jejich spor. Pokud je tato dohoda odmítnuta, soudce může v navazujícím soudním řízení rozhodnout, že strana, která dohodu odmítla, ponese náklady soudního řízení, jakož i náklady, které vznikly v souvislosti s neúspěšným pokusem o mediaci. Konečně strany mají povinnost být v průběhu mediace zastoupeny. Posledně zmiňovanou novelizaci nařízení č. 28 je nezbytné číst ve spojení s protesty advokátů proti původnímu znění, když nyní se zdá, že se nové právní úpravě (která kromě zmiňovaného rovněž zavedla pravidlo, dle kterého jsou advokáti mediátoři *ex lege*, aniž by museli vykonat mediátorské zkoušky) podařilo tyto protesty zažehnat.^[63]

2.4 Německo

V Německu je mediace upravena v zákoně o mediaci (*Mediationsgesetz*), který vstoupil v účinnost 26. července 2012.^[64] Společně s přijetím zákona o mediaci byl (podobně jako v České republice) rovněž upraven německý civilní řád soudní (*Zivilprozessordnung*, dále jen „ZPO“). Článek 278a ZPO pak upravuje možnost soudu navrhnout (*vorschlagen*) stranám sporu řešení jejich konfliktu pomocí mediace. Strany ovšem musí s takovýmto postupem vyjádřit svůj souhlas.

Článek 253 odst. 1 ZPO stanoví, že z podání musí být mimo jiné patrné, zdali se strany pokusily o smírné řešení sporu pomocí mediace před zahájením soudního řízení a pokud ne, jaké pro to měly důvody. Protože se jedná o náležitost podání, pokud není jeho součástí, soud řízení zastaví. Na druhou stranu pokud podání toto vyjádření obsahuje, není zde uložena

žádná sankce, pokud strany odmítly zúčastnit se mediace před zahájením soudního řízení bez dalšího.

Konečně článek 15a odst. 1 tzv. uvozovacího zákona (*Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung*) stanoví pravomoc pro jednotlivé spolkové země upravit ve svých právních předpisech povinnou mediaci. [65] Tato pravomoc je ovšem omezena pouze na spory o peněžitě plnění nepřesahující 750 eur před okresními soudy (*Amtsgericht*), na některé druhy sousedských sporů, jakož i na spory zahrnující ochranu osobnosti.

2.5 Rumunsko

V Rumunsku je mediace upravena v zákoně č. 192/2006 ze dne 16. května 2006, o mediaci a organizaci mediace (*privind medierea și organizarea profesiei de mediator*). [66] Otázka setkání s mediátorem je pak upravena v rumunském civilním řádu soudním (*Codul de procedură civilă al României*). [67] V souladu s čl. 227 rumunského civilního řádu soudního platí, že soud může vyzvat s ohledem na okolnosti případu (*circumstantele cauzei*) strany sporu k řešení svého konfliktu pomocí mediace. Nicméně tato výzva má toliko doporučující, nikoliv nařizovací charakter.

Z pohledu zkoumané problematiky je mimořádně zajímavé, že po relativně krátkou dobu (přibližně od července 2013 do května 2014) obsahovala rumunská právní úprava povinnost zúčastnit se před zahájením soudního řízení informativního setkání s mediátorem. Dle čl. 60 rumunského zákona o mediaci a organizaci mediace platilo, že povinné informativní setkání s mediátorem bylo v případě spotřebitelských sporů, vybraných rodinněprávních sporů (např. rozvod, výkon rodičovských práv, výživné, atp.), sousedských sporů atp. V souladu s čl. 2 rumunského zákona o mediaci přitom platilo, že pokud se strany nezúčastnily povinného informativního setkání s mediátorem, a přesto podaly žalobu k věcně a místně příslušnému soudu, soud shledal takovou žalobu za nepřijatelnou. Tato právní úprava byla zrušena rumunským Ústavním soudem s ohledem na čl. 21 rumunské ústavy, resp. právo na přístup k soudu, neboť – zjednodušeně řečeno – nesplňovala nároky kladené principem proporcionality. [68]

2.6 Španělsko

Ve Španělsku je právní úprava tzv. nařízeného setkání obsažena v zákoně č. 1/2000 ze dne 7. ledna 2000 o občanském soudním řízení (*Ley de Enjuiciamiento Civil*).^[69] Konkrétně v čl. 414 odst. 1 španělského občanského soudního řádu, který opravňuje španělské soudy nařizovat první setkání s mediátorem. Zohledňovat přitom musí povahu předmětu sporu (*objeto del proceso*).

Povinnost před zahájením soudního řízení pokusit se o vyřešení sporu pomocí mediace neexistuje ve španělském právním řádu jako obecná povinnost; španělský právní řád však zná vybrané oblasti, kde se povinná mediace uplatňuje. Zprvce se jedná o oblast pracovních sporů, kde v souladu s článkem 63 španělského zákona č. 36/2011 ze dne 10. října 2011 (*reguladora de la jurisdicción social*) platí, že součástí žaloby musí být rovněž listina prokazující snahu stran řešit svůj spor pomocí mediace (resp. konciliace). Zadruhé se jedná o oblast sporů vzešlých z odpovědnosti za škodu provozovatelů motorových vozidel, kdy dle vnitrostátního opatření (*Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*) ve spojení s čl. 403 španělského občanského soudního řádu platí, že pokud se strany sporu nepokusí vyřešit svůj spor pomocí mediace před zahájením řízení, bude jejich žaloba shledána nepřípustnou. Zatřetí španělská právní úprava (*Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*) obsahuje ustanovení, které předvídá obligatorní mimosoudní řešení sporů v případech sporů mezi spotřebiteli a finančními institucemi.^[70] Pokud se spotřebitel tomuto způsobu řešení sporu odmítne podrobit, vystavuje se riziku, že ponese náklady následujícího soudního řízení.^[71]

3 Mediace ve věcném záměru civilního řádu soudního

Věcný záměr civilního řádu soudního poněkud překvapivě nevěnuje otázce způsobů alternativního řešení sporů větší pozornost.^[72] To je bezpochyby

závažný nedostatek. Byl-li by věcný záměr civilního řádu soudního vypracován a předložen o století dříve, byl by tento přístup pochopitelnější, jakkoliv paradoxně např. vládní návrh československého civilního řádu soudního z roku 1937 věnuje ADR o poznání větší pozornost nežli nový věcný záměr civilního řádu soudního.^[73] Avšak na počátku třetího tisíciletí, kdy alternativní způsoby řešení sporů jsou podporovány nejen na úrovni EU,^[74] nýbrž i na úrovni vnitrostátní,^[75] je takovýto přístup neodpuštělný.

Co se mediace týče, obsahuje věcný záměr civilního řádu soudního dvě skrovné zmínky o této problematice. Zaprvé, v části nazvané „Základní východiska civilního řádu soudního“ je konstatováno, že by měla být zachována dosavadní samostatná právní úprava mediace. Zadruhé, v hlavě IV, dílu 3 (Klid řízení) je konstatováno: „Na rozdíl od současného § 100 odst. 2 OSŘ se ponechává na vůli stran, jestli chtějí jeho pomoci využít. Nařízená povinná mediace, s níž je spojeno přerušení řízení bez ohledu na vůli stran, odporuje dobrovolné povaze tohoto alternativního způsobu řešení sporů.“. Více se o mediaci (naneštěstí či možná vzhledem k níže uvedenému spíše naštěstí) není možné v rámci věcného záměru civilního řádu soudního dočíst.

Shora citovaná pasáž svědčí o naprostém nepochopení institutu tzv. nařízeného setkání s mediátorem ze strany autorů věcného záměru civilního řádu soudního. Předně autoři věcného záměru civilního řádu soudního zcela mylně hovoří o „nařízené povinné mediaci“ namísto o nařízeném setkání s mediátorem (což již samo o sobě svědčí o nepochopení současné právní úpravy). V tomto ohledu je třeba důsledně rozlišovat mezi mediací nařízenou (soudem), povinnou (tj. takovou, která by měla probíhat před zahájením samotného řízení, nikoliv na základě rozhodnutí soudu, nýbrž *ex lege*) a nařízeným setkáním s mediátorem.^[76] Dále je sice pravdou, že princip dobrovolnosti bývá většinou odborné veřejnosti vnímán jako základní zásada, která musí být u mediace zachovávána a která je mediaci vlastní;^[77] nicméně jak k tomu uvádí D. Potočková: „Dobrovolností v mediaci rozumíme svobodnou volbu stran v mediaci setrvat, přerušit nebo z ní odejít, přijímat rozhodnutí a uzavírat dohody.“^[78] Ve skutečnosti tak právní institut zakotvený v § 100 odst. 2 o. s. ř. nikterak neodporuje dobrovolné povaze mediace, neboť dle

ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. platí, že soud může účastníkům řízení nařídít toliko první setkání s mediátorem, kterým nemusí být mediace ještě nutně zahájena ve smyslu zákonné úpravy. Zahájení je totiž ponecháno zcela v souladu s principem dobrovolnosti na vůli stran. Navíc část odborného diskurzu dovodila, že dobrovolnost v rámci mediace je nezbytné vnímat spíše jako dobrovolnost uzavřít dohodu nežli jako samotnou nevynucenou účast.^[79]

Je pochopitelně otázkou, zdali se přiklonit k užšímu nebo širšímu pojetí chápání principu dobrovolnosti mediace. Avšak to nic nemění na skutečnosti, že právní úprava obsažená v ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. tak či onak principu dobrovolnosti nikterak neodporuje. Argument autorů věcného záměru civilního řádu soudního tak nemůže obstát.

Navíc, jak vyplývá z předcházející části tohoto textu, věcný záměr civilního řádu soudního představuje svým pojetím naprostý protiklad k velice silnému evropskému trendu, kdy členské státy EU mají ve svých právních řádech zakotven nejen institut tzv. nařízeného setkání,^[80] nýbrž i celá řada z nich zavedla povinnost učinit pokus vyřešit spor pomocí mediace před zahájením samotného řízení. Věcný záměr civilního řádu soudního tak jde zcela proti tomuto modernímu trendu, kdy za absence jakékoliv podrobnější argumentace se spokojuje s lakonickým prohlášením, dle kterého je mediace věcí svobodné volby, pročez není možné ji nařizovat (ve smyslu nařízeného prvního setkání s mediátorem). Takovýto přístup ovšem není toliko zcela chybný, nýbrž i mimořádně škodlivý, neboť může potenciálně přispět ke zhoršení efektivity celého soudního systému. Zůstává proto nadějí autorů tohoto textu, že se ještě podaří shora popsané nedostatky v rámci legislativního procesu odstranit. Koneckonců, ať již přijaté řešení bude jakékoliv, přeci jen v souladu s ustanovením čl. 4 Legislativních pravidel vlády se od předkladatele legitimně očekává, že přinejmenším uvede ve věcném záměru relevantní důvody, proč danou alternativu odmítá.

4 Ústavněprávní aspekty tzv. nařízeného setkání a mediace

Není sporu o tom, že současná právní úprava tzv. nařízeného setkání je v souladu s ústavním pořádkem České republiky.^[81] Na druhou stranu se shora provedené srovnávací analýzy vyplynulo, že je možné *de lege ferenda* mimo jiné uvažovat o tom, že by pokus o vyřešení sporu pomocí mediace před zahájením řízení byl jednou z procesních podmínek (v případě tzv. povinné mediace). Civilní proces přitom může probíhat a rozhodnutí soudu může být vydáno toliko za splnění určitých podmínek stanovených právem. Těmito podmínkami se přitom rozumí tzv. procesní podmínky, tj. předpoklady vydání meritorního rozhodnutí.^[82] Pokud nejsou procesní podmínky naplněny, soud v této logice odmítá ve věci rozhodnout.^[83] Procesní podmínky tak lze do značné míry chápat jako zákonné omezení práva na přístup k soudu, resp. práva na přístup k soudu jakožto součásti práva na spravedlivý proces. Toto omezení se přitom opírá o jiné, neméně závažné principy; tak např. podmínka civilní soudní pravomoci vychází z principu dělby.^[84] Déle je možné z pohledu *de lege ferenda* uvažovat o tom, že další procesní postup soudu by byl podmíněn realizací mediačního řízení (v případě tzv. nařízené mediace).

Jakkoliv si jsou autoři tohoto textu velmi dobře vědomi, že úvahy nad zavedením povinné mediace před zahájením soudního řízení jsou vedeny legitimním zájmem usilujícím o zefektivnění soudního řízení, zároveň si dovolují zdůraznit, že z pohledu českého právního řádu (jakož i z pohledu práva EU) vyvolává takováto právní úprava celou řadu otázek. Neméně otázek pak vyvolávají úvahy nad zavedením nařízené mediace.^[85] Zejména s ohledem na znění čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“), jakož i s ohledem na zákonná (resp. teoretická) a praktická hlediska.

Zaprvé, dle čl. 36 odst. 1 Listiny platí, že každý se může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu, ve stanovených případech u jiného orgánu. Článek 36 odst. 1 Listiny tak zakotvuje právo na spravedlivý proces, jehož součástí je i právo na přístup k soudu.^[86] V tomto ohledu ilustrativním příkladem napětí mezi veřejným zájmem na racionální a efektivní organizaci soudního řízení a právem na soud může být kupříkladu judikatura Ústavního soudu týkající se přípustnosti dovolání v trestních i civilních věcech. Ve svých nálezech k tomuto problému Ústavní soud *inter alia* zdůraznil: „(...) je

třeba hledat vztah přiměřené rovnováhy mezi omezením práva na přístup k soudu a tímto účelem, který současně reprezentuje veřejný zájem (...)“.

[87] Jinými slovy řečeno, Ústavní soud v tomto ohledu konstatuje očividné, a to sice jakkoliv je právo na přístup k soudu ústavně garantovaným právem, lze jej za určitých podmínek omezit.

Zadruhé, ve smyslu judikatury ve věci *Fransson* [88] platí, že podle článku 51 odst. 1 Listiny základních práv EU ve spojení s čl. 5 směrnice spadá tato otázka rovněž do působnosti unijního práva. [89] Právo na účinnou soudní ochranu je v kontextu unijního práva upraveno v článku 47 Listiny základních práv EU. Právo na účinnou soudní ochranu je v kontextu unijního práva chápáno rovněž jako obecná zásada právní. [90] Z vysvětlení připojených k Listině základních práv EU plyne, že článek 47 je založen na čl. 13 a čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „EÚLP“), pročez by toto právo mělo být v rámci unijního práva vykládáno obdobně jako v rámci EÚLP. Právo na přístup k soudu jakožto součást ustanovení čl. 6 EÚLP dovodil Evropský soud pro lidská práva (dále jen „ESLP“) v rozhodnutí *Golder proti Spojenému království*. [91] V tom samém rozhodnutí ESLP zdůraznil, že právo na přístup k soudu není absolutní, nýbrž dovoluje jistá omezení. [92] ESLP ustáleně judikuje, že jakákoli vnitrostátním právem stanovená omezení však nesmí omezovat přístup k soudu takovým způsobem či do té míry, aby bylo právo dané osoby zasaženo v samotné své podstatě. Vnitrostátní omezení práva na přístup k soudu jsou v souladu s čl. 6 odst. 1 EÚLP pouze tehdy, pokud sledují legitimní cíl a pokud existuje rozumná rovnováha mezi použitými prostředky a sledovaným cílem. [93] Konečně slučitelnost tzv. povinné mediace s unijním právem posuzoval Soudní dvůr EU v případě *Menini*. [94] V kauze *Menini*, která se týkala italské právní úpravy (shora popsané), Soudní dvůr EU judikoval, že unijní právo nebrání takové právní úpravě, která stanoví využití mediačního řízení ve sporech jako podmínku přípustnosti žaloby týkající se týchž sporů, a to za předpokladu, že takový požadavek nebrání stranám sporu ve výkonu jejich práva na přístup k soudnictví. V tomto ohledu přitom odkázal na rozhodnutí ve věci *Alassini*, [95] ve kterém rozhodl, že povinnost uskutečnění řízení o mimosoudním urovnání sporu jako podmínka přípustnosti žaloby k soudu je slučitelná se zásadou účinné soudní ochrany

zakotvené v článku 47 Listiny základních práv EU, pouze: (i) nevede-li takové řízení k vydání rozhodnutí, které je pro jeho účastníky závazné; (ii) nepředstavuje-li podstatné prodlení, pokud jde o podání žaloby k soudu; (iii) staví-li promlčení dotyčných práv; nevede-li pro jeho účastníky ke vzniku nákladů; [\[96\]](#) (iv) nepředstavuje elektronická forma jediný způsob přístupu k uvedenému řízení o urovnání sporu; a (v) nebrání-li nařízení předběžných opatření ve výjimečných případech, kdy je vyžaduje naléhavost situace.

Zatřetí, základním znakem mediace je dobrovolnost. Výše byla otázka dobrovolnosti podrobněji rozebrána, přičemž bylo mimo jiné konstatováno, že dobrovolnost v rámci mediace je možné chápat v užším a širším slova smyslu. Autoři tohoto textu se domnívají, že nezpochybnitelným výrazem principu dobrovolnosti v rámci mediace je svoboda uzavřít tzv. mediační dohodu. [\[97\]](#) Touto dohodou se mediace končí a v zásadě by jí měl být vyřešen i konflikt mezi stranami. [\[98\]](#) Pokud nemá dojít k popření principu dobrovolnosti (jakožto ústředního principu mediace), nikdy nesmí být strany k uzavření mediační dohody zákonem přímo nuceny. Na druhou stranu jiná otázka je, do jaké míry je přípustné ukládat stranám konfliktu povinnost účastnit se samotné mediace. V tomto ohledu se autorům jeví jako ideální teoretický stav, kdy by takováto povinnost nikdy ukládána nebyla. Nicméně praktická zkušenost svědčí opačným závěrům. Ve skutečnosti totiž zde existuje jednak fenomén tzv. racionální apatie, kdy strany konfliktu nemají (a neobstarávají si) všechny informace kterak spor vyřešit. Dále pak se zde mohou (v závislosti na konkrétní zákonné úpravě, jakož i faktickému stavu) promítat nejrůznější partikulární zájmy, např. v podobě advokátů usilujících o co nejdelší a nejsložitější řešení sporu. [\[99\]](#) Konečně v neposlední řadě zde může hrát roli i absence zkušeností s tímto typem řešení sporů a s tím spojená apriorní nedůvěra. [\[100\]](#) Jinými slovy řečeno, autoři jsou toho názoru, že jakkoliv není zcela šťastné pomocí zákona řešit problémy, které by lépe bylo řešit pomocí efektivního poskytování informací a zlepšením vzdělávacího systému, nelze zcela rezignovat na realitu světa kolem nás toliko s ohledem na teoretická východiska. Proto by se také přimlouvali za to, aby princip dobrovolnosti byl vykládán v užším slova smyslu, tj. aby nebránil zákonodárci ukládat povinnost pokusit se vyřešit svůj spor

pomocí mediace před zahájením samotného soudního řízení. Koneckonců takováto povinnost není ukládána samoučelně, nýbrž sleduje jiné (rovněž velice důležité) zájmy, jako např. rychlost a efektivnost soudního řízení, kdy plná realizace tohoto zájmu ve skutečnosti rovněž přispívá k efektivní ochraně subjektivních práv účastníků řízení.^[101] Restriktivnímu výkladu principu dobrovolnosti svědčí rovněž mediační směrnice, kde se v bodě 13 recitálu mimo jiné píše: „Mediace podle této směrnice by měla být dobrovolným řízením v tom smyslu, že strany sporu za ně samy odpovídají, mohou je organizovat podle svého uvážení a kdykoli je mohou ukončit.“ Unijní zákonodárce tak spojuje dobrovolnost v mediaci pouze s odpovědností, organizací a možnostmi ukončení mediace.^[102] V této souvislosti je pak nezbytné říci, že autoři se nicméně nedomnívají, že by bylo možné tyto závěry uplatňovat paušálně ve vztahu ke všem druhům řízení. Právě naopak, bude velikým úkolem zákonodárce vytipovat taková řízení, kde by uložení povinnosti pokusit se vyřešit spor pomocí mediace před zahájením soudního řízení bylo vhodné a účelné. V tomto ohledu by se měl zákonodárce v první řadě inspirovat v zahraničí a zvolit méně ambiciózní přístup, tj. mělo by se jednat spíše o malou část vybraných řízení, u kterých navíc typově rozeznáváme menší společenský význam (jako např. v případě některých spotřebitelských sporů). Zde se jako ideální jeví přístup italský, kdy by po určité době (např. 4–5 let) mohlo dojít k přezkoumání dotčené právní úpravy, vyhodnocení jejich dopadů a příp. přijetí adekvátních opatření (ať již v podobě rozšíření okruhu sporů, kdy mají strany zákonem uloženou povinnost pokusit se vyřešit svůj konflikt prostřednictvím mediace, nebo v podobě zrušení dotčené právní úpravy bez náhrady).

Začtvrté, slabina jakéhokoliv paušálního přístupu spočívá zejména v tom, že zcela opomíjí subjektivní postoje a zájmy účastníků řízení. Lze si totiž představit praktickou situaci, kdy žalobce nebo žalovaný nebudou mít žádný zájem na řešení sporu pomocí mediace (jakkoliv budou mít o mediaci dostatek informací a třeba i praktickou zkušenost, neboť se bude jednat např. o principiální spor). Pokud by byla povinnost pokusit se spor vyřešit pomocí mediace před zahájením soudního řízení bez dalšího jednou z procesních podmínek, mohlo by to mít celou řadu neblahých praktických dopadů. Předně by tak mohlo docházet ke zbytečnému

zvyšování nákladů řízení. Dále pak by mohla být mediace zneužívána některou ze stran sporu k prodlužování konfliktního stavu, kdy sice na začátku by tato strana deklarovala svůj zájem na řešení sporu pomocí mediace (tj. uzavřela by smlouvu o provedení mediace), dále by pak ovšem fakticky nespolupracovala a kladla překážky úspěšnému vyřešení sporu pomocí mediace.

Zavedení obligatorní mediace před zahájením soudního řízení (resp. nařízené mediace) tak není nezbytně nutné chápat v přímém protikladu k právu na spravedlivý proces, resp. přístup k soudu. Právě naopak alternativní řešení sporů v mnoha ohledech může přispět k lepšímu přístupu ke spravedlnosti. Odrazem toho je i výzva Evropské rady přijatá na zasedání v Tampere konaném ve dnech 15. a 16. října 1999, kde se jednoznačně uvádí, že alternativní způsoby řešení sporu mohou ve skutečnosti přispět k lepšímu přístupu ke spravedlnosti. Otázkou proto není, zdali zakotvit do českého právního řádu obligatorní pokus o řešení sporu pomocí mediace před zahájením soudního řízení, nýbrž s jakými následky spojit selhání stran konfliktu při plnění této povinnosti.

Odmítnutí žaloby (resp. zastavení řízení) přitom nemusí být nutně jedinou procesní sankcí, která připadá v úvahu, pokud by strany měly povinnost pokusit se řešit svůj spor pomocí mediace před zahájením řízení nebo pokud by stranám mohlo být zahájení mediačního řízení nařízeno soudem. [103] Pokud se totiž sankcí rozumí nepříznivé následky, které zákon stanoví sankční normou za porušení subjektivních (procesních) povinností, kdy v případě civilního řízení sporného by sankce měly mít zásadně procesní povahu, [104] pak je možné rozeznávat následující sankce: nepříznivé rozhodnutí, jímž se řízení končí; domněnka či fikce určitého procesního stavu; sankce plnící kompenzační funkci; přímé sankce; sankce represivní. [105]

Pokud bylo shora uvedeno, že právo na přístup k soudu je ústavně garantovaným právem (jakož i právem garantovaným EÚLP a uniijním právem), pak bylo ovšem rovněž poukázáno na skutečnost, že žádné právo nelze chápat absolutně. Jinak řečeno, je pochopitelné, že mezi jednotlivými právy dochází ke kolizi, přičemž standardně se tyto kolize řeší pomocí tzv. principu proporcionality. [106] Má-li být dovozeno, že zásah do ústavně garantovaného práva je proporcionalní (a tedy v souladu

s ústavním pořádkem), musí být zkoumána kritéria vhodnosti, potřeby, jakož i musí být zvažovány empirické, systémové, kontextové argumenty. Stručně řečeno, opatření zasahující do ústavně garantovaného práva (v tomto případě práva na přístup k soudu) musí sledovat legitimní cíl, být způsobilé tohoto cíle dosáhnout a zároveň nesmí překračovat meze toho, co je nezbytně nutné. [\[107\]](#)

Je-li zvažováno zavedení uložení povinnosti stranám sporu před zahájením soudního řízení nebo možnost soudu nařídit stranám zahájení mediačního řízení, cíl, který tato opatření sledují, spočívá v zajištění řádného výkonu práva na spravedlivý proces, jehož součástí je taktéž právo na rozhodnutí sporu v přiměřeném čase. [\[108\]](#) Jedná se tedy o to, že přijetím shora uvedených opatření dojde na jedné straně ke snížení nápadu k soudům (neboť část sporů bude odkloněna a vyřešena pomocí mediace) a tím i ke zkrácení mediánové délky řízení, v důsledku čehož bude posílena realizace práva na spravedlivý proces ve vztahu ke všem subjektům účastnícím se soudního řízení. Na straně druhé pak takováto opatření příznivě ovlivní samotné účastníky mediace, kdy mediace je chápána jako levnější, rychlejší a pružnější způsob řešení sporů (oproti řízení soudnímu), kdy pokud by tato povinnost uložena nebyla (tj. stranám by nebylo uloženo zahájit mediaci před zahájením soudního řízení nebo v průběhu řízení), strany sporu by s největší pravděpodobností této možnosti ani (ke své škodě) nevyužily. Dále nemůže být pochyb o tom, že takováto opatření spočívající v uložení povinnosti stranám sporu před zahájením soudního řízení pokusit se vyřešit svůj konflikt prostřednictvím mediace jsou způsobilá dosáhnout sledovaného cíle. Praktická zkušenost jasně ukazuje, že podstatná část sporů, které se řeší prostřednictvím mediace, končí smírným řešením. Konečně je otázkou, zdali takovéto opatření nepřekračuje meze toho, co je nezbytně nutné. V tomto ohledu dlužno poznamenat, že sledovaného cíle v případě povinné mediace lze stěží dosáhnout jiným myslitelným způsobem. Těžko (autoritativně) zprostředkovávat informace a praktickou zkušenost s mediací před zahájením samotného soudního sporu jinak. Je třeba přiznat, že některé zahraniční právní řády sice znají „měkkčí“ variantu spočívající např. v nutnosti v žalobě vymezit, zdali byl učiněn pokus o řešení sporu pomocí mediace (přičemž v rámci této varianty by bylo vhodné, aby v případě, že

se žalobce rozhodl nevyužít mediace, měl povinnost ve svém podání popsat důvody, které ho vedly k nevyužití této možnosti). Nicméně takováto varianta se jeví *prima facie* jako nepraktická, neboť ve svém důsledku by vedla pouze k tomu, že do žaloby by advokáti kopírovali předem připravené univerzální pasáže textu, který by odůvodňoval, proč nebyla využita možnost řešit spor pomocí mediace. Reálně by tak tato varianta přinesla toliko zbytečnou administrativní zátěž. Nicméně empirické, systémové, jakož i kontextové argumenty ukazují, že ani varianta spočívající v přijetí takové právní úpravy, která z povinnosti zahájit mediační řízení procesní podmínku je bez dalšího nepřípustná. Sledovaných cílů je totiž možné stejně dobře dosáhnout i jinými způsoby, čemuž nasvědčuje i zahraniční zkušenost. Tak například je možné zvažovat takovou právní úpravu, která bude ukládat účastníkům sporu povinnost pokusit se vyřešit se svůj konflikt pod hrozbou povinnosti nést v následném soudním řízení náklady tohoto řízení. Podpůrně je pak možné zvažovat pozitivní motivaci, např. v podobě odpuštění soudního poplatku, pokud si budou chtít nechat strany schválit mediační smlouvu formou tzv. prétorského smíru.^[109] Za každých okolností by ovšem měly být naplněny shora citované podmínky judikované Soudním dvorem EU v případě *Alassini*.

Na druhou stranu, je-li zvažováno zavedení nařízené mediace, princip proporcionality se naplněn být nezdá, neboť stejných cílů je již dosahováno současnou právní úpravou. Jinak řečeno, jak bylo konstatováno výše, může-li být součástí nařízeného setkání s mediátorem i zahájení mediace ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 ZoM, není zřejmé, co dalšího by ohýbání vůle účastníků přineslo. Navíc podstatná výhoda spočívající v šetření nákladů státu i účastníků řízení je za situace, kdy samotné soudní řízení již bylo zahájeno (žalobce musel napsat a doručit žalobu, soud jí musel doručit žalovanému, seznámit se s touto žalobou atp.), značně oslabena. Tím se nechce říci, že není výhodné přerušit soudní řízení a zahájit řízení mediační (tj. nechce se říci, že by mediační řízení za této situace, kdy již bylo zahájeno řízení soudní, žádné další výhody nepřináší; toto tvrzení by totiž bylo zjevně nepravdivé); toliko se tím chce zdůraznit, že veřejný zájem na dosahování legitimních výhod je zde oslaben.

Závěr

V úvodu bylo naznačeno, že v souladu s Ciceronovým *summum ius summa iniuria* by mělo být první a poslední starostí každého zákonodárce přijmout takovou právní úpravu, která pokud možno zajistí, že právo nebude příliš zahleděno samo do sebe a nestane se v důsledku toho čirým bezprávím. Je hlubokým přesvědčením autorů tohoto textu, že mediaci představuje jeden z vhodných nástrojů, kterak může zákonodárce přispět k naplnění Ciceronem implikované maximy.

Pokud si v úvodu této statě vytyčili autoři hypotézu, dle které současná právní úprava nevyužívá beze zbytku všech smysluplných možností, kterak přimět strany sporu vyřešit svůj konflikt za pomoci mediaci (v oblasti civilního řízení sporného), je třeba říci, že přecházející text ji zcela potvrdil. Česká právní úprava se totiž omezuje toliko na nařízení prvního setkání s mediátorem. Je ovšem nezbytné připustit, že v rámci vytváření zákona o mediaci byly zvažovány různé varianty. Konkrétně se zákonodárce zaobíral variantami třemi.^[110] Zaprvé se uvažovalo nad tím, že mediaci by měla být chápána jako dobrovolná v nejširším slova smyslu. Zadruhé se zvažovalo zavedení nařízené mediaci. Zatřetí bylo navrhováno, aby byla mediaci povinná. Do právního řádu se nakonec promítlo řešení kombinace varianty první a druhé, a to s odvoláním na princip dobrovolnosti mediaci.^[111] Důvodová zpráva se tak spokojuje s obecným tvrzením, bez toho aniž by bylo podpořeno konkrétní argumentací, korektní a podrobnou analýzou. Je upřímným přesvědčením autorů tohoto textu, že celou záležitost není možné takto jednoduše odbýt. Právě naopak se (ze shora uvedených důvodů) autorům této statě zdá, že by se český zákonodárce měl začít seriózně zaobírat myšlenkou zavedení povinné mediaci. Přitom by ovšem měl mít na paměti jak judikaturu Ústavního soudu ČR, ESLP a Soudního dvora EU, tak i sledovaného cíle spočívajícího v dosažení vyváženého vztahu mezi mediací a soudním řízením, jak o tom hovoří čl. 1 odst. 1 mediační směrnice. Promyšlené a cílené snižování nákladů a zatížení soudů (a s tím související zkracování délek soudních řízení) je totiž pociťováno i dnes na konci druhé dekády 21. století neméně naléhavě. Mediaci přitom v tomto ohledu ještě může do fungujícího systému vnést mnoho pozitivního.

Na druhou stranu samotná zákonná úprava obsažená v občanském soudním řádu se, i přes výhrady výše popsané, zdá být vcelku funkční. Jistě by bylo lze uvažovat nejen nad zpřesněním textového znění (např. v podobě odstranění nesmyslného odkazu „v rozsahu 3 hodin“) ustanovení v § 100 odst. 2 o. s. ř., nýbrž i nad podrobnější právní úpravou, a to (nejen) ve světle provedené (stručné) analýzy právní úpravy vybraných členských států EU. Jinak řečeno, nepochybně by bylo možné do ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. včlenit další (podrobnější) podmínky, za kterých je možné nařizovat setkání s mediátorem (např. v podobě zvážení povahy sporu, jednání stran sporu atd.). Na druhou stranu mají autoři za to, že je dobré se v tomto ohledu vyvarovat striktně technicistnímu (formalistickému) přístupu; kodex civilního řízení sporného by totiž neměl být chápán úzce jako jakási kuchařka, podle níž i ten nejhorší kuchtík uvaří vynikající polévku. Stejně tak se ovšem autoři neztotožňují s názory, které zaznívají v odborném diskurzu a podle kterých lze téměř vše dovodit ze základních principů, jež ovládají civilní řízení sporné, pročez by se samotný text zákona měl omezovat toliko na nezbytné minimum. Právě naopak se domnívají, že je vhodné hledat vyvážený přístup. Ve světle této úvahy se pak podmínky vhodnosti a účelnosti zakotvené v současné právní úpravě jeví jako dostačující.[\[112\]](#)

Konečně úplným závěrem si autoři dovolují zdůraznit, že vnímají svůj text jako jeden z prvních výkopů v diskuzi, která by na toto téma měla následovat. Rozhodně si přitom nemyslí, že jejich dílo by bylo možné být jen vzdáleně přirovnat k dílu o dobrém vojákovi Švejkovi, o kterém kdysi Zdeněk Mahler prohlásil: „V Bibli najdete skoro všechno, ale ve Švejkovi je úplně všechno.“

Použitá literatura

Tištěné zdroje:

1. DOLEŽALOVÁ, M. HÁJKOVÁ, Š. POTOČKOVÁ, D. ŠANDERA, J. *Zákon o mediaci komentář*. Vyd. 1. Praha: C. H. Beck, 2013
2. POTOČKOVÁ, Dana. *Nejlepší je domluvit se*. Praha: ALFOM, 2013
3. SVATOŠ, Martin. *Mýty a fakta o prvním setkání s mediátorem, aneb všechno, co jste o mediaci chtěli vědět, ale báli jste se zeptat*. Bulletin Advokacie. 11/2013
4. KORBEL, František. *Mediace v netrestních věcech*. Právní rozhledy. 24/2009

5. PRUDÍKOVÁ, Dana a KORBEL, František. *Role Ministerstva spravedlnosti při přípravě zákona o mediaci*. Bulletin Advokacie. 6/2013
6. ZOULÍK, František. *Mediace jako alternativa soudního sporu*. Bulletin Advokacie. 8/2001
7. HÁJKOVÁ, Šárka. *Mediace v kontextu občanského soudního řízení*. Bulletin Advokacie. 6/2013
8. JIRSA, Jaromír et al. *Občanské soudní řízení: soudcovský komentář*. Kniha IV. Praha: HBT, 2015
9. DRÁPAL, Ljubomír a Jaroslav BUREŠ. *Občanský soudní řád I*. 2009
10. DRÁPAL, Ljubomír a BUREŠ, Jaroslav et al. *Občanský soudní řád II*. Praha: C. H. Beck, 2009
11. HOLÁ, Lenka a Lenka WESTPHALOVÁ. *Rodinná mediace, právní a sociální aspekty jejího poskytování*. Právní rozhledy. 18/2013
12. SVOBODA, Karel et al. *Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2015
13. SVOBODA, Karel et al. *Občanský soudní řád*. 2003,
14. LAVICKÝ, Petr. *Občanský soudní řád: praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016,
15. JIRSA, Jaromír et al. *Občanské soudní řízení: soudcovský komentář*. Kniha II. Praha: HBT, 2015
16. WINTEROVÁ, Alena et al. *Civilní právo procesní*. Praha: Linde, 2014,
17. LAVICKÝ, Petr (ed.). *Současnost a perspektivy českého civilního procesu*. Brno: MU PF, 2014
18. HORÁČEK, Tomáš. *Základní principy mediace (z právního i neprávního pohledu)*. Bulletin Advokacie. 6/2013
19. HORVÁTH, Edmund a Andrea ANDRÁŠIOVÁ. *Civilný sporový poriadok*. Wolters Kluwer, 2015
20. LAVICKÝ, Petr. DVOŘÁK, Bohumil. *Pro futuro*. In: Právní rozhledy. 2015,
21. BOBEK, Michal et al. *Evropská úmluva o lidských právech*. Praha: C. H. Beck, 2012
22. STAVINOHOVÁ, Jaruška a Petr LAVICKÝ. *Sankce v civilním právu procesním*. Právní fórum. 9/2008
23. DYCK, Andrew R. A Commentary on Cicero, *De Officiis*. Ann Harbor: The University of Michigan Press, 1996
24. The New EU directive on Mediation. First Insights. Antwerpen: Maklu, 2008
25. Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends
26. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle
27. LUPOI, Michele Angelo. *Recent developments in italian Civil Procedure Law*. Civil Procedure Review. 1/2012
28. BUNEA, Gheorghe. *Aspects of mediation in Romania*. International Journal of Juridicial Sciences. 2/2014
29. MENYHÁRD, Attila a Emőd VERESS (ed.). *New civil Codes in Hungary and Romania*. Springer: Cham, 2017

30. GAGU, Camelia. The right to a fair trial – distinct interpretation from the sense outlined by the art. 6 of the European Convention on Human Rights. *Journal of Law and Administrative Sciences*. 1/2015
31. DE PALO, Giuseppe a TREVOR, Mary B. *EU Mediation Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012
32. CAFAGGI, Fabrizio a Stephanie, LAW. *Judicial cooperation in European private law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017
33. PERNICE, Ingolf. The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU. In ROSAS, Allan, Egil LEVITS a Yves BOT, ed. *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case-law = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*. Luxembourg: Springer, 2013
34. SCHEU, Harald Christian. *Princip subsidiarity v právu EU*. AUC-IURIDICA. 1/2011

Elektronické zdroje:

1. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech
2. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013 o alternativním řešení spotřebitelských sporů
3. <http://crs.justice.cz>
4. www.judicium.it
5. <https://www.theguardian.com/law/butterworth-and-bowcott-on-law/2011/may/23/italian-lawyers-strike-mandatory-mediation>
6. <https://comparativemediation.wordpress.com/2013/08/12/five-questions-to-giovanni-matteucci-italy/>
7. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ro-cs.do?init=true&member=1
8. <http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/interventions/koenlenarts.pdf>

Legislativní zdroje:

1. Zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci)
2. Zákon č. 257/2000 Sb., o Probační a mediační službě, ve znění pozdějších předpisů
3. Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů
4. Zákon č. 420/2004 Z.z., o mediácii a o doplnení niektorých zákonov, v znení neskorších predpisov
5. Zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů
6. Vyhláška č. 277/2012 Sb., o zkouškách o odměně mediátora
7. Důvodová zpráva k zákonu č. [202/2012 Sb.](#), o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci)
8. nález Ústavního soudu ze dne 20. 12. 2006, sp. zn. II ÚS 188/06
9. nález Ústavního soudu ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94

10. nález Ústavního soudu IV. ÚS 128/05 a IV. ÚS 128/05
11. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 1942/2010
12. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. Cpj 159/79 nebo 29 Odo 62/2001
13. rozhodnutí rumunského Ústavního soudu č. 266/2014
14. rozhodnutí Soudního dvora ze dne 26. února 2013, Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105
15. rozhodnutí Soudního dvora ze dne 15. května 1986, Johnston, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206
16. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 14. června 2017, Menini, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457
17. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 21. prosince 2016, Naranjo, C-154/15, ECLI:EU:C:2016:980
18. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. března 2010, Alassini, C-317/08, ECLI:EU:C:2010:146
19. rozhodnutí ESLP ze dne 3. prosince 2002, *Debbasch proti Francii*, č. 49392/99, bod 43;
20. rozhodnutí ESLP ze dne 12. října 1992, *Boddaert proti Belgii*, č. 12919/87, bod 9 a
21. rozhodnutí ESLP ze dne 25. listopadu 2003, *Nikka proti Švédsku*, č. 38668/99
22. rozhodnutí Sentenza Corte Costituzionale ze dne 6. prosince 2012, č. 272/2012

Kontakt

Mgr. et Mgr. Petr Navrátil

PNavratil@msp.justice.cz

Mgr. Veronika Navrátilová

VNavratilova@msp.justice.cz

- [1] Část textu vznikla v rámci programu Univerzity Karlovy Q02 „Publicizace práva v evropském a mezinárodním srovnání“.
- [2] V podrobnostech k osobě Cicerona, jeho díla a jeho výkladu viz DYCK, Andrew R. *A Commentary on Cicero, De Officiis*. Ann Harbor: The University of Michigan Press, 1996, s. 1–52.
- [3] Pozornost Ciceronovu dílu je tak věnována na tak prestižních univerzitních pracovištích, jako je např. Harvard Law School nebo Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.
- [4] *De officiis* (I, § 33).
- [5] Viz DYCK, Andrew R. *A Commentary on Cicero, De Officiis*. Op. cit., s. 131–133.
- [6] Díkci občanského řádu soudního je pak účelem a smyslem soudního řízení sporného zajištění ochrany soukromých práv a oprávněných zájmů účastníků řízení, jakož i výchova k dodržování smluv a zákonů, k čestnému plnění povinností a k úctě k právům jiných osob.

- Dále viz judikatura Ústavního soudu ČR, dle které by procesní předpis měl vždy sloužit jen jako účelný nástroj k nalezení hmotného práva, nikoliv k tomu, aby se z něj samotného stal smysl celého řízení před soudem. Ústavní soud ČR tak jednoznačně preferuje materiální přístup k procesu před formalistickým pojetím, kdy soud by nikdy neměl vést řízení sám pro sebe. Viz nálezy Ústavního soudu ze dne 20. prosince 2006, sp. zn. II ÚS 188/06.
- [7] V podrobnostech k legislativnímu procesu stran zákona o mediaci a jeho pozadí viz KORBEL, František. Mediace v netrestních věcech. *Právní rozhledy*. 24/2009, s. 2 a n. a PRUDÍKOVÁ, Dana a KORBEL, František. Role Ministerstva spravedlnosti při přípravě zákona o mediaci. *Bulletin Advokacie*. 6/2013, s. 15-17.
- [8] Viz důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona o mediaci, Obecná část, I. Důvod předložení.
- [9] V podrobnostech k pojmu mediace a mediaci jako jednoho ze způsobů alternativního řešení sporů viz ZOULÍK, František. Mediace jako alternativa soudního sporu. *Bulletin Advokacie*. 8/2001, s. 28 a n.
- [10] Tak např. v roce 2015 nařídil Okresní soud v Břeclavi celkem 52 prvních setkání s mediátorem ve smyslu ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř.; smírnou cestou skočilo 16 případů, tj. dosaženo bylo přibližně 30% úspěšnosti. Těmto závěrům svědčí i zkušenost ze zahraničí. Viz např. italská zkušenost dále v textu podrobněji popsána.
- [11] Viz zákon č. 257/2000 Sb., o Probační a mediační službě, ve znění pozdějších předpisů.
- [12] V podrobnostech viz HÁJKOVÁ, Šárka. Mediace v kontextu občanského soudního řízení. *Bulletin Advokacie*. 6/2013, s. 24-25.
- [13] Na druhou stranu je třeba říci, že okrajově se některých vybraných otázek rovněž jejich text dotýká; vždy se však tak děje v přímé souvislosti s problematikou tzv. nařízené mediace.
- [14] Zapsaným mediátorem se v souladu s ustanovení § 2 písm. c) zákona o mediaci rozumí fyzická osoba zapsaná v seznamu mediátorů vedeného dle § 15 ZoM Ministerstvem spravedlnosti ČR.
- [15] Pro úplnost je rovněž třeba dodat, že ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř. zakazuje naříditi mediaci po dobu platnosti předběžného opatření ve věcech ochrany proti domácímu násilí.
- [16] Viz § 167 odst. 1 o. s. ř.
- [17] Rozlišují se dvě základní hlediska, na základě nichž se posuzuje, zdali dané usnesení upravuje řízení ve smyslu ustanovení § 202 odst. 1 písm. a) o. s. ř. Prvním hlediskem je skutečnost, že usnesení nemá vliv na rozhodnutí ve věci samé. Druhým hlediskem se rozumí nezbytnost rychlého řešení v souladu se zájmem hospodárného vedení řízení, aniž by zároveň odepření možnosti opravného prostředku mohlo být na újmu práv účastníků řízení nebo třetích osob. Někteří autoři hovoří o existenci třech hledisek, přičemž za třetí hledisko považují otázku, zdali je soud usnesením vázán, či nikoliv, a může jej změnit, aniž by bylo potřebné podat odvolání. Tento názor je ovšem třeba odmítnout, neboť ve skutečnosti otázka, zdali je soud usnesením vázán, či nikoliv, je důsledkem kvalifikace určitého usnesení jako usnesení, jímž se upravuje vedení řízení. Srov. DRÁPAL, Ljubomír a BUREŠ, Jaroslav et al. *Občanský soudní řád II*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1600.
- [18] Viz JIRSA, Jaromír et al. *Občanské soudní řízení: soudcovský komentář. Kniha IV*. Praha: HBT, 2015, s. 26.
- [19] Viz např. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. Cpj 159/79 nebo 29 Odo 62/2001.
- [20] Ve zvláštní části důvodové zprávy se k novelizaci ustanovení § 202 o. s. ř. doslova uvádí: „V souvislosti s novou pravomocí soudu naříditi první setkání s mediátorem se stanovuje, že proti usnesení, kterým bylo první setkání nařízeno není přípustné odvolání. Možnost odvolání by byla proti smyslu tohoto institutu, neboť je v kompetenci soudu posoudit, zda jsou v daném

případě dány podmínky pro nařízení setkání s mediátorem. Případné odvolání by jednak řízení prodlužovalo a jednak by se tím značně snížila šance na úspěšné provedení mediace.“

- [21] Není bez zajímavosti, že před přijetím novelizace občanského soudního řádu, upravoval § 100 odst. 3 o. s. ř. možnost nařídit mediační jednání v případě péče o nezletilé. Hledisko vhodnosti a účelnosti v tomto ustanovení zakotveno ovšem nebylo. Tato právní úprava byla zavedena zákonem č. 295/2008 Sb. Komentářová literatura k tomu nicméně uváděla, že soud může nařídit mediaci, pouze pokud je zajištěn způsob financování mimosoudního řízení. Rovněž bylo zdůrazňováno, že by soud měl v těchto případech zvážit, zdali se nejedná jen o formální opatření, jakož i zájmy dítěte, přičemž bez slyšení účastníků by o takovém opatření rozhodnout neměl. DRÁPAL, Ljubomír a Jaroslav BUREŠ. *Občanský soudní řád I.* 2009, s. 647–650.
- [22] Viz SVOBODA, Karel et al. *Občanský soudní řád.* 2003, s. 342–343; LAVICKÝ, Petr. *Občanský soudní řád: praktický komentář.* Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 410 a n.; JIRSA, Jaromír et al. *Občanské soudní řízení: soudcovský komentář. Kniha II.* Praha: HBT, 2015, s. 123. Dlužno poznamenat, že posledně jmenovaný komentář obsahuje praktický příklad, z něhož lze celou řadu vodítek, kterými by se ve své úvaze měl řídit soud, pokud nařizuje mediaci, dovodit.
- [23] Přece jen praktická zkušenost a pouhé teoretizování jsou dvě diametrálně odlišné záležitosti.
- [24] Viz § 6 a § 100 odst. 1 o. s. ř. a rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 1942/2010. Blíže k zásadě hospodárnosti viz WINTEROVÁ, Alena et al. *Civilní právo procesní.* Praha: Linde, 2014, s. 71 a n. Dále pak LAVICKÝ, Petr (ed.). *Současnost a perspektivy českého civilního procesu.* Brno: MU PF, 2014, s. 149 a n.
- [25] Jistě je pravdou, že náklady na nařízené setkání s mediátorem jsou součástí nákladů řízení. V tomto slova smyslu by proto náklady na nařízené setkání nemusely na první pohled hrát rozhodující roli, neboť z pohledu stran mohou být neneseny protistranou (v souladu se základní zásadou úspěchu ve sporu). Jinak řečeno, lze legitimně předpokládat, že strany účastníci se sporu se ho účastní právě proto, že jsou – takřkajíc – přesvědčeny o své pravdě a věří ve svůj úspěch. Na druhou stranu u některých složitějších sporů může být zjevné, že mediace (pokud bude zahájena) potrvá delší dobu (nikoliv výlučně tři hodiny, jak předpokládá znění § 100 odst. 2 o. s. ř. v případě nařízeného setkání s mediátorem), přičemž náklady na tuto delší mediaci (tj. nad rámec tří hodin) nejsou součástí nákladů řízení. Proto vůle účastníků nést tyto náklady může hrát při úvaze soudu, zdali nařídí setkání s mediátorem (či nikoliv), klíčovou roli. K rozdílu mezi placením a hrazením nákladů viz WINTEROVÁ, Alena et al. *Civilní právo procesní.* Op. cit., s. 305 a n.
- [26] Viz HÁJKOVÁ, Šárka. Mediace v kontextu občanského soudního řízení. *Bulletin Advokacie.* 6/2013, s. 24-25.
- [27] K principu důvěrnosti mediace blíže viz HORÁČEK, Tomáš. Základní principy mediace (z právního i neprávního pohledu). *Bulletin Advokacie.* 6/2013, s. 17 a n.
- [28] Dlužno poznamenat, že pokud by mělo být dovozeno, že mediátor nemá automaticky povinnost podrobit se nařízenému prvnímu jednání, měla by tato možnost (tj. možnost odmítnout) být omezena objektivními důvody zvláštního zřetele hodné, nikoliv subjektivní úvahou mediátora.
- [29] O čemž koneckonců svědčí i shora citovaná důvodová zpráva.
- [30] Viz JIRSA, Jaromír et al. *Občanské soudní řízení: soudcovský komentář. Kniha II.* Op. cit., s. 319-321.
- [31] Zpravidla tak bude soud přerušovat řízení na dobu podstatně kratší nežli tři měsíce, a to vzhledem k textaci ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř., kde se výslovně uvádí, že soud nařizuje setkání s mediátorem v rozsahu tří hodin. Lze totiž legitimně předpokládat, že vzhledem

k zákonem stanovenému rozsahu nařízeného setkání se toto setkání neprotáhne na dobu několika měsíců. Jiná věc je, že se účastníci řízení mohou rozhodnout uzavřít smlouvu o provedení mediace ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 zákona o mediaci, čímž dojde k zahájení samotné mediace *stricto sensu*. V tomto případě ovšem soudu nic nebrání v postupu dle ustanovení § 110 o. s. ř.

- [32] První známky silícího zájmu o mediaci ze strany EU (resp. ES) je možné vystopovat již ve výzvě Evropské rady z Tampere, která byla přijata na zasedání ve dnech 15. a 16. října 1999. Dále pak následovaly závěry o alternativních metodách Rady přijaté v květnu roku 2000, jakož i *Zelená kniha komise o alternativním řešení sporů v občanských a obchodních věcech* z roku 2002. V podrobnostech k vývoji úpravy mediace na unijní úrovni viz *The New EU directive on Mediation. First Insights*. Antwerpen: Maklu, 2008, s. 10 a n.
- [33] Viz bod 8 recitálu směrnice a čl. 1 odst. 2 směrnice.
- [34] Dikci tohoto ustanovení v zásadě odpovídá bod 14 recitálu směrnice.
- [35] V anglické jazykové verzi: „A court (...) may, when appropriate and having regard to all the circumstances of the case, invite the parties to use mediation (...)“. V německé verzi: „Ein Gericht [...] kann gegebenenfalls und unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles die Parteien auffordern, die Mediation zur Streitbeilegung in Anspruch zu nehmen.“. Ve francouzské: „Une juridiction saisie d’une affaire peut, le cas échéant et compte tenu de toutes les circonstances de l’espèce, inviter les parties à recourir à la médiation (...)“.
- [36] Srov. § 474 zákona č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů, kde omezení rozsahem tří hodin absentuje.
- [37] S ohledem na § 15 vyhlášky č. 277/2012 Sb., o zkouškách a odměně mediátora.
- [38] Tomu svědčí i samotná důvodová zpráva, dle které byly tři hodiny stanoveny tak, aby během této doby bylo možné v některých jednodušších případech dosáhnout uzavření mediační dohody, tedy završení mediačního procesu.
- [39] V anglické jazykové verzi se mluví o *incentives and sanctions*. V německé o *Anreizen oder Sanktionen*. Ve francouzské o *des incitations ou des sanctions*. V českém právním řádu pak takovou sankci představuje ustanovení § 150 o. s. ř., dle kterého odmítne-li se účastník bez vážného důvodu zúčastnit se prvního setkání s mediátorem nařízeného soudem, nemusí soud výjimečně náhradu nákladů řízení zcela anebo zčásti přiznat.
- [40] Dlužno poznamenat, že tento prostor není bezbřehý, nýbrž je ohraničen zejména čl. 47 Listiny základních práv EU a související judikaturou Soudního dvora EU. V podrobnostech viz část čtvrtá tohoto příspěvku.
- [41] Statistické údaje za rok 2017 jsou neúplné; představují pouze údaje za období měsíců leden až září s tím, že soudy z důvodů změn ve statistických listech doplňují data postupně zpětně, a to od července letošního roku. K tomuto je tudíž nutno přihlížet.
- [42] Pro účely získání přesnějších údajů Ministerstvo spravedlnosti ČR *pro futuro* počítá s provedením změn ve výkazech soudů a státních zastupitelství, které poskytnout informace za konkrétní sledované období (i v probíhajících řízeních, nikoli pouze pravomocně skončených v daném období) o tom, kolik bylo nařízeno prvních setkání se zapsaným mediátorem, v kolika případech byla zahájena mediace (přerušeno řízení), v kolika případech byla soudu předložena mediační dohoda ke schválení a zda došlo ke schválení smíru.
- [43] Soudy každý rok nařizují setkání s mediátorem řádově ve stovkách případů. Naproti tomu soudy řeší každý rok řádově stovky tisíc občanskoprávních případů.
- [44] Tak např. Okresní soud v Břeclavi nařídil v roce 2015 celkem 52 setkání s mediátorem; Obvodní soud pro Prahu 2 ve stejném období nařídil pouze jedno setkání s mediátorem.
- [45] Na rozdíl od České republiky se tak Slovensku podařilo uzavřít rekodifikační proces v oblasti civilního řízení sporného přijmout nový kodex. Tento zákon vstoupil v účinnost dne

1. 5. 2017. V podrobnostech se odkazuje na komentář. Viz HORVÁTH, Edmund a Andrea ANDRÁŠIOVÁ. *Civilný sporový poriadok*. Wolters Kluwer, 2015.
- [46] Dle slovenské právní úpravy tak např. odborné zkoušky mediátora předchází odborná příprava v rozsahu 200 hodin (viz § 9 slovenského zákona o mediaci), přičemž tato zkouška je v gesci odborných institucí, které získaly příslušnou akreditaci (viz § 10 slovenského zákona o mediaci).
- [47] Na rozdíl od podmínek zápisu do seznamu mediátorů v ČR musí každý žadatel v SR předložit mj. výpis z registru trestů (pokud se nejedná o občana jiného členského státu, ověřuje bezúhonnost žadatele Ministerstvo spravedlnosti ČR samo). Zajímavou skutečností rovněž je, že žádost o zápis do registru mediátorů SR lze podat rovněž na obvodním úřadě, který plní úlohu jednotného kontaktního místa (viz § 8 odst. 3. Slovenského zákona o mediaci).
- [48] Viz § 100 odst. 1 o.s.ř.
- [49] Viz décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.
- [50] Viz loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.
- [51] Přijat byl tzv. *Regio decreto* č. 1443 a publikován byl v úředním věstníku (*Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*) č. 253 dne 28. října 1940.
- [52] Italské právní úpravě je vytýkáno především to, že v důsledku nepřehledné právní úpravy soudy rozhodují v nepřiměřeně dlouhé době. I z tohoto důvodu v Itálii v minulosti proběhly pokusy o komplexní reformu civilního řízení sporného. V podrobnostech viz LUPOI, Michele Angelo. Recent developments in italian Civil Procedure Law. *Civil Procedure Review*. 1/2012, s. 25-51.
- [53] Formálně-technicistním přístupem se rozumí situace, kdy zákonodárce není ve svých snahách veden jednotící koncepcí (buď liberální, nebo sociální), nýbrž se snaží *ad hoc* upravovat rozličné problémy. Viz LAVICKÝ, Petr. DVOŘÁK, Bohumil. Pro futuro. In: *Právní rozhledy*. 2015, č. 5, s. 153 – 159.
- [54] Které – protože zpravidla kladou nároky na státní rozpočet – se zdají býti nepřijatelné nikoliv výlučně italskému zákonodárci.
- [55] Legge 18 giugno 2009, n. 69 *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.
- [56] *Decreto Legislativo* 4 marzo 2010, n. 28. V podrobnostech viz např. AMERIO, Pier Luigi et al. *La mediazione nelle liti civili e commerciali*. Milano: Giuffrè, 2011 nebo BOVE, Mauro. La Riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo. *Rivista di diritto processuale*. 2/2010, s. 343-362. Celá řada velice podnětných informací (nejen) na téma mediace je rovněž online dostupná na adrese www.judicium.it.
- [57] Viz LUPOI, Michele Angelo. Recent developments in italian Civil Procedure Law. Op. cit., s. 41.
- [58] Viz LUPOI, Michele Angelo. Recent developments in italian Civil Procedure Law. Op. cit., s. 43.
- [59] Zejména zástupci italské advokacie brojili proti nové právní úpravě. Situace se vyhrtila natolik, že italské advokátní odbory (*Organismo Unitario dell'Avvocatura*) naplánovaly na dny 16. až 21. března 2011 stávkou advokátů, kdy se advokáti měli zdržet účasti na jakémkoliv jednání a měli zasílat svým klientům dopis žádající, aby se připojili k protestům proti nové právní úpravě v oblasti mediace. V podrobnostech viz <https://www.theguardian.com/law/butterworth-and-bowcott-on-law/2011/may/23/italian-lawyers-strike-mandatory-mediation>.
- [60] Viz rozhodnutí Sentenza Corte Costituzionale ze dne 6. prosince 2012, č. 272/2012.

- [61] Viz <<https://comparativemediation.wordpress.com/2013/08/12/five-questions-to-giovanni-matteucci-italy/>>.
- [62] *Decreto legge del fare approvato dal Governo in data 15 giugno 2013.*
- [63] Dlužno poznamenat, že novou kapitolu v této věci napsal dne 14. června 2017 Soudní dvůr Evropské unie, když v případě *Menini* rozhodl, že právní úprava, která stanoví, že v rámci povinné mediace musí být spotřebitelé zastoupeni advokátem a mohou ukončit účast v mediačním řízení pouze, pokud prokáží existenci oprávněného důvodu na podporu tohoto rozhodnutí, je v rozporu se směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013, o alternativním řešení spotřebitelských sporů. Viz rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 14. června 2017, *Menini*, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457. Bez zajímavosti rovněž není, že v rozhodnutí *Menini* Soudní dvůr EU zároveň rozhodl o tom, že shora citovaná směrnice naopak nebrání takové právní úpravě, která stanoví využití mediačního řízení jako podmínku přípustnosti žaloby.
- [64] Viz *Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012* (BGBl. I S. 1577).
- [65] Učinilo tak např. Bavorsko.
- [66] Zákon byl publikován ve sbírce 22. května 2006. Zákon upravuje obecná ustanovení týkající se mediace, jakož i výkon činnosti mediátora, úpravu mediace samotné a v neposlední řadě právní úpravu profesní organizace, tzv. Mediační rady (*Consiliul de Mediere*). V podrobnostech viz BUNEA, Gheorghe. Aspects of mediation in Romania. *International Journal of Juridical Sciences*. 2/2014, s. 16-20, jakož i informační portál E-justice (online dostupné na <https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ro-cs.do?init=true&member=1>).
- [67] Jedná se o relativně nový kodex, který vstoupil v účinnost dne 15. února 2013 (většina ustanovení) a který nahradil starý civilní řád soudní z roku 1865. V podrobnostech k různým aspektům reformy civilního řízení soudního v Rumunsku viz MENYHÁRD, Attila a Emőd VERESS (ed.). *New civil Codes in Hungary and Romania*. Springer: Cham, 2017.
- [68] Viz rozhodnutí rumunského ústavního soudu č. 266/2014. V podrobnostech viz GAGU, Camelia. The right to a fair trial – distinct interpretation from the sense outlined by the art. 6 of the European Convention on Human Rights. *Journal of Law and Administrative Sciences*. 1/2015, s. 770.
- [69] V podrobnostech k mediaci ve Španělsku viz DE PALO, Giuseppe a TREVOR, Mary B. *EU Mediation Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, kapitola věnovaná Španělsku.
- [70] Tato právní úprava byla přijata jako reakce na rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 21. prosince 2016, *Naranjo*, C-154/15, ECLI:EU:C:2016:980. V této věci se jednalo o otázku minimálních úrokových sazeb hypoték ve světle doktríny zneužívajících ujednání. V podrobnostech viz CAFAGGI, Fabrizio a Stephanie, LAW. *Judicial cooperation in European private law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, s. 97 a n.
- [71] Viz čl. 4 *Real Decreto-ley 1/2017*.
- [72] Věcný záměr civilního řádu soudního byl vypracován pracovní skupinou ve složení doc. Petr Lavický, prof. Alena Winterová, JUDr. Bohumil Dvořák, JUDr. Zdeněk Pulkrábek a JUDr. Eva Dobrovolná (a původně také JUDr. Jiří Spáčil, který rezignoval ze zdravotních důvodů). Věcný záměr byl zveřejněn dne 15. listopadu 2017 a je online dostupný na <<http://crs.justice.cz>>.
- [73] K tomu je ovšem třeba poznamenat, že tato skutečnost je dána zejména tím, že vládní návrh civilního řádu soudního z roku 1937 obsahoval v části šesté v pátém oddílu v ustanovení § 592-613 úpravu rozhodčího řízení. O mediaci v něm naopak není (z pochopitelných důvodů) žádná zmínka.

- [74] Viz směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013, o alternativním řešení spotřebitelských sporů atp.
- [75] Viz např. aktivity Ministerstva průmyslu a obchodu ČR (v oblasti alternativního řešení spotřebitelských sporů) a Ministerstva práce a sociálních věcí ČR (v oblasti alternativního řešení pracovněprávních sporů).
- [76] I když je třeba připustit, že množiny povinných mediací a nařízených mediací se mohou překrývat. Na druhou stranu, i kdyby se připustilo, že užitým slovním obratem mají autoři věcného záměru civilního řádu soudního na mysli povinnou mediaci ve smyslu nařízené mediace, je třeba zdůraznit, že žádný takový institut v současném českém právním řádu neexistuje (existuje toliko institut tzv. prvního nařízeného setkání s mediátorem). Navíc užití dvou adjektiv působí poněkud matoucím dojmem.
- [77] V podrobnostech viz HORÁČEK, Tomáš. Základní principy mediace (z právního i neprávního pohledu). Op. cit., s. 17 a n.
- [78] Viz POTOČKOVÁ, Dana. *Nejlepší je domluvit se*. Praha: ALFOM, 2013, s. 56.
- [79] Viz SVATOŠ, Martin. Mýty a fakta o prvním setkání s mediátorem, aneb všechno, co jste o mediaci chtěli vědět, ale báli jste se zeptat. *Bulletin Advokacie*. 11/2013, s. 48.
- [80] Což vzhledem k existenci čl. 5 směrnice není nikterak překvapivé. Tento článek je ovšem třeba chápat jako důsledek, nikoliv jako příčinu popisovaného trendu.
- [81] Ve smyslu čl. 112 Ústavy.
- [82] Je třeba připustit, že samotný občanský soudní řád užívá termínu podmínky řízení (viz § 103 a n. o.s.ř.). Avšak z teoretického pohledu je toto pojmosloví kritizováno, neboť implikuje představu, že tyto podmínky musí být splněny k tomu, aby mohlo být zahájeno řízení. Tak tomu ovšem rozhodně není. Viz WINTEROVÁ, Alena et al. *Civilní právo procesní*. Op. cit., s. 213 a n.
- [83] Z hlediska platné právní úpravy dochází k zastavení řízení (viz § 104 o.s.ř.). Dlužno poznamenat, že mezi zastavením řízení a odmítnutím žaloby není z praktického hlediska rozdíl.
- [84] Viz WINTEROVÁ, Alena et al. *Civilní právo procesní*. Op. cit., s. 213.
- [85] Jakkoliv je v této souvislosti nezbytné poznamenat, že ustanovení § 474 zákona č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů, hovoří v souvislosti s civilním řízením nesporným o „uložení účasti na mediačním jednání“. Jinak řečeno, prostý jazykový výklad by svědčil tomu, že už dnes v českém právním řádu existuje nařízená mediace. Nicméně tak tomu rozhodně není, neboť toto ustanovení je vzhledem k účelu a smyslu vykládáno tak, že se slovním obratem „uložení účasti na mediačním jednání“ ve skutečnosti rozumí nařízené setkání s mediátorem (ve smyslu ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř.). Viz HOLÁ, Lenka a Lenka WESTPHALOVÁ. Rodinná mediace, právní a sociální aspekty jejího poskytování. *Právní rozhledy*. 18/2013, s. 618 a n. Dále viz SVOBODA, Karel et al. *Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 954–956.
- [86] Viz komentář k Listině.
- [87] Viz nálezy Ústavního soudu IV. ÚS 128/05 a IV. ÚS 128/05.
- [88] Viz rozhodnutí Soudního dvora ze dne 26. února 2013, *Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.
- [89] Resp. ve smyslu příslušného ustanovení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013 o alternativním řešení spotřebitelských sporů (jakož i dalších unijních právních aktů).
- [90] Viz rozhodnutí Soudního dvora ze dne 15. května 1986, *Johnston*, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206. V podrobnostech k právu na účinnou soudní ochranu v právu unijním viz LENAERTS, Koen. *Effective judicial protection in the EU*. Assises de la justice 2013.

- Online dostupné na <<http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/interventions/koenlenarts.pdf>>. Dále pak PERNICE, Ingolf. The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU. In ROSAS, Allan, Egil LEVITS a Yves BOT, ed. *The Court of Justice and the construction of Europe: analyses and perspectives on sixty years of case-law = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*. Luxembourg: Springer, 2013, 381–395.
- [91] Viz *Golder proti Spojenému království*, rozsudek, 21. 2. 1975, č. 4451/70, § 25.
- [92] Dále viz např. *Bulena proti České republice*, rozsudek, 20. 4. 2004, č. 57567/00, § 29.
- [93] Viz *Ashingdane proti Spojenému království*, rozsudek, 28. 5. 1985, č. 8225/78, § 57.
V podrobnostech dále viz BOBEK, Michal et al. *Evropská úmluva o lidských právech*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 630 a n.
- [94] Viz rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 14. června 2017, *Menini*, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457.
- [95] Viz rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 18. března 2010, *Alassini*. C-317/08, ECLI:EU:C:2010:146.
- [96] Tuto podmínku je třeba vykládat ve světle 8 písm. c) směrnice 2013/11. Jinými slovy řečeno, povinnost uskutečnění řízení o mimosoudním urovnání sporu může pro účastníky přinést náklady, avšak tyto náklady musí být nízké (resp. s ohledem na předmět sporu nevýznamné).
- [97] Ve smyslu ustanovení § 7 zákona o mediaci.
- [98] Viz v podrobnostech k mediační dohodě DOLEŽALOVÁ, Martina et al. *Zákon o mediaci. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 35–39.
- [99] V tomto ohledu je možné zmínit starý vtíp na účet advokátského stavu. V tomto vtípu advokát vdává dceru za mladého advokáta. Po obřadu přinese zeti velký šanon a povídá: „Tady je synu můj svatební dar, je to 10 let rozdělaný případ.“ Zeť asi za dva měsíce přijde za tchánem a povídá: „Tatínku, tak ten případ od vás, jak jste s ním nemohl deset let hnout, jsem již úspěšně vyřešil.“ Tchán se chytne za hlavu se slovy: „Cos to provedl, chlapče, vždyť z toho případu se dalo žít dalších deset let.“ Převzato ze stránek <<http://pitevna.cz/vtipy/o-pravnicich/>>.
- [100] Což rovněž souvisí s tím, že v rámci českého právní řádu představuje právní úprava mediací relativně nový fenomén.
- [101] Jinak řečeno, pokud je ukládána povinnost sporným stranám řešit svůj konflikt pomocí mediací, pak toto jejich omezení je kompenzováno předpokladem, dle kterého se úměrně počtu sporů, které se pomocí této povinnosti podaří „odklonit“, zvýší rychlost a zmenší zátěž soudů, což přispěje k lepšímu a efektivnějšímu prosazování subjektivních práv ostatních jednotlivců. Je pochopitelné, že ve skutečnosti tomu tak nemusí nutně být (a nejspíše ani nebude); na druhou stranu přínos zavedení takovéto povinnosti je v tomto slova smyslu neoddiskutovatelný, jakkoliv jej nelze přesně vyčíslit.
- [102] V jiných jazykových verzích je přitom vyznění stejné. V německé verzi se např. píše: „(...) die Parteien selbst für das Verfahren verantwortlich sind und es nach ihrer eigenen Vorstellung organisieren und jederzeit beenden können.“ V anglické pak: „(...) the parties are themselves in charge of the process and may organise it as they wish and terminate it at any time.“ Konečně ve francouzské: „(...) les parties elles-mêmes sont responsables du processus et peuvent l'organiser comme elles l'entendent et y mettre un terme à tout moment.“
- [103] K problematice sankcí v procesním právu viz STAVINOHOVÁ, Jaruška a Petr LAVICKÝ. Sankce v civilním právu procesním. *Právní fórum*. 9/2008, s. 317 a n.
- [104] Tj. sankce v procesním právu by měly spočívat ve zhoršení procesního postavení strany, která svou subjektivní procesní povinnost porušila.

- [105] Viz STAVINHOVÁ, Jaruška a Petr LAVICKÝ. Sankce v civilním právu procesním. Op. cit., s. 317.
- [106] Viz např. nález Ústavního soudu České republiky ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94.
- [107] Obdobně je princip proporcionality vykládán i v unijním právu. Viz SCHEU, Harald Christian. Princip subsidiarity v právu EU. *AUC-Iuridica*. 1/2011, s. 47-58.
- [108] Viz rozhodnutí ESLP ze dne 3. prosince 2002, *Debbasch proti Francii*, č. 49392/99, bod 43; srov. také rozhodnutí ESLP ze dne 12. října 1992, *Boddaert proti Belgii*, č. 12919/87, bod 9 a rozhodnutí ESLP ze dne 25. listopadu 2003, *Nikka proti Švédsku*, č. 38668/99.
- [109] Viz § 67 a n. o.s.ř. V podrobnostech viz WINTEROVÁ, Alena et al. *Civilní právo procesní*. Op. cit., s. 317 a n. V této souvislosti si autoři textu uvědomují, že jistá slabina mediace spočívá v tom, že mediační dohoda není bez dalšího přímo vykonatelná. Nicméně protože otázka vykonatelnosti mediačních dohod je zcela samostatným tématem, nemají ambice o něm zvlášť pojednávat. Toliko pro úplnost na tento problém odkazují.
- [110] V důvodové zprávě se k této problematice uvádí: „Většina členů pracovní skupiny se vyjádřila zásadně pro princip dobrovolnosti mediace. Lze si totiž jen obtížně představit, že by stranám konfliktu bylo nařízeno, aby se pokusily uzavřít smír, tedy aby spolu komunikovaly a dohodly se na řešení svého konfliktu. Na druhou stranu se zejména v rodinných věcech jeví jako vhodné, aby soud měl možnost účastníkům řízení nařídít krátké setkání s mediátorem, při němž by mediátor vysvětlil možnosti a výhody mediace. Odborníci na mediace se shodují v tom, že v případě vyhrocených konfliktů může setkání s mediátorem uklidnit situaci a přispět ke smírnému řešení.“
- [111] Který, zdá se, hojně slouží k odůvodnění různých variant, aniž by se zákonodárce seriózně a korektně vypořádal s podstatou tohoto principu (resp. možnými pojetími tohoto principu).
- [112] Jakkoliv je možné argumentovat, že jsou vlastně nadbytečné, neboť vyplývají ze zásady hospodárnosti řízení.

Soudcovská mediace

Internal judicial mediation

Drahomíra Němcová

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, Tř. 17. listopadu 8, Olomouc

Abstrakt: Článek se zabývá jedním z modelů tzv. mediace blízké justici, v níž se prolínají prvky mediace a soudnictví. V úvodu se krátce nastiňuje usmiřovací role soudce a její konkrétní projevy a současné tendence přístupu k této roli soudce. Následně se přechází k popisu možných vztahů mezi mediací a systémem soudnictví. Uvedeny jsou základní charakteristiky mediace, což vytváří základ pro pozdější srovnání se soudcovskou mediací. Hlavní část textu se zabývá německým institutem „Güterichter“ (interní mediace ze strany soudce). Obsaženo je pojednání o historii ustanovení a jeho aplikačním rámci. Následuje analýza právní úpravy (postupu soudu a stran ve věci) včetně formy financování. Výklad je doplněn o zhodnocení výhod i toho, zda se jedná o konkurenci mimosoudní mediace. V poslední kapitole se snaží autorka odhalit možné problematické aspekty českého soudního smíru, jež by mohly být řešeny na základě inspirace v institutu smírčího soudce z německé úpravy.

Klíčová slova: mediace, mediace blízká justici, usmiřovací role soudce, smírčí soudce, smír soudní.

Abstract: The article deals with one of models of so called mediation near to the justice, which contains elements of both mediation and the judiciary. First chapter briefly sketches the „conciliating“ role of a judge and concrete ways how this role is being reflected in central European legal systems. Current tendencies towards this judicial role are included. Then there is a description of potential relations between mediation and system of judiciary. Key characteristics of mediation are offered which produces the basis for the latter comparison with a judicial mediation. Main part of the text deals with a German „Güterichterverfahren“ (in-court mediation which is held by a non-deciding judge). It contains information about the history of the concept and its application framework. Analysis of the legal situation follows (steps taken by the court and the parties) as well as the financing it. The interpretation is amended by a assessment of pros and cons of the institution and there is also an evaluation whether this in-court mediation can constitute a competitive advantage if compared with out-of-court mediation. The latest chapter uncovers potential problematic aspects of the Czech judicial settlement which could be partially solved within the inspiration of German Güterichter.

Keywords: Mediation, Mediation near to the justice, Conciliating role of a judge, Güterichter (conciliating judge), Judicial settlement.

Úvod

Mediace je jedna z forem řešení konfliktů, a jako taková je řazena mezi tzv. ADR metody, neboli alternativní metody řešení sporů. Pojem „alternativní“ má vystihovat zejména vztah vůči soudnímu řízení, resp. takovým „*formám řešení sporu, kterým stát poskytuje své garace veřejnou mocí*“. [1] Občas se proto užívá rovněž pojmu *mimosoudní*. [2]

Rozlišování metod smírného řešení sporů na soudní a tzv. mimosoudní však není jediným možným přístupem, neboť nepostihuje fakt, že také (civilní) soudce může vystupovat do určité míry jako ten, kdo se podílí na smírném řešení sporů. Většina právních řádů tuto jeho úlohu upravuje, všechny civilněprocesní úpravy střední Evropy (mimo Českou republiku jmenovitě například Rakousko [3], Německo či Slovensko). Tato „umírovací role soudce“ zpravidla zahrnuje pojem smíru (ať už smíru před zahájením sporného řízení, nebo smíru soudního dosahovaného v průběhu řízení).

Existují však také koncepty, v nichž se systém soudnictví a mediace (případně konciliace) skutečně propojuje a prolíná, v nichž prvky mediace prostupují do jinak odlišného procesu civilního soudnictví. Jedním z takových případů je institut smírčího soudce (Güterichter) dle německého ZPO. [4] Jeho charakteristické prvky, které budou v následujícím výkladu popsány, vznášejí otázky po smyslu zavedení podobného institutu: zda má své místo v systému civilního soudnictví, jaké výhody tento institut může přinášet.

Příspěvek směřuje k objasnění usmiřovací role soudce, vztahu (odlišností a podobností) mezi mediací a smírem (úsilím, resp. pokusem o smír ze strany soudce vůči stranám sporu), zejména však k provedení srovnání německého konceptu s českým právním stavem, v němž je zakotven smír a smírčí řízení. Je úprava smíru a smírčího řízení v českém civilním procesu dostatečná, nevykazuje nedostatky nebo problematické aspekty implicitní povaze soudního řízení?

1 Role soudce

1.1 Soudce jako smírce

Ještě nepříliš dávno nás ani nenapadlo, že by mediace či jiná forma mimosoudního řešení sporů mohla nahradit judikatorní činnost. „Usmiřovací“ role je však soudu přisuzována i historicky: smírné řešení sporu měl částečně zajišťovat (a stále zajišťuje) soud, a to prostřednictvím pokusu o smír a možného výsledku takového pokusu, kterým je smír (soudní nebo prétorský). Podle některých je role smiřování stran nedílnou součástí soudnictví[5] jako funkční složky státní moci, a patří tak mezi základní úlohy soudní moci. Přesto se v dnešní době považuje za prakticky výlučnou roli soudce rozhodování o věcech svěřených soudům skrze pravomoc a příslušnost, tzv. judikatorní činnost.[6]

Je ale třeba dodat, že ani kritika uzavírání smírů u soudu není otázkou pouze několika posledních let. Již Kříž v druhé polovině 19. století píše, že „*přílišné horlení ve prospěch smíru jim ukládati nelze. Hlavním zřetelem soudce musí býti spravedlivé rozhodnutí sporné věci*“.[7]

Co je tedy rolí dnešního soudce, je smírné řešení implicitní civilnímu soudnictví a jeho povaze?

Jak v případě mediace, tak u smíru během soudního řízení vystupuje neutrální, nezaujatý třetí subjekt. Problém je v tom, že při běžném smíru spojuje soudce dva naprosto odlišné úkoly: „*dávat strany dohromady, ale v případě selhání takového úsilí o dosažení dohody rozhodovat*“.[8]

Odlišný je rovněž přístup soudce k jednání o smíru (oproti postavení mediátora). Úsilí o smír je omezeno zpravidla pouze na posouzení skutkového stavu a právních předpisů, a to i přesto, že v zásadě má soud možnost brát v úvahu stávající či budoucí zájmy stran. To je dáno také faktem, že soudní řízení není uzpůsobeno k tomu, aby byly strany skutečně „slyšeny“. Z toho důvodu jsou přednášeny pouze právně relevantní záležitosti.

Výše uvedená otázka je spíše záležitostí doktrinární než praktickou. Pokud bychom se chtěli při zvažování toho, zda by i nadále měla být usmiřovací role soudce zachována (a do jaké míry), řídit praxí, tedy například statistikami počtu uzavřených soudních smírů[9], pak bychom mohli docházet k závěru, že není vůle ani poptávka po smírčí roli soudu.

Důležité je však vnímat možné příčiny tohoto stavu, které mohou spočívat hned v několika skutečnostech. Důvodem může být:

- a) nedostatečná (resp. nevyhovující) současná právní úprava této soudcovy úlohy;
- b) nedůvěra stran v to, že soudy jsou schopné řádně (v rámci sporného řízení) plnit roli toho, kdo má strany vést ke smíru[10];
- c) negativní přístup soudů k této své úloze („usilovat o smír“), případně nedostatek kompetencí ke smírnému ukončení sporu.

Tyto příčiny budou v následujícím textu ozřejmeny, a to na základě příkladu smírčího soudce z německého prostředí, neboť právě tyto důvody také vedly k vytvoření příslušné právní úpravy v německém civilním řádu soudním (zákon RGeB. S. 83, Zivilprozessordnung, ve znění zákona BGBl. I S. 2745, 2753 – dále jen „ZPO“).

1.2 Projevy usmiřovací role soudce

Soudního smíru se dosahuje v průběhu již započatého soudního sporu. V českém civilním procesu se však stále ještě nabízí také vlastní smírčí řízení (§ 67 a násl. zákona č. 99/1963 Sb., občanský řád soudní, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „OSŘ“). Soudce má však v průběhu celého (sporného) soudního řízení *„neformálně využívat vhodných prostředků, kterými se snaží smíru dosáhnout.“* [11]

Kromě samotné úpravy smíru a smírčího řízení se však zmínka o „usmiřovací“ roli soudu objevuje také v § 100 odst. 1 OSŘ. V něm se uvádí, jak má soud po zahájení řízení postupovat. [12] V druhé větě téhož ustanovení se zdůrazňuje, že při veškeré této činnosti *„usiluje především o to, aby spor byl vyřešen smírně“*. Rozhodně se zde nejedná o pouhé přání zákonodárce. V případě nedodržení této povinnosti se jedná o vadu řízení, nikoliv však o takovou vadu, která by mohla mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci. [13] Smírné vyřešení věci se koneckonců zmiňuje i v § 114c odst. 3 písm. c) OSŘ (úprava přípravného jednání). A důkazem preference smírného řešení věci (za pomoci soudce) je i fakt, že dosáhnout smíru lze i v odvolacím řízení. [14]

V poslední době však bývá účel a význam – zejména – smírčího řízení (ve smyslu § 67 OSŘ) zpochybňován. Například na Slovensku byla tato úprava

s účinností nového občanského soudního řádu zcela zrušena.^[15] Zůstal tedy pouze smír dosahovaný během soudního řízení. To souvisí s tendencemi volajícími po oddělení rozhodovací a smiřovací složky fungování soudnictví.

V německé právní úpravě je rovněž základním východiskem fakt, že i soudce, který rozhoduje případ, „*může použít všechny nástroje nabízené civilněprocesními předpisy k podpoře smíru*“.^[16] Samotný ZPO vybízí soudy, aby směřovaly v každé části procesu ke smírnému řešení sporů.^[17] Jedno z rozhodnutí ústavního soudu^[18] uzavírá, že smírné řešení sporu má vždy přednost před rozhodnutí ve věci. Tato činnost soudu (soudců) stále spadá do výkonu soudnictví.^[19]

2 Mediace a soudce

2.1 Pojem mediace

Mediace je považována za alternativní metodu řešení sporů, za metodu mimosoudní. Pokud vezmeme českou úpravu, pak v § 2 písm. a) zákona o mediaci (zákon č. 202/2012 Sb.) se pod tímto pojmem rozumí „*postup při řešení konfliktu za účasti jednoho nebo více mediátorů, kteří podporují komunikaci mezi osobami na konfliktu zúčastněnými (...) tak, aby jim pomohli dosáhnout smírného řešení jejich konfliktu uzavřením mediační dohody*.“ Podobná znění však najdeme i v úpravě německé.^[20]

Pokud tedy úlohu soudce porovnáme s úlohou mediátora, mediátorova hlavní úloha spočívá v tom, že má být „*nápomocen stranám v jejich snažení přátelsky se urovnat vzájemné neshody. Mediátor strany nesoudí, aniž by soudil jejich počínání a také nevynáší soud nad jejich právy a povinnostmi. (...) neměl ani navrhopvat stranám řešení...*“^[21]

Klíčovým prvkem definice mediace dle zákona o mediaci však je fakt, že optimální výsledkem takového postupu je uzavření mediační dohody. Zde se projevuje mimosoudní charakter obecné mediace. Mediační dohoda je totiž pouhou soukromoprávní dohodou, nemá procesní charakter.^[22]

Cílem mediace rozhodně není odepřít soudci jeho pravomoc soudit a smiřovat. Nelze však již na druhou stranu považovat „usmiřovací roli soudce“ za výlučnou pro soudy a soudnictví. V současné době se navíc

objevují tendence, aby stát (státní moc) více spolupracoval se soukromým sektorem: tím je míněno upuštění od jednostranných, povinných a na hierarchii založených nástrojů a naopak preference smíru a mechanismu přesvědčování a mediace.^[23] S tím následně souvisí nezbytnost změny vnímání soudců (ze strany jich samotných). Stále více se považuje soudnictví za poskytování služby vůči společnosti.^[24] Pozornost tedy není upřena jen na klasická soudní řízení, ale soustředí se také na mediaci a jiné formy smírného řešení sporů.

2.2 Charakteristické rysy mediace

Pokud chceme hovořit o postupu soudu obdobnému mediaci – tedy mediaci, která probíhá u soudu, a to ze strany osoby, která jinak vykonává roli soudce, je třeba definovat podstatné prvky mediace, zejména pro účely jejich odlišení od smíru a jeho podstaty.

Osoba mediátora

Mediace spočívá v participaci „*neutrální osoby, která stranám pomáhá v dialogu. (...) Nesoudí strany, ani jejich chování*“.^[25] Hlavním úkolem mediátora tak je napomáhat vzájemné komunikaci^[26], asistovat při formulaci požadavků obou stran, být tím, kdo proces usměrňuje, případně reguluje. V první řadě tedy mediátor není oprávněn spor rozhodovat.

Mediátor není oprávněn strany ve sporu sankcionovat či nutit k určité činnosti nebo nečinnosti. Obdobné platí také pro úpravu smírčího řízení a pochopitelně také pro soudní smír. Soudce není oprávněn ke smíru či určitému jednání v rámci pokusu o smír účastníky nutit.

Mezi hlavní záruky procesu mediace patří neutralita mediátora.^[27] Spočívá v tom, že mediátor je povinen provádět mediaci osobně, nezávisle, nestranně (viz § 8 odst. 1 ZOM). V tomto se však postavení soudce a mediátora v zásadě shoduje. Nezávislost a nestrannost jsou základními předpoklady soudní moci.^[28]

Dobrovolnost

Neodmyslitelnou zásadou, s níž je proces mediace spjat, je princip dobrovolnosti. Zahrnuje v sobě „*svobodnou volbu stran v mediaci setrvat, přerušit nebo zní odejít, přijímat rozhodnutí a uzavírat dohody*“.^[29] Její

nezávazný charakter znamená, že výsledkem nemusí být ani vyřešení sporu, ani nemožnost podat žalobu u soudu. O tomto rysu lze hovořit také jako o autonomii vůle, neboť povaha mediace je zakotvena v systému soukromého práva (nikoliv v procesních předpisech, ačkoliv se v nich vyskytují ustanovení o mediaci).

Jak již bylo výše naznačeno, po dobu, kdy dochází k pokusu o smír (v rámci soudní činnosti), je taktéž na stranách, zda v pokusu setrvají, nebo jej opustí.

Princip sebeurčení

Při mediaci se svěruje stranám ve sporu podstatně vyšší míra odpovědnosti za jejich vlastní způsob řešení konfliktu. Za obsah mediační dohody jsou tak odpovědné výlučně strany konfliktu.[\[30\]](#) Sebeurčení ale v první řadě znamená, že ony samy si určují, zda a jak konflikt dopadne. Jediným – a logickým – korektivem je soulad se zákonem (resp. absence nezákonnosti daného řešení konfliktu). V tomto ohledu klade uzavírání soudního smíru v českém právním řádu jiný požadavek, kterým je schválení smíru soudem. Po schválení nabývá smír povahy pravomocného rozsudku. Toto je však ojedinělý přístup. Například německá úprava považuje smír stále jen za hmotněprávní dohodu, která však protokolací[\[31\]](#) (které předchází rovněž určitý právní úvaha soudu o zákonnosti konkrétní podoby smíru) získává vykonatelnost.

Mlčenlivost a důvěrnost

Jeden z klíčových principů mediace je její důvěrnost a mlčenlivost[\[32\]](#) jako požadavek kladený na osobu mediátora. Pojem důvěrnosti spočívá v tom, že se proces vede neveřejně. Důvěrnost však ve svém gramatickém výkladu nese také jiný podstatný rys mediace, a to snahu o vzájemné sdílení informací (důvěra ve svobodu sdílení takových informací), která jediná zaručuje, že mediaci strany mohou považovat za bezpečný způsob řešení konfliktu.

Zde se často namítá, že ačkoliv se může odehrávat (a v drtivé většině tomu tak skutečně je) pokus o smír neveřejně, druhý rozměr důvěrnosti nelze u soudu automaticky zaručit. Prostředí sdílení pak záleží na zkušenostech a osobnostním nastavení konkrétního soudce, který pokus o smír vede.

2.3 Modely „Nähe zur Justiz“

Ačkoliv se může zdát, že soudnictví a alternativní metody řešení sporu jsou ve vzájemné konkurenci, existuje řada příkladů, které obojí kombinují. Fakt, že lze zapojovat mediaci (či její jednotlivé prvky) do výkonu soudnictví, lze demonstrovat na tzv. modelech „Nähe zur Justiz“. [33] Uváděné systémy pocházejí z rakouské a německé právní teorie a vznikly abstrakcí jednotlivých konkrétních právních úprav, z nichž byly vyvozeny shodné či odlišné prvky mediace a soudnictví.

Pojem „Nähe zur Justiz“ v sobě obsahuje definici těchto modelů: ty totiž spočívají v mediaci, která je do určité míry justici blízká. Primárně se tedy řeší vztah soudnictví a mediace. Tyto modely zpravidla vznikají za účelem odstraňování slabých stránek soudního řízení.

V tomto ohledu je nutné důsledně vnímat terminologii, neboť vnitřní členění těchto modelů zahrnuje několik typových – ale vzájemně dosti rozdílných – variant právní úpravy:

- a) soudům blízká mediace (probíhající v rámci organizace soudnictví, nikoliv však samotnou justicí – příkladem je první setkání s mediátorem, nařízení soudcem) [34];
- b) tzv. *interne Mediation*, tedy do soudnictví začleněná mediace: v tomto případě je mediace součástí samotné justice, a to tím, že mediaci provádí osoba vykonávající funkci soudce.

Rozdíly v prvcích mediace a soudního řízení (resp. jednání) už ze své podstaty nemohou být nikdy zcela smazány. Soudnictví je v první řadě implicitně spjato s právním posuzováním postojů a zájmů stran. Kdežto – jak bylo výše předestřeno v hlavních rysech mediace – hlavním cílem mediátora je podporovat vzájemné sdělování účastníků řízení, tj. komunikace.

V následujícím výkladu se text zaměří na model integrace [35] (*interne Mediation*). Ten silně podporuje uznání mediace jako vhodného modelu řešení sporů ve společnosti obecně. Podobně jako tzv. model odklonu [36] však současně brání rozvoji svého potenciálu v souvislosti s potlačováním mechanismu mediace.

Konkrétně se bude příspěvek zabývat konceptem, kdy mediaci provádí soudce (*Richtermediation* [37]). Klíčovým prvkem tohoto systému je fakt,

že soudce je sice mediátorem v dané záležitosti, ale v této věci není současně soudcem s rozhodovací pravomocí. Jako soudce se však musí z podstaty své funkce držet zásad nestrannosti a nezávislosti. Kromě toho však tuto roli vykonává s ohledem na vybrané (a významné) charakteristické rysy výše popsané (například princip důvěrnosti).

Ačkoliv české právní prostředí nezná úpravu skutečné soudcovské mediace (*Richtermediation*), v příspěvku bude v některých ohledech současná podoba soudního smíru a smírčího řízení podrobena srovnání se soudcovskou mediací. Tento přístup se jeví jako zvláště vhodný při odhalování potenciálních slabin usmiřovací role soudce.

3 Smírčí soudce (Güterichter)

Úzká vazba mezi mediací a soudnictvím, v rámci níž se mediace stává nástrojem soudce a civilního soudnictví jako takového, je vlastní německé úpravě, tzv. *gerichtsinterne Mediation*, resp. smírčího soudce (*Güterichter*). Rozlišování těchto dvou pojmů má své opodstatnění, které je třeba objasnit. Současnou úpravu tohoto institutu nalezneme v § 278 ZPO, který původně upravoval pouze soudní smír[38] (tj. smír dosahovaný v průběhu již zahájeného sporného řízení).

Nejdříve se v textu zákona objevoval pojem *gerichtsinterne Mediation*. [39] Jednalo se o zvláštní proces, v rámci něhož soudce – který není soudcem rozhodujícím ve věci – funguje jako mediátor. Přímo v zákoně se tedy vyskytoval pojem „soudní mediátor“[40]: k červnu 2012 tento pojem federální parlament zrušil. Důvodem byla zejména kritika směšování pojmů „mediace“ a „soudnictví“, vznikl tedy spor o pojmy. [41]

Namísto toho vznikl koncept smírčího soudce[42]. Ten je subjektem řízení, který taktéž nemá pravomoc rozhodovat věc, avšak může používat všechny metody řešení sporů včetně mediace. Z tohoto úhlu pohledu je stále v určitých svých vlastnostech a kompetencích podobný mediátorovi. Kromě toho může provádět i právní posouzení, prohlížet spisy[43], navrhnout řešení stranám.[44]

Institut smírčího soudce (*Güterichter*) se v německém právním řádu nevyskytuje jen v civilním procesu, ale prakticky ve všech právních

odvětvích.[45] Je jedním z dílčích výstupů implementace směrnice o mediaci v netrestních věcech.[46]

V rámci civilního soudnictví se pilotních projektů (konkrétní realizace institutu) chopily některé z německých regionů. Jedním z nich je například oblast Dolní Sasko (zemský soud v Göttingenu), Nürnberg-Fürth či Bamberg.[47] Tyto projekty jsou neustále podrobovány zkoumání a hodnocení jak ze strany společenských věd, tak právně-ekonomického doprovodného výzkumu, což prohlubuje pochopení institutu i jeho problematických rysů.

3.1 Legální definice[48] Güterichter

Úpravu smírčího soudce najdeme v § 278 odst. 5 ZPO (zejména jeho druhé věty): „*Das Gericht kann die Parteien für die Güterverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einem hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.*“

Ve zkratce je toto řízení nazýváno jako *Güterichterverfahren*, v překladu cosi jako „smírčí řízení“ a „Güterichter“ pojmem smírčí soudce, ačkoliv ve své podstatě vystupuje jako mediátor. Podstatou tohoto smírčího řízení je, že namísto procesního soudce si strany nevybírají (tj. nevolí) mediátora (mediaci a institut prvního setkání s mediátorem), nýbrž se věc předává jinému soudci v rámci stejného systému soudnictví.

Soud rozhodující ve věci tak má na výběr: může odkázat strany sporu ke smírčímu jednání (jako specifickému typu jednání u soudu), stejně jako k dalšímu pokusu o smír prostřednictvím mimosoudního řešení sporů.

Cíle úpravy

Cíle této úpravy byly deklarovány už samotnou důvodovou zprávou k zákonu, jsou však rovněž doplňovány právní teorií a praxí. Jde zejména o tyto:

- 1) Odlehčit procesnímu soudci.[49] Tento argument se může jevit jako kontraproduktivní: svým způsobem sám o sobě rozděluje činnost judikatorní (procesního soudce) od činnosti usmiřovací. Je však

logickým důsledkem existence mimosoudních řízení, které v první řadě vytvořily tuto dualitu. Přesto však tento bod neznamena rezignování procesního soudce na snahu o smírné řešení věci.

3) Nabídnout účastníkům konkrétní alternativu. V tomto ohledu je nutné se ptát, do jaké míry je třeba nabízet a poskytovat tuto formu řešení sporu jako alternativu spornému řízení, když už existuje (jako alternativa soudnímu řízení) mediace. Jaké jsou tedy důvody pro to, aby se strany v této fázi svého sporu obrátily s pokusem o smír raději na smírčího soudce (nabízejícího obdobu mediace) než na běžnou mediaci mimosoudní? Existují zde nějaké vyšší záruky výsledku takového pokusu o smír?

4) Poskytovat objektivně diferencované a profesionální spektrum^[50] úloh, které má moderní justice zastávat a plnit.

Podstatné rysy smírčího soudce

Toto navazující úsilí o smír má zejména tři následující podmínky či požadavky:

a) *Güterichter* je k provedení tohoto pokusu o smír zvlášť určený.^[51] Každý takový soudce je zvlášť pro tento účel vyhrazený „rozvrhem práce“^[52]. Tedy plán, „v němž není ustanovení o rozdělení případů smírčích řízení, je nezákonný.“^[53] Bohužel se však jen zřídka vyhrazuje zvláštní podíl pracovní síly (soudců) na výkon smírčího řízení. V současné době je sporné, zda je možné, aby prováděl smírčí řízení také asistent soudce. Základní premisou totiž má být, že ve smírčím řízení vystupuje specializovaný soudce, vyškolený a zkušený v oblasti řešení konfliktů.

b) Významným rysem je rovněž fakt, že soudce není zároveň tím samým soudcem, který ve věci rozhoduje.^[54] Nemá pravomoc spor rozhodovat.^[55] V tomto spočívá zásadní rozdíl oproti českému pokusu o smír, kde tento probíhá vždy jen před tímtož soudcem sporu. Popravdě bývá právě tento aspekt uzavírání soudního smíru nejčastěji současné české právní úpravě vytýkán. Souvisí dále také s možností vyloučení^[56] soudce z rozhodování věci.

c) V rámci smírčího řízení se mohou aplikovat všechny metody^[57] ukončení sporu, včetně mediace. Tedy mediace není jedinou metodou,

kterou lze při tomto pokusu o smírné řešení sporu využít. Aby však byl soudce-mediátor schopen metody využít, je třeba, aby s nimi byl důkladně seznámen, aby byl náležitě proškolen. V tomto lze spatřovat jedno z klíčových pozitiv úpravy *Güterichter*. Klade na osobu, která pokus o smír provádí, nároky v oblasti vzdělání a zkušeností se smírným řešením konfliktů. Součástí aplikovatelných metod je jistě kromě mediaci také konciliace.^[58] To vyplývá již ze samotné podstaty funkce soudce: ačkoliv v případě smírčího řízení nevystupuje soudce jako ten, kdo věc rozhoduje, přesto zůstává svými znalostmi a pozicí odborníkem v právní oblasti.

3.2 Zahájení řízení

Po zahájení sporného řízení by mělo zásadně vše rychle a efektivně spět k rozhodnutí soudu. Na základě toho se klade otázka, zda slovo *kann*, tedy v doslovném překladu „soud může“, otevírá prostor soudci pro uvážení. Má být to, zda soudce předá věc smírčímu soudci, ponecháno výhradně na uvážení soudce?

I když zákon hovoří o postoupení, pokud se bude aplikovat správně, existuje skutečně prostor pro uvážení. Soud však nemusí účastníky sporu posílat ke smírčímu soudci, pokud by jedna ze stran výslovně byla proti. Avšak judikatura není v této otázce zcela jednotná. Závěry jednotlivých rozsudků dokonce bývají opačné.

Například pracovní soud v Hannoveru v jednom svém rozhodnutí^[59] dospěl k závěru, že souhlas stran s tímto řízením je zbytečný, protože takový požadavek není zahrnut v zákoně. Takto formalistický přístup však není udržitelný, neboť smyslem a účelem ustanovení je jednoznačně úsilí o smír a smír je založen na dohodě (konsenzu) stran. Podobně i Thole^[60] však tvrdí, že je možné smírčí řízení konat i s donucením stran.

Zcela opačné stanovisko ale zastává například Obergerverwaltungsgericht Lüneburg. Ve svém rozsudku^[61] z 9. ledna 2015 zastává právní názor, že proti vůli stran lze konat smírčí řízení jen v naprosto výjimečných případech. Pokud uznáváme, že *gerichtsinterne Mediation*, což je pouze jiný název pro proces za účasti *Güterichtera*, je ve své podstatě podobná mediaci mimosoudní, pak by měl být klíčovým aspektem princip

dobrovolnosti. Navíc platí, že odmítnutí smírčího řízení nepřináší stranám žádné negativní důsledky.

Současně s tím je ale nutné zmínit i jiný projev principu dobrovolnosti v této souvislosti: a to, že pokud chtějí strany samotné podstoupit *Güterichterverfahren*, soudce rozhodující ve věci musí předat věci smírčímu soudci.

Uvážení však spočívá také v tom, že je možné stanovit lhůtu pro vyjednávání v rámci smírčího řízení. Přestože zde nehrozí riziko promlčení, neboť se spor nachází již ve fázi řízení před soudem (tedy po uplatnění tohoto práva a běh promlčecí lhůty se po dobu řízení staví), žádoucí je dosáhnout rychlého a efektivního řešení. Pokud by tedy jednání selhala, procesní soudce může pokračovat ve sporném řízení bez dohody. Postup se tak blíží lhůtě pro pokus o smírné řešení skrze mediaci.

3.3 Druhý pokus o smír

Dikce zákona naznačuje, že nestačí, pokud soudce rozhodující věc přenese tuto snahu na smírčího soudce automaticky. Neměl by tedy přistupovat k tomuto kroku, jen aby se případu „zbavil“, ale on sám se má v první řadě pokusit o smír.

Existují však případy, které jsou pro předání smírčímu soudci vhodnější, například pokud „*jsou strany sporu stále osobně nebo obchodně propojeny*“, případně pokud se jedná o velmi složité postupy, při nichž objasnění skutečností vyžaduje zvláštní úsilí.[\[62\]](#)

Pokud však následně uzná za vhodné, že toto nestačí, předává věc.

Jednání má podobu skutečného vnitřního procesu vloženého do sporného řízení. Jeho hlavní částí je samotné smírčí jednání. To obvykle trvá půl dne či jeden den[\[63\]](#) a oproti průměru běžné mediaci (podle údajů z Německa) je to výrazně méně. Při jednání soudce vysvětluje stranám postup a pokud s tímto souhlasí, diskutuje o konfliktních tématech a různých možných řešeních a perspektivách. Strany komunikují své zájmy a smírčí soudce jim pomáhá nalézt ve věci kompromis. V tomto ohledu je vpravdě nutné hovořit o druhu mediaci.

Právníci se zpravidla smírčího jednání účastní (dle § 78 odst. 1 až 3 ZPO se před soudy vyššího stupně musejí strany nechat zastoupit osobou

s právním vzděláním). Je zajímavé, že v německé právní teorii se spíše doporučuje účast právníků během smírčího jednání, naopak jen ojedinělé hlasy jejich přítomnost nepovažují za nezbytnou (například Thole). Zapojení advokátů do procesu tak bývá vnímáno jako velmi užitečné. Je to zejména z toho důvodu, že se strany stále nacházejí ve sporu (svým způsobem na pozadí smírčího jednání probíhá řádné sporné soudní řízení).

3.4 Postup dle § 278 odst. 5 ZPO

Většinou se postup ve věci odvíjí následovně:

- 1) Soudce ve sporu rozhodne, zda má nebo nemá postoupit soudcovskou mediaci.
- 2) Poté nejprve neformálně předává věc příslušnému smírčímu soudci (to se promítne ve spisu, resp. v registru).
- 3) V tomto okamžiku se otevírá také prostor pro uvážení samotného smírčího soudce. Ten posuzuje, zda je případ přiměřený pro provedení smírčího řízení. Současně musí objasnit, zda jsou strany připraveny k pokusu o smír.
- 4) Až v případě, že jsou strany ochotny podstoupit tento zvláštní pokus o smír, věc se formálně přidělí smírčímu soudci. Strany spolu s tímto soudcem sjednají termín smírčího jednání. Pokud ne, pokus o smír končí a smírčí soudce je povinen předat spisy soudci, který rozhoduje věc.
- 5) Pokud proběhne smírčí jednání a strany při něm dojdou k dohodě, přichází fáze, která je charakteristická pro obyčejný soudní smír. Smír se nechává zaprotokolovat. Tímto okamžikem řízení končí. Spisy se zakládají do zvláštního rejstříku vedeného u soudce sporu.
- 6) Pokud se naopak smír nezdaří, smírčí soudce musí předat všechny dokumenty k věci prostřednictvím tohoto zvláštního rejstříku zpět soudci ve sporu. Ten poté pokračuje v řízení.

Financování soudcovské mediaci

Podobně jako je tomu v případě českého soudního smíru, není tento sám o sobě spojen s náklady. Náklady totiž vznikly již tím, že se strany obrátily na soud ve sporném řízení. Strany těmito dříve vzniklým nákladům již

nemohou uniknout. Je pravdou, že ve smíru se může stanovit jiné rozdělení nákladů, to je ale důsledek principu sebeurčení stran: strany mohou ve smíru upravit náklady za řízení podle své vůle (samozřejmě s limity stanovenými zákonnou úpravou).

Ve smíru se tak může stanovit jiné rozdělení nákladů. Proces samotného řízení neprodukuje žádné další náklady. Tedy stát tento pokus o smírné urovnání podporuje a strany tohoto mohou využít. Pak vzniká otázka, zda tento fakt nevytváří nepoměr vůči jiným alternativním metodám řešení sporu, zejména mediaci. Zda se nejedná o konkurenční výhodu vůči prvnímu setkání se zapsaným mediátorem či jiným podobným institutem odklonu od sporného řízení. Je pak pochopitelné, že ti, kdo mediaci vykonávají, vnímají smírčího soudce za konkurenci, která však nemůže stranám poskytnout všechny výhody mediace.

Souvisejícím tématem je ryze praktická otázka, a to personální zajištění *Güterichterverfahren*. I zde se totiž logicky zvedají hlasy, které tvrdí, že už tak je obtížné zvládat všechny ostatní úkoly soudnictví a že jedinou možností by pak bylo současné navýšení počtu zaměstnanců, tudíž zvýšené náklady na chod soudnictví.

3.5 Vztah Güterichterverfahren a mediace

V oficiálních vyjádřeních[\[64\]](#) se uvádí, že právní úprava soudcovské mediace není v rozporu s cílem podporovat mimosoudní mediaci. Využití § 278 odst. 5 ZPO v žádném případě neznamená vyloučení mimosoudní mediace.

V zásadě lze říci, že tento mechanismus reaguje na nedostatky standardního pokusu o smír ze strany soudu a snaží se spojit prvky pokusu o smír u soudu s nespornými výhodami mediace.

Je vhodné tedy sumarizovat prvky, které má německé smírčí řízení společné s úpravou mediace. Jedná se o:

- dobrovolnost a sebeurčení stran[\[65\]](#);
- všechny techniky, včetně mediace (tedy podpora komunikace[\[66\]](#));
- důvěrnost (neveřejnost): veřejnost je vyloučena[\[67\]](#), to však neznamená, že by se této „mediace“ nemohly účastnit třetí strany (podle povahy sporu může jít o odborníky, rodinné příslušníky,

nemocnici v medicínském sporu apod.); pokud bychom srovnali toto s řádným soudním řízením, pak obecně je soudní řízení veřejné, avšak je možné za splnění podmínek veřejnost vyloučit (dle případu či jednotlivých skupin);

- smírčí soudce nemá rozhodovací pravomoc[68], na druhou stranu není stranami zvolen (vybrán), ale – a to je zásadní – k tomuto účelu zvlášť určen (tedy přinejmenším existuje tato záruka výběru konkrétní osoby).

3.6 Aplikace ustanovení o smírčím soudci

Aplikace institutu v praxi

Co se však týče aplikace smírčího řízení v praxi, nejsou čísla příliš vysoká. V roce 2016 se (stejně jako v dřívějších letech) přidělilo v civilních a rodinných záležitostech pouze minimum případů. Konkrétně šlo o 0,35 % všech věcí[69]. Přesto však šlo o meziroční nárůst téměř o 13 %. Ukazuje se, že existují podstatné rozdíly ve využívání tohoto institutu. [70] Ty jsou dány několika faktory: záleží na osobnosti soudce[71], jeho zkušenostech i daném regionu. V tomto ohledu se dá odkázat na závěry shodné ze Spojených států amerických – z prostředí sice diametrálně odlišného, co se týče povahy (charakteru) civilního procesu, ale co do konceptu *judicial settlement*[72] velmi blízkého.

Výhody Güterichterverfahren

- 1) Metody, které může smírčí soudce použít, se neomezují jen na mediaci. Z povahy funkce soudce se nabízí též například konciliace, v níž je obsaženo právní posouzení. Otázka občanskoprávní odpovědnosti soudce za právní radu však v tomto případě nepřichází v úvahu, neboť provádění pokusu o smír a samotná rada se uskutečňují v rámci civilního procesu. Soudce, ačkoliv v tomto případě nejde o soudce s pravomocí rozhodnout spor, zůstává součástí justice – tudíž je jeho odpovědnost veřejnoprávní povahy.
- 2) Významným prvkem, který může hrát roli při posuzování optimálního postupu, je rovněž znalost soudního řízení. Soudce-mediátor je sám ze své pozice schopný přesvědčivěji argumentovat ve

prospěch smírného řešení případu (zejména o výhodách takového postupu).

3) Není třeba zvlášť pro tento případ stanovovat ze zákona určité záruky nezávislosti či nestrannosti, neboť ty automaticky vyplývají z požadavku nezávislosti a nestrannosti každého soudce.

4) Kromě jiného je získání vykonatelnosti dohody o smírném řešení sporu řešeno prostřednictvím ustanovení o smíru. Tedy zaprotokolování smíru působí vykonatelnost dohody.[\[73\]](#) Konceptně je zde rozdíl od české právní úpravy smíru, a to v charakteru smíru: zatímco český soudní smír nabývá po schválení soudem povahu pravomocného rozsudku, smír dle německé právní úpravy sporné řízení jen ukončuje, nemá charakter rozsudku, ale protokolace působí vykonatelnost smíru.

4 Problematické aspekty českého soudního smíru

Vytvoření systému soudcovské mediaci v Německu je svým způsobem „odklonem“ či specifickou formou pokusu o smír na půdě soudu. To dokládá i skutečnost, že byl institut zařazen do úpravy soudního smíru (§ 278 ZPO, konkrétně jeho pátý odstavec). To otevírá některé otázky i ohledně české podoby smíru (smírčího řízení i soudního smíru). Domnívám se, že by bylo vhodné některé závěry související s aplikací *Güterichterverfahren* (např. zvláštní vyčlenění smírčích soudců, kvalifikace soudce, otázka, zda rozhoduje smírčí soudce také ve věci samé).

4.1 Zákonný soudce

V zákoně o soudech a soudcích (zákon č. 6/2002 Sb. ve znění pozdějších předpisů), konkrétně v § 42 se uvádí pravidla pro rozvrh práce mezi soudci. Ve své podstatě se jedná o promítnutí ústavního požadavku na zákonného soudce.[\[74\]](#),[\[75\]](#) Odstavec druhý popisuje, jakým způsobem se věci mezi jednotlivá soudní oddělení rozdělují: podle jejich druhu (tedy podle předmětu řízení). Současně s tím se však uvádí druhé kritérium, a to zajištění specializace soudců.

Ve většině konkrétních rozvrhů práce (př. Okresní soud v Olomouci, rok 2017[76]) se zvláště zmiňuje – a to pochopitelně – pouze smírčí řízení (resp. návrhy soudních smírů před zahájením řízení a další záležitosti zapisované do Nc občanskoprávní agendy). Přesto se však nestanovuje vybraný počet soudců, kterým je přidělován prétorský smír, neboť se tato pravomoc svěřuje všem soudcům.

V případě soudního smíru je pak jasné, že neexistuje speciální ustanovení o pravomoci vést pokus o smír, neboť se jedná o součást soudcovy úlohy rovněž usmiřovat. Proto se nestanovuje pouze určitý počet soudců příslušných k soudnímu smíru: navíc se řízení nedělí mezi dvě osoby (tu, která rozhoduje, a tu, která vede pokus o smír). [77]

4.2 Vyloučení soudce

V německé právní úpravě platí to, že soudce, který rozhoduje spor, není a nemůže být současně tím, kdo vystupuje v roli *Güterichtera*. Zde si musíme uvědomit, jaký rozsah pravomocí tento smírčí soudce má. Musíme totiž důkladně rozlišovat:

- a) soudce, který vede strany ke smíru (resp. usiluje o smír mezi účastníky); a
- b) smírčího soudce (*Güterichter*) v postavení obdobném mediátorovi, který nejen směřuje strany ke smíru, ale využívá při tom mediační techniky či jiné postupy charakteristické pro alternativní metody řešení sporu.

Na základě výše připojeného odlišení těchto dvou rovin je třeba přistupovat i k otázce (možného) vyloučení soudce z důvodu provedeného pokusu o smír. Je pravdou, že soudce při pokusu o smír postupuje „*ve shodě s (...) procesní úpravou*“.[78] Vzhledem k tomu, že důvodem k vyloučení dle § 14 odst. 4 OSŘ nejsou okolnosti, které spočívají v postupu v řízení, pak by jeho angažování při smírném ukončení sporu nemělo být důvodem pro jeho vyloučení.

Na druhou stranu je tato otázka úzce spojena také s charakteristickým rysem mediace – důvěrností. Soudce sice postupuje v souladu se zákonem, když zároveň věc rozhoduje i smiřuje, vytváří se tím však logický nedostatek důvěrnosti. V tom lze spatřovat velkou výhodu německého

smírčího soudce, který nemůže věc rozhodovat, tudíž je důvěrnost procesu (pro strany v těchto záležitostech zpravidla klíčový atribut pokusu o smír) zachována.

4.3 Kvalifikace soudce

Předpokladem pro řádný průběh pokusu o smír je vždy nejen osobní nastavení konkrétního soudce, ale také jeho způsobilost^[79] k tomu, aby mohl strany vést ke smíru. Vzhledem k tomu, že dle německého smírčího řízení se uplatňují metody k ukončení sporu včetně mediace, je zřejmé, že klíčovou úlohou takového soudce je tedy usnadnění komunikace. Aby mohl být pokus o smír efektivní a dobře fungující, musí být technicky dobře zvládnut postup^[80] jeho dosažení. Skutečnost, že soudce je tím, kdo zná právo a kdo umí spravedlivě rozhodnout spor, nevypovídá příliš o schopnosti dané osoby být mediátorem, resp. vést strany skutečně (nejen formálně, ale materiálně) ke smíru.

V současné situaci českého civilního procesu se obecně mohou strany domnívat, že soud není „(...) vzhledem ke své obvyklé rozhodovací činnosti důvěryhodným orgánem k urovnání sporu“, ani že není „na smírčí jednání odborně připraven“. ^[81]

Tento nedostatek by mohl být překlenut pouze dostatečným vzděláváním soudců o alternativních metodách řešení sporů: a to nejen v poskytování informací, ale také v praktickém vedení k osvojení si některých ADR metod a technik.

Závěr

Je jednoznačné, že role (civilního) soudce se neomezuje výlučně na rozhodování věcí (na judikatorní činnost v úzkém slova smyslu), ale zahrnuje také další funkce, včetně role usmiřovací. Ta nespočívá pouze v tom, že soudce může vést pokus o smír mezi stranami, ale line se celou úpravou civilního procesu. Patrné je to jak v úpravě české, tak německé. Soudce by na tuto svou úlohu nikdy neměl rezignovat, nebo se jí v souvislosti s profesionalizací či specializací vzdát a přenést je výhradně na alternativní metody řešení sporu.

Alternativní metody řešení sporu mají svůj aplikační prostor, přesto se však v některých zahraničních úpravách (Německo či Rakousko) objevují průniky alternativních (mimosoudních) metod s těmi soudními. Toto propojování je v německy mluvících zemích označováno jako metody „Nähe zur Justiz“.

Mezi jednu z takových metod, kterou lze zařadit mezi interně-soudní mediaci, patří institut německé civilistiky označovaný jako *Güterichterverfahren*. V rámci sporného řízení může dojít k předání věci (za účelem smírného řešení sporu) na smírčího soudce. Jedná se o soudce odlišného od soudce příslušného k rozhodnutí ve věci. Tím se odstraňuje jeden z deficitů provázejících pokus soudu o smír (soudní smír), kterým je fakt, že soudce rozhoduje a zároveň vede ke smíru a vyzývá strany ke sdílnosti a komunikaci. Tento soudce je navíc zvlášť určený pro tento typ řízení.

V zásadě nabízí obdobné výhody jako mediace. Je založen na principu dobrovolnosti (alespoň podle převládajícího názoru právní praxe a judikatury soudce rozhodující spor nemůže strany nutit do smírčího řízení; na stranách také záleží, zda v *Güterichterverfahren* setrvají, nebo zda jej ukončí) a seburčení stran. Deklarován je rovněž princip důvěrnosti jak ve smyslu neveřejnosti smírčího řízení, tak ve smyslu prostoru pro vzájemnou komunikaci stran.

Klade se otázka, zda nevytváří tento institut konkurenci mediaci mimosoudní. Možnosti smírčího řízení dle německé úpravy jsou ale podstatně užší, neboť se omezují pouze na dobu po zahájení sporného řízení. Mimosoudní mediace se nabízí jak před, tak v průběhu zahájeného soudního řízení (například ve formě setkání s mediátorem, na něhož odkáže strany sám soud). Na druhou stranu je pro strany finančně výhodnější, neboť nepředstavuje žádné další náklady – na rozdíl od mediace mimosoudní.

Někdy je spatřována výhoda rovněž ve faktu, že soudce znalý zdlouhavosti a náročnosti soudního procesu dokáže lépe vést ke smírnému řešení. Je však zapotřebí, aby takový soudce měl znalosti a zkušenosti s alternativními metodami řešení sporů (*Güterichter* nemusí využívat jen mediaci, ale všechny další metody vedoucí ke smírnému skončení sporu). Ačkoliv je finanční stránka smírčího řízení mimořádně výhodná pro strany

sporu, může vytvoření nové funkce smírčího soudce zvyšovat náklady na fungování samotné justice a ve výsledku také k navýšení délky řízení. Také zmiňovaná výhoda v podobě odlehčení procesního soudce je sporná, neboť zase vede k většímu oddělování role rozhodovací a usmiřovací u soudců. Zde je tedy třeba vyvažovat význam potřeby nabídnout občanům další možnost alternativního řešení svého sporu a náročnosti související s aplikací a fungováním této možnosti. Smírčí soudce dle německé úpravy je však jednoznačným příkladem přístupu, který justici v moderní době považuje spíše za službu veřejnosti než za pouhý výkon státní moci.

Některé elementy úpravy smírčího soudce poukazují na problematické aspekty českého soudního smíru (resp. smírčího řízení). V textu byly uvedeny zejména tři: v otázce toho, kdo vykonává pokus o smír (zda soudce, který rozhoduje, nebo zvláštní soudce určený jen pro smiřování stran), v otázce mlčenlivosti a důvěrnosti procesu (pokus o smír se v českém právním prostředí v současné podobě nemůže zcela srovnávat s německou úpravou *Güterichter*, neboť není zaručena důvěrnost, tudíž ani prostor pro otevřenou komunikaci a odkrývání nejen právní pozice stran, ale také jejich zájmů). Poslední aspekt souvisí nikoliv přímo se změnou právní úpravy, ale týká se kvalifikace daného smírčího soudce. V případě, že soudce není nakloněn tomu usilovat o smír (vést k němu strany) ani v tomto není vzděláván nemůže naplňovat tuto svou roli.

Použitá literatura

Tištěné zdroje:

1. ALEXANDER, Nadja, ADE, Juliane. Gerichtsnahe Mediation rund um die Welt – Ansätze und aktuelle Entwicklungen vor dem Hintergrund angloamerikanischer und kontinentaleuropäischer Rechtssysteme – Teil 2. *Zeitschrift für Konfliktmanagement*. 2007, č. 6, s. 183 – 186.
2. BÄUMERICH, Maik. *Güterichter und Mediatoren im Wettbewerb: Verfassungsrechtliche Grenzen des Eingriffs durch Konkurrenz*. Schriften zum Öffentlichen Recht. 1. vydání, Duncker & Humblot, 2015, 315 s. ISBN: 978-3428147298.
3. BĚHOUNEK, Tomáš. Mediace v civilním řízení. *Právní rozhledy*, 2004, roč. 12, č. 19, s. 713-717.
4. DOLEŽALOVÁ, Martina (ed). *Zákon o mediaci. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, 345 s.

5. DOLEŽALOVÁ, Martina, VAN LEYNSEELE, Patrick. Mediace v právním prostředí. *Právní rozhledy*, 2012, roč. 20, č. 12, s. 420.
6. DOLEŽÍLEK, Jiří. Vyloučení soudce z projednávání a rozhodování věci v civilním řízení. *Právní rozhledy*, 1997, roč. 5, č. 4, s. 174–179.
7. GALANTER, Marc. ... A Settlement Judge, Not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States. *Journal of Law and Society*, 1985, roč. 12, č. 1, s. 1-18.
8. GÖTZ, Peter, OLENHUSEN. Mediation durch Richter – ein Projekt mit Zukunft. *Deutsche Richterzeitung*, 2003, č. 12, s. 396-397.
9. GRAF, Silke Katharina. *Die Förderung der Mediation durch die Definition und die Einbettung in das Rechtssystem: Eine rechtsvergleichende Gegenüberstellung von Deutschland, Österreich und der Schweiz*. Wien, 2013. Disertace. Universität Wien. Vedoucí práce: Thomas Klicka.
10. GREGER, Reinhard. Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland, *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, 2003, s. 240 – 245.
11. HOLÁ, Lenka. K pojmu conciliace v řešení spotřebitelských sporů. *Obchodněprávní revue*, 2017, č. 2, s. 47 a násl.
12. HOLÁ, Lenka. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Praha: Grada, 2013. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-4109-3.
13. KNOBLOCHOVÁ, Věra. Alternativní způsob řešení sporů: Porovnání soudního smíru a mediace. *Právník*, 2000, roč. 139, č. 9, s. 857 – 873.
14. KRÁLÍK, Michal. K možnosti vyloučení soudce z projednávání a rozhodnutí věci v souvislosti s jeho snahou o dosažení smíru mezi účastníky v probíhajícím soudním řízení. *Soudní rozhledy*, 2007, roč. 13, č. 2, s. 59-61.
15. KREISSL, Stephan. Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem. *Zeitschrift für Schiedsverfahren*. 2012, č. 5, s. 230 – 236.
16. KŘÍŽ, Jan. Řízení smírčí v procesuální soustavě naší. *Právník*, 1873, roč. 12, s. 6 – 14.
17. LEYNSEELE VAN, Patrick, DOLEŽALOVÁ, Martina. Mediace jako doplněk (či alternativa?) soudního procesu. *Bulletin advokacie*, 2002, č. 8, s. 33.
18. MALTE VON BARGEN, Jan. In-Court Mediation in Germany: A Basic Function of the Judiciary. In ERVO, Laura, NYLUND, Anna (eds.). *Future of civil litigation: Access to Courts and Court-annexed Mediation*. s. 78. Heidelberg: Springer, 2014, 431 s. ISBN 978-3-319-04465-1.
19. MALTE VON BARGEN, Jan. *Gerichtsinterne Mediation: Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, 413 s. ISBN 9783161498244.
20. MAYR, Peter. *Der gerichtliche Vergleichsversuch*. Wien: Verlag Österreich, 2002. 139 s.
21. OLENHUSEN, Peter. Hinterm Horizont geht's weiter – zur Entwicklung der gerichtsnahen Mediation, *Schleswig-Holsteinische Anzeigen*, 2007, s. 113-115.
22. ORTLOFF, Michael. Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2012, s.1057-1061.
23. PEJCHAL, Aleš. Civilní proces jako nástroj nalézání a tvorby práva. *Bulletin advokacie*, 2005, roč. 12, č. 10, s. 10-15.

24. POTOČKOVÁ, Dana. *Nejlepší je domluvit se, aneb, Průvodce mediačním procesem*. 1. vydání. Praha: Alfom, 2013, 197 s.
25. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním i vnitrostátním obchodním styku*. 1. vydání. Praha: ASPI, 2002, 219 s.
26. RÖTHEMEYER, Peter. Gerichtsmediation im Güterichterkonzept – Die Lösung des Vermittlungsausschusses. *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, 2012, č. 4, 116 – 119.
27. ŘÍHA, Jan. Schvalování smírů v občanském soudním řízení. *Socialistická zákonnost*, 1976, roč. 24, č. 4, s. 193-198.
28. STAVINHOVÁ, Jaruška, HLAVSA, Petr. *Civilní proces a organizace soudnictví*. 1. vydání. Masarykova univerzita Brno: Doplněk Brno, 2003, 660 s. ISBN 9788072391554.
29. ŠANDERA, Jan. Mediace – možná cesta z labyrintu soudního řízení? *Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 22, s. 803-810.
30. THOLE, Christoph. Das Neue Mediationsgesetz – Mediation im und an der Schnittstelle zum Zivilprozess. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2014, roč. 127, č. 3, s. 339-370.
31. WALTHER, Harald. Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz. *Spektrum der Mediation*, 2012, č. 45, s. 60-62.
32. WEITZ, Tobias Timo. Gerichtsnahe Mediation in der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit. *Schriften zum deutschen und europäischen öffentlichen Recht – Svazek 19*. Peter Lang, 2008, 548 s. ISBN 3631579659 / ISSN 1438-4388.
33. ZOULÍK, František. Mediace jako alternativa soudního sporu. *Bulletin advokacie*, 2001, č. 8, s. 29 a násl.

Elektronické zdroje:

1. EU Handbook on Mediation: Mediation Law and Practice in Other EU Countries. [online] jkhighcourt.nic.in [cit. 2017-11-01]. Dostupné z: <http://jkhighcourt.nic.in/Mediation%20Law%20and%20Practice%20in%20Other%20EU%20Countries.pdf>, 56 s.
2. FREIS, Martin. 10 Fragen über die gerichtsinterne Mediation (Güterichterverfahren) [online]. mediatorenausbildung.org, 2015-09-24 [cit. 2017-10-20]. Dostupné z: <https://www.mediatorenausbildung.org/10-fragen-gerichtsinterne-mediation-gueterichterverfahren/>
3. GREGER, Reinhard. *Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter*. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg Juristische Fakultät. 2007, 207 s. [online] reinhard-greger.de [cit. 2017-10-29]. Dostupné z: <https://www.reinhard-greger.de/dateien/gueterichter-abschlussbericht.pdf>
4. GREGER, Reinhard. Das Güterichterverfahren - Große Chancen, zu wenig genutzt: Empfehlungen für Geschäftsverteilung und Zuweisungspraxis. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2017, č. 19, s. 1107 – 1110.
5. SCHUETTEL, Nadine. *Streitbeilegung im Internet – Zukunft oder Irrweg?* Karlsruhe: KIT Scientific Publishing, 422 s. ISBN 978371503002 [online] publikationen.bibliothek.kit.edu [cit. 2017-11-12]. Dostupné z: <https://publikationen.bibliothek.kit.edu/1000044590>

6. ZIMMEREI, Gerda. *Best Practices in Alternative Dispute: Pilot Project in Bavaria for Administrative Courts*. [online] gueterichter-forum.de [cit. 2017-10-25]. Dostupné z: www.gueterichter-forum.de/wp-content/.../08/Presentation.pdf
7. Bayerisches Staatsministerium der Justiz. Verrhandeln ohne Entscheidungsmacht: Warum zum Güterichter? [online]. rak-muenchen.de [cit. 2017-10-22]. Dostupné z: <http://www.rak-muenchen.de/fileadmin/downloads/06-Mitgliederservice/04-Mitteilungsblatt%20Newsletter/02-Newsletter/2015/04-2015/Gueterichter.pdf>
8. www.gueterichter-forum.de
9. <https://www.mediatorenausbildung.org/?s=g%C3%BCterichterverfahren>

Legislativní zdroje a judikatura:

1. zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (OSŘ)
2. zákon č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů (ZSS)
3. Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES ze dne 21. května 2008, o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech. Úř. věst. L 136, 24. května 2008
4. zákon č. 202/2012 Sb., zákon o mediaci a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (ZOM)
5. zákon RGBL. S. 83, Zivilprozessordnung (německý civilní řád soudní), ve znění zákona BGBL. I S. 2745, 2753 (ZPO)
6. RGBL. S. Nr. 113/1895, Zivilprozessordnung (rakouský civilní řád soudní)
7. BGBL. I S. 1077, ve znění BGBL. I S. 3618 – Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)
8. Rechtsprechung VG Göttingen ze dne 27. 10. 2014 – 2 B 986/13, 2 A 717/13, A 851/13, 2 A 1002/13 – Monatschrift für Deutsches Recht, 2015, s. 54 – 55.
9. Nález ústavního soudu (Bundesverfassungsgericht) ze dne 14. 2. 2007, NJW-RR 2007, 1073 (74).
10. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. března 2005, sp. zn. 21 Cdo 1951/2004.
11. Usnesení NS ze dne 27. dubna 2009, sp. zn. 22 Cdo 5170/2007.
12. Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 27. října 2011, sp. zn. 22 Cdo 1085/2010.

Kontakt

Mgr. Drahomíra Němcová

drahomira.nemcova01@upol.cz

drahomira.nemec@gmail.com

- [1] ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním i vnitrostátním obchodním styku*. 1. vydání. Praha: ASPI, 2002, s. 13.
- [2] BĚHOUNEK, Tomáš. Mediaci v civilním řízení. *Právní rozhledy*, 2004, roč. 12, č. 19, s. 713.
- [3] RGeB. S. Nr. 113/1895, Zivilprozessordnung (rakouský občanský soudní řád) v § 433 (smírčí řízení) a § 204 (soudní smír),
- [4] RGeB. S. 83 Zivilprozessordnung (německý civilní řád soudní), ve znění zákona RGeB. I S. 2745, 2753 (ZPO).
- [5] MALTE VON BARGEN, Jan. In-Court Mediation in Germany: A Basic Function of the Judiciary. In ERVO, Laura, NYLUND, Anna (eds.). *Future of civil litigation: Access to Courts and Court-annexed Mediation*. s. 78. Heidelberg: Springer, 2014, s. 79. ISBN 978-3-319-04465-1.
- [6] § 2 občanského soudního řádu, zákon č. 99/1963 Sb. ve znění pozdějších předpisů: „V občanském soudním řízení soudy projednávají a rozhodují spory a jiné právní věci...“
- [7] KRÍŽ, Jan. Řízení smírčí v procesuální soustavě naší. *Právník*, 1873, roč. 12, s. 6. Vyslovuje se i k možnosti vytvořit institut jakýchsi mediátorů, kterým „vedle soudů, (...) by příslušelo výhradně řízení smírčí“.
- [8] WEITZ, Tobias Timo. Gerichtsnahe Mediation in der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit. *Schriften zum deutschen und europäischen öffentlichen Recht – Svazek 19*. Peter Lang, 2008, s. 32. ISBN 3631579659 / ISSN 1438-4388.
- [9] V roce 2016 to bylo 9 484 uzavřených soudních smírů (oproti roku 2008 téměř dvojnásobek – tehdy to bylo 5 928 smírů) – podle informací od Ministerstva spravedlnosti ČR.
- [10] Hovoří se o tzv. konfliktu rolí, resp. „Verhandlungsdilemma“. Často je pak proces poznamenán pozicemi a nároky účastníků, namísto soustředění na jejich zájmy a potřeby.
- [11] STAVINOHOVÁ, Jaruška, HLAVSA, Petr. *Civilní proces a organizace soudnictví*. 1. vydání. Masarykova univerzita Brno: Doplněk Brno, 2003, s. 252.
- [12] „Jakmile bylo řízení zahájeno, postupuje v něm soud i bez dalších návrhů tak, aby byla věc co nejrychleji projednána rozhodnuta.“ Cílem pak má být rozhodnutí ve věci.
- [13] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 27. října 2011, sp. zn. 22 Cdo 1085/2010.
- [14] Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. března 2005, sp. zn. 21 Cdo 1951/2004.
- [15] Zákon č. 160/2015 Z. z., civilný sporový poriadok v platnom znení. Přesto je však za základní povinnost soudu dle článku 7 odst. 2 „viest strany sporu ke zmierlivému vyriešeniu sporu“. A na jiném místě, v § 179 odst. 2 se ohledně vedení jednání zmiňuje, že pokud je to možné a účelné, soud se pokusí o vyřešení sporu smírem.
- [16] MALTE VON BARGEN: *In-Court Mediation in Germany...*, 83.
- [17] § 139 ZPO.
- [18] Nález ústavního soudu (Bundesverfassungsgericht) ze dne 14. 2. 2007, NJW-RR 2007, 1073 (74).
- [19] PRÜTTING, Hanns, GEHRLEIN, Markus (ed). *ZPO Kommentar*. 8. vydání, 2016, 3188 s. ISBN 978-3-472-08679-6.
- [20] § 1 odst. 1 BGBl. I S. 1577, Mediationsgesetz ze dne 21. 7 2012. „Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.“
- [21] DOLEŽALOVÁ, Martina, VAN LEYNSEELE, Patrick. Mediaci jako doplněk (či alternativa?) soudního procesu. *Bulletin advokacie*, 2002, č. 8, s. 33.
- [22] A to na rozdíl od smíru, který je dle českého právního řádu jednotou hmotněprávní a procesní. – viz Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 4. 2009, sp. zn. 22 Cdo 517/2007. Nejvyšší soud v tomto své rozhodnutí nazývá smír procesní dohodou účastníků.

- [23] MALTE VON BARGEN: *In-Court Mediation in Germany...*, 88.
- [24] Toto ukazují výzkumy například z Německa. Tamtéž.
- [25] DOLEŽALOVÁ, Martina, VAN LEYNSEELE, Patrick. *Mediace v právním prostředí. Právní rozhledy*, 2012, roč. 20, č. 12, s. 420.
- [26] Zprostředkování komunikace je hlavním atributem role mediátora – viz ŠTANDERA, Jan. *Mediace – možná cesta z labyrintu soudního řízení? Právní rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 22, s. 803–810.
- [27] DOLEŽALOVÁ, Martina, VAN LEYNSEELE, Patrick. *Mediace v ...*, s. 427.
- [28] § 75 odst. 1 zákona o soudech a soudcích (zákon č. 6/2002 Sb.), ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZSS).
- [29] POTOČKOVÁ, Dana. *Nejlepší je domluvit se, aneb, Průvodce mediačním procesem*. 1. vydání. Praha: Alfom, 2013, s. 56.
- [30] HÁJKOVÁ, Šárka. In DOLEŽALOVÁ, Martina (ed). *Zákon o mediaci. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 17.
- [31] § 278 odst. 5 ZPO.
- [32] HÁJKOVÁ: *Zákon o mediaci...*, s. 49.
- [33] GRAF, Silke Katharina. *Die Förderung der Mediation durch die Definition und die Einbettung in das Rechtssystem: Eine rechtsvergleichende Gegenüberstellung von Deutschland, Österreich und der Schweiz*. Wien, 2013. Disertace. Universität Wien. Vedoucí práce: Thomas Klicka, s. 95 a násl.
- [34] § 100 odst. 2 OSŘ. Viz možnost přerušit k účelu smírného vyřešení sporu řízení po dobu pokusu o smír v mimosoudním procesu mediace.
- [35] GREGER, Reinhard. Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland. *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, 2003, s. 240 – 245.
- [36] Jedná se o případy, kdy je soudní řízení přerušeno za účelem výkonu mediace. Tedy mediace a soudní proces jsou do určité míry vzájemně propojeny, navázány jedno na druhé.
- [37] KREISSL, Stephan. Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem. *Zeitschrift für Schiedsverfahren*. 2012, č. 5, s. 230.
- [38] To může být poměrně zásadní pro právní posouzení charakteru této zvláštní formy mediace (zda se jedná o mediaci, či conciliace).
- [39] ORTLOFF, Michael. Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2012, s.1058.
- [40] GÖTZ, Peter, OLENHUSEN. Mediation durch Richter – ein Projekt mit Zukunft. *Deutsche Richterzeitung*, 2003, č. 12, s. 396-397.
- [41] RÖTHEMEYER, Peter. Gerichtsmediation im Güterichterkonzept – Die Lösung des Vermittlungsausschusses. *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, 2012, č. 4, 116 (117, 118).
- [42] Güterichter, v anglickém jazyce označovaný za *judge of the peace*. EU Handbook on Mediation: Mediation Law and Practice in Other EU Countries. [online] jkhighcourt.nic.in [cit. 2017-11-01]. Dostupné z: <http://jkhighcourt.nic.in/Mediation%20Law%20and%20Practice%20in%20Other%20EU%20Countries.pdf>, s. 26.
- [43] WALTHER, Harald. Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz. *Spektrum der Mediation*, 2012, č. 45, s. 60 (62).
- [44] SCHUETTEL, Nadine. *Streitbeilegung im Internet – Zukunft oder Irrweg?* Karlsruhe: KIT Scientific Publishing, s. 35.
- [45] V oblasti práva pracovního (§ 54 VI Arbeitsgerichtsgesetz), správního práva (§ 173 I Verwaltungsgerichtsordnung), sociálního (§ 202 I Sozialgerichtsgesetz) i finančního (§ 155 S. 1 Finanzgerichtsordnung). Není však implementován do trestního zákoníku.

- [46] Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES ze dne 21. května 2008, o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech. Úř. věst. L 136, 24. května 2008.
- [47] GREGER, Reinhard. *Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter*. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg Juristische Fakultät. 2007, s. 6 [online] reinhard-greger.de [cit. 2017-10-29]. Dostupné z: <https://www.reinhard-greger.de/dateien/gueterichter-abschlussbericht.pdf>
- [48] SCHUETTEL, Nadine. *Streitbeilegung im Internet – Zukunft oder Irrweg?* Karlsruhe: KIT Scientific Publishing, s. 35.
- [49] GREGER, Reinhard. *Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter*. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg Juristische Fakultät. 2007, s. 6 [online] reinhard-greger.de [cit. 2017-10-29]. Dostupné z: <https://www.reinhard-greger.de/dateien/gueterichter-abschlussbericht.pdf>
- [50] Je tedy třeba zdůraznit, že soudcovská mediace může být pouze malou větví velkého stromu spravedlnosti.
- [51] Může být i jiného soudu, a dokonce i z jiné jurisdikce (Bundestag – Drucksache 17/8058, s. 21).
- [52] Geschäftsverteilungsplan (rozvrh práce) – § 21e odst. 1, věta první zákona č. BGBl. I S. 1077, ve znění BGBl. I S. 3618 – Gerichtsverfassungsgesetz (GVG); PRÜTTING, Hanns, GEHRLEIN, Markus. *ZPO Kommentar, § 278 – Gütliche Streitbeilegung, Güterverhandlung, Vergleich*. C. H. Beck: Luchterhand, 7. vydání, 3140 s.
- [53] GREGER, Reinhard. **Das Güterichterverfahren - Große Chancen, zu wenig genutzt: Empfehlungen für Geschäftsverteilung und Zuweisungspraxis. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2017, č. 19, s. 1107.**
- [54] Soudce rozhodující spor se tak stává určitým distributorem případů.
- [55] MALTE VON BARGEN: *In-Court Mediation in Germany...*, s. 78.
- [56] Je však možné vyloučit soudce z účasti v rámci *Güterichterverfahren* pro obavy z jeho podjatosti (Rechtsprechung VG Göttingen ze dne 27. října. 2014 – 2 B 986/13, 2 A 717/13, A 851/13, 2 A 1002/13 – Monatschrift für Deutsches Recht, 2015, s. 54–55.).
- [57] KREISSL: *Mediation – Von der Alternative...*, s. 230, 240 – hovoří o zastřeném zavádění interní soudní mediace.
- [58] HOLÁ, Lenka. K pojmu conciliace v řešení spotřebitelských sporů. *Obchodněprávní revue*, 2017, č. 2, s. 47 a násl. Je nutné rozlišovat, co pod pojmem conciliace rozumíme, zda se považuje za termín obecnější, než je mediace, nebo stejné úrovně s jiným právním obsahem apod. Pokud hovoříme o conciliaci v tomto článku, máme na mysli proces dosahování smírného řešení, kdy zprostředkovatel může poskytovat rady právního charakteru, resp. doporučení.
- [59] Rozhodnutí ze dne 1. února 2013, sp. zn. Az. 2 Ca 10/13 Ö, k § 54 odst. 6 ArbGG.
- [60] THOLE, Christoph. Das Neue Mediationsgesetz – Mediation im und an der Schnittstelle zum Zivilprozess. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2014, roč. 127, č. 3, s. 127.
- [61] Rozhodnutí OVG Lüneburg ze dne 9. ledna 2015, sp. zn. Az. 10 OB 108/14, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-RR 2015, s. 517.
- [62] Bayerisches Staatsministerium der Justiz. Verrhandeln ohne Entscheidungsmacht: Warum zum Güterichter? [online]. rak-muenchen.de [cit. 2017-10-22]. Dostupné z: <http://www.rak-muenchen.de/fileadmin/downloads/06-Mitgliederservice/04-Mitteilungsblatt%20Newsletter/02-Newsletter/2015/04-2015/Gueterichter.pdf>

- [63] Data a srovnání pochází z Německa, viz FREIS, Martin. 10 Fragen über die gerichtsinterne Mediation (Güterichterverfahren) [online]. mediatorenausbildung.org, 2015-09-24 [cit. 2017-10-20]. Dostupné z: <https://www.mediatorenausbildung.org/10-fragen-gerichtsinterne-mediation-gueterichterverfahren/>
- [64] SCHEUTTEL: *Streitbeilegung im Internet...*, s. 34.
- [65] MALTE VON BARGEN: *In-Court Mediation in Germany...*, s. 83.
- [66] Tzv. *transformative approach*.
- [67] § 169 odst. 1 BGBI. I S. 1077, ve znění BGBI. I S. 3618 – Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).
- [68] OLENHUSEN, Peter. Hinterm Horizont geht's weiter – zur Entwicklung der gerichtsnahen Mediation, *Schleswig-Holsteinische Anzeigen*, 2007, s. 113–115. Smírčí soudci (*Güterichter*) se musí naučit uznávat a oceňovat odpovědnost samotných stran za podobu dohody.
- [69] <https://www.gueterichter-forum.de/>
- [70] GREGER: *Das Güterichterverfahren...*, s. 1107. Výsledky jsou výrazně odlišné: u některých soudů je to více než 80 %, v jiných však méně než 20 %. Je zajímavé, že autor toto vysvětluje ve spojitosti se specifickými pravidly rozdělování případů v různých regionech Německa (nekonzistentní přidělování).
- [71] Mezi průkopníky soudcovské mediace v Německu patří Ortloff, soudci z Freiburgu i jiní, kteří dříve, než bylo smírčí řízení do zákona vloženo, používali tuto metodu k řešení konfliktů. In OLENHUSEN: *Hinterm Horizont geht's...*, s. 113 a násl.
- [72] GALANTER, Marc. ... A Settlement Judge, Not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States. *Journal of Law and Society*, 1985, roč. 12, č. 1, s. 1-18.
- [73] K otázce protokolace viz § 160 odst. 1 a 3 bod č. 10 (*das Ergebnis der Güterverhandlung*) ZPO ve spojení s § 794 odst. 1 bod č. 1 ZPO: Vykonatelná je také dohoda, která je výsledkem jednání se smírčím soudcem (*Güterichter*).
- [74] Listina základních práv a svobod, čl. 38 odst. 1: „Nikdo nesmí být odňat svému zákonnému soudci. Příslušnost soudu i soudce stanoví zákon.“
- [75] Nález Ústavního soudu ze dne 30. 4. 2008, sp. zn. III. ÚS 2583/07.
- [76] Rozvrh Práce [online] justice.cz [cit. 2017-11-23]. Dostupné z: <http://www.justice.cz/Justice2/soud/soud.aspx?j=165&o=155&k=3761&page=2>
- [77] Soudce v českém civilním procesu navíc dohodu, která se promění ve smír, schvaluje. Tedy i v rámci pokusu o smír mu nadále náleží určitá rozhodovací pravomoc. In ŘÍHA, Jan. Schvalování smírů v občanském soudním řízení. *Socialistická zákonnost*, 1976, roč. 24, č. 4, s. 196.
- [78] KRÁLÍK, Michal. K možnosti vyloučení soudce z projednávání a rozhodnutí věci v souvislosti s jeho snahou o dosažení smíru mezi účastníky v probíhajícím soudním řízení. *Soudní rozhledy*, 2007, roč. 13, č. 2, s. 59.
- [79] KRÁLÍK: *K možnosti vyloučení...*, s. 61.
- [80] ZIMMERER, Gerda. *Best Practices in Alternative Dispute: Pilot Project in Bavaria for Administrative Courts*. [online] gueterichter-forum.de [cit. 2017-10-25]. Dostupné z: www.gueterichter-forum.de/wp-content/.../08/Presentation.pdf
- [81] BĚHOUNEK: *Mediace v civilním řízení...*, s. 714.

Rozvoj soudní mediace aneb Jak pošťuchovat

Development of Judicial Mediation or How to Nudge

Ráchel Tošnerová

Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Nám. Curieových 901/7, Praha

Městský soud v Praze, Spálená 6/2, Praha

Abstrakt: Příspěvek se věnuje využití behaviorálních poznatků při nastavení politiky implementace institucionální mediace v ČR za účelem její propagace a rozšíření jejího využití. Autorka nejprve charakterizuje možnosti překonání informačního deficitu ohledně existence a přínosů mediace (pobídky, donucení a propagace). Následně se zaměřuje na možnosti a nové cesty rozvoje institucionální mediace v ČR. S cílem rovnocenného využití mediace vedle klasického soudního řízení chce autorka pomoci tzv. pošťuchování zainteresovaných skupin dosáhnout levného, rychlého a implementačně snadného rozvoje soudní mediace v ČR, která je dle jejího názoru ideálním prostředkem k propagaci mediace. Finálním cílem navrhovaných nelegislativních opatření je zvýšení povědomí o mediaci a tudíž rozšíření mediace mimosoudní. Opatření na sobě nejsou vzájemně závislá, lze proto provést implementaci jak pouze jediného z nich, tak všech. Příspěvek je shrnutím závěrů rozpracované disertační práce autorky.

Klíčová slova: soudcovská mediace, behaviorální ekonomie, šťouch, propagace mediace v ČR.

Abstract: This contribution focuses on the use of behavioral insights for policy making in the area of institutionalized mediation in the Czech Republic with the aim of promotion and expansion of the use of mediation. Firstly, the author defines the options for overcoming the information deficit regarding the existence and advantages of mediation (incentives, sanctions and promotion). Secondly, she deals with the possibilities and new ways of developing institutionalized mediation in the Czech Republic. With the aim of equal use of mediation and litigation, using the so called nudging of preselected stakeholders, the author tries to achieve cheap, fast and easy (in terms of implementation) development of judicial mediation in the Czech Republic which is in her opinion the ideal means for the promotion of mediation. The ultimate goal of the proposed non-legislative measures is increasing awareness about mediation and the extended use of out of court mediation. The respective measures are not interconnected and can therefore be implemented separately or as a whole. The

contribution is a summary of conclusions from the dissertation thesis of the author which is currently a work in progress.

Keywords: Judicial Mediation, Behavioral Economy, Nudge, Promotion of mediation in the Czech Republic.

1 Překonání informačního deficitu jako hlavní podmínka rozvoje mediace

Zcela zásadním a v současné době snad i nejvýznamnějším předpokladem pro masivnější rozvoj mediace nejen v České republice je způsob překonání informačního deficitu ohledně existence a přínosů mediace nejen veřejnosti, ale primárně zainteresovaných skupin, tedy zejména soudců, příp. soudních úředníků, advokátů a ostatních právnických profesí a konečně potenciálních stran konfliktu.

Z dosavadních zkušeností evropských států je zjevné, že jsou a budou potřeba aktivity v rozsahu širším, než jaký předepisuje mediační směrnice[1]. Jako pozitivní příklad masové kampaně mířené na širokou veřejnost bývá i v české literatuře uváděna propagační činnost polského ministerstva spravedlnosti v letech 2011 až 2012. Informace o mediaci přinášel jak tisk, tak formou krátkých spotů televize a rozhlas, využity byly kromě letáků dokonce i billboardy. Přesto se Polsko nijak významným počtem mediací pochlubit nemůže.

Ač lze tedy podobné aktivity považovat za chvályhodné, jejich efektivita je dle mého názoru přinejmenším diskutabilní. Je to jako nabízet psi žrádlo někomu, kdo psa nemá. Není divu, že lidé nijak nereagují na kampaň, která jim nabízí lék (řešení) na problém, který momentálně nemají. Jsem tedy toho názoru, že je třeba propagovat chytře, mít na paměti základní principy marketingu[2] a pečlivě vybírat cílové skupiny. Jinak řečeno – zamyslet se nad tím, které skupiny lidí mají největší potenciál působit na širokou veřejnost v této oblasti a jakým způsobem je co nejefektivněji využít k požadovanému cíli.

Jak je již uvedeno výše, primárně je nutné překonat informační deficit zejména u zainteresovaných skupin (angl. *stakeholders*). Zároveň je ale třeba pracovat na optimalizaci nástrojů, které takovým skupinám pomohou přenést informovanost na širší veřejnost prostřednictvím častějšího využití

mediace. I sebelépe informovaný advokát nebude svému klientovi nabízet mediaci jako volbu, pokud to s sebou pro klienta či pro něj samotného nepřinese výraznou výhodu či hrozbu sankce. Opatření zavedená jednotlivými státy či doporučená v odborných studiích lze rozdělit zhruba do třech skupin, přičemž výběr z těchto opatření by měl být vždy prováděn s ohledem na právní a kulturní tradice dané země, dosavadní vývoj v oblasti mediace a samozřejmě dostupné finanční i lidské zdroje. Dle mého názoru oblastí, kde státem investované prostředky budou mít nejširší dosah a která má největší potenciál postupně vést k využití mediace mimosoudní, je právě mediace soudní[3], jak bude rozvedeno dále.

1.1 Pobídky

Pobídky, které jednoznačně zvyšují ekonomickou atraktivitu mediace oproti ostatním metodám řešení sporů, lze dle povahy rozdělit na finanční a nefinanční, přičemž se ale obě formy často prolínají. Do druhé skupiny patří v první řadě veškeré již zmiňované výhody mediace oproti ostatním formám řešení sporů, jejichž zdůrazňování v rámci propagace může rovněž na strany působit jako stimul k jejímu využití. Spadá sem také úprava právního rámce tak, aby k vykonatelnosti mediační dohody nebyl nutný souhlas všech stran.

Do finančních pobídek lze zařadit jakékoliv subvence ze strany státu využívané na pokrytí jejich nákladů, tedy poskytování mediačních služeb zdarma (takové v ČR poskytuje např. příspěvková organizace Centrum sociálních služeb Praha), zavedení úvodních hodin mediace zdarma či za zvýhodněnou cenu. Další možností je příslib částečného či úplného vrácení soudního poplatku v případě, že strany věc vyřeší smírně. V neposlední řadě sem spadají různé druhy daňových úlev, např. možnost zahrnout náklady na mediaci do uznatelných nákladů, nebo při využití mediace uplatnit slevu na dani. Alespoň některý ze shora uvedených typů finančních pobídek směřující k širšímu využití mediace stranami konfliktu zavedla celá třetina členských států EU.

1.2 Donucení

Motivace je mincí o dvou stranách. A tou negativní v kontextu mediace označujeme ukládání povinností a případných sankcí za jejich neplnění. Zda je jejich využití vhodné či nikoliv, zůstává předmětem sporu. Odpůrci tvrdí, že donucení je v rozporu s „nejvyšším“ principem dobrovolnosti mediace, což dle mého názoru souvisí často s nepochopením multidimenzionality této zásady, zastánci v něm naopak vidí přiměřený nástroj, který ve spojení s hrozbou uplatnění státní moci představuje dobrý recept na efektivní prosazování využívání mediace.

Nejtvrdší formou je zavedení mediace zákonné^[4], ukládající stranám v určeném okruhu případů mediaci vyzkoušet ještě před zahájením soudního řízení. Sankce pak přichází buď v případě odmítnutí, resp. nevyzkoušení mediace, nebo dokonce nevěle dohodnout se (viz italská úprava, která z odmítnutí řešení navržené mediátorem vyvozuje pro příslušnou strany důsledky při určení náhrady nákladů řízení). Několik států zavedlo, spíše jako normu imperfektní či doporučující, povinnost advokáta informovat klienta o možnosti alternativního řešení sporu. Tato povinnost by však stejně dobře mohla být uložena soudci nebo notáři, u nichž navíc odpadá často skloňovaný zájem právního zástupce na prodlužování sporů za účelem vyššího výdělků. A proč se omezovat pouze na právnické profese? Taková povinnost či apel může být směřován i na jiná povolání, která přicházejí do styku se stranami konfliktu, jako jsou psychologové či sociální pracovníci.

Dojde-li případ až k soudu a je zahájeno řízení, nabízí se zavedení povinné předběžné části řízení, v rámci které je pomocí mediačních ukazatelů určeno, zda řešení sporu mediací nebude vhodnější než klasické soudní řízení (jakýsi „screening“). Pokud ano, strany jsou povinně odkázány do mediace či na informační schůzku s mediátorem. Dále je možné od stran vyžadovat v prvním podání soudu prohlášení o provedeném pokusu o smírné vyřešení sporu (v rámci mediace), zavést v rámci soudního řízení povinná informativní sdělení prováděná soudcem či určeným soudním úředníkem týkající se výhod mediace a konečně povinnost soudů zvažovat mediaci v každé fázi soudního řízení.

1.3 Propagace

Poslední skupina opatření se může ve srovnání s předchozími dvěma jevit spíše jako podpůrná, dle mého názoru jde ale jednoznačně o oblast s momentálně největším vlivem na rozsah využití mediace a zároveň o pole, na němž je největší prostor pro zlepšení či zdokonalení celého systému. Spadají sem veškeré prostředky s potenciálem přimět strany konfliktu využít k jeho řešení mediaci. Evropská komise je na navíc na podporu jak jednorázových akcí, tak dlouhodobějších projektů souvisejících s mediací, připravena poskytovat v rámci „programu Spravedlnost“^[5], který poběží až do roku 2020, finanční prostředky z EU. Nejsmysluplnější se jeví, jak již bylo uvedeno, cílit tuto propagaci na tu část (odborné) veřejnosti, která by tuto službu mohla poptávat, příp. pomáhat takovou poptávku vytvořit. Výhodné tak bude investovat v tomto oboru primárně do vzdělání soudců, sekundárně do zvýšení povědomí o mediaci mezi advokáty a dalšími profesemi, které mají přímý vliv na strany konfliktu, a teprve zbytkové zdroje by měly být vynaloženy na propagaci mezi potenciálními účastníky mediace samotnými, tedy veřejností. Z autorkou provedené analýzy situace v jednotlivých členských státech vyplynulo, že tyto propagační snahy jsou výrazně účinnější ve chvíli, kdy je mediace vůči shora uvedeným skupinám prezentována jednotně, pod záštitou buď státní či soukromé instituce, a konsistentně. Tam, kde stmelující prvek chybí, je v případě nemožnosti koordinace nutné dbát alespoň na částečné propojení jednotlivých aktérů v tom smyslu, aby si o svých aktivitách navzájem udržovali povědomí a zbytečně neplýtvali prostředky či zdvojovali úsilí.

2 Možnosti a nové cesty rozvoje institucionální mediace v ČR

Z dosavadního vývoje je zjevné, že mediace u nás zatím nenaplnila svůj potenciál ani v nejmenším. Přestože jak z pohledu českého, tak evropského zákonodárce přináší mediace stranám jakožto spotřebitelům^[6] v oblasti řešení sporů prakticky samé výhody a zásadní překážky v podobě nedostatečného právního rámce byly vesměs odstraněny mediační směrnicí, žádný mediační boom se nekonal a bohužel se zatím ani nerýsuje na obzoru. Jednou stranou mince je krátká historie

institucionální mediace v EU, druhou nedostatečné povědomí a informovanost o možnosti jejího využití. Dokud tyto dvě (dle mého názoru vzájemně provázané) překážky nebudou odstraněny, můžeme pouze spekulovat o tom, zda se jedná o jediné příčiny prozatím neúspěšné integrace mediace jako rovnocenné alternativy soudního řízení, či zda budou následně identifikovány další, např. v podobě silné opozice právnických profesí.

V následujícím textu se proto pokusím identifikovat nejvhodnější opatření mířící na překlenutí informačního deficitu u jednotlivých aktérů spolupůsobících během procesu mediace. U vyhodnocení optimálních řešení se budu řídit principy v současné době populární teorie liberálního paternalismu, která vychází z poznatků behaviorální ekonomie a jejíž využití je v situaci, kdy je volba spotřebitelů služeb řešení sporů zjevně ovlivněná jinými faktory než maximálním užitekem, velmi příhodné.

2.1 Cíle a prostředky

Považujeme-li dosavadní využití mediace za hrubě nedostatečné a zamýšlíme-li se nad tím, jak situaci změnit, je nutno definovat si, s jakým cílem tak činíme. Co by považovali za úspěch ve smyslu rozšíření využití mediace mediátoři? Bude odpověď jiná, zeptáme-li se na to soudců nebo dokonce ministra spravedlnosti? A jak rychle by tohoto cíle mělo být dosaženo, tj. jaký růst je reálný?

Hlavním účelem mediační směrnice dle jejího čl. 1 je dosažení vyváženého vztahu mezi mediací a soudním řízením. De Palo a D'Urso (2016)[\[7\]](#) vyvozují ze své analýzy, že efektivní vyvážený vztah obou druhů řešení sporů v sobě obsahuje dva prvky. Zaprvé v takovém stavu připadá na každé dva případy před soudem více než jedna mediace (tedy mediace ve více než 50 %) a zadruhé je potřebná míra úspěšnosti provedených mediací alespoň 50 %.

V možnostech ovlivnění šíře a rozsahu využití mediace v kontextu ČR spatřuji minimálně dvě výhody. Celková čísla jsou tak nízká, že dosažení jakéhokoliv jejich zvýšení bude lepší než žádný posun v této oblasti. Dále se z mého pohledu bude v ČR významně snazší dosáhnout systémové změny, neboť počty aktérů (mediátorů, soudců i obyvatel, ale také

soudních sporů) nedosahují často ani poloviny jiných evropských států. Českým cílem by tak pro začátek mohla být přední příčka v žebříčku evropských států v oblasti využití mediace. V absolutních číslech je na tom zatím nejlépe Itálie (200 000 mediací/rok), Velká Británie, Nizozemí a Německo (všechny tři kolem 10 000 mediací/rok), ovšem přepočítáme-li mediace na procento z celkového počtu soudních sporů[8] a připojímeli údaj o úspěšnosti mediace, zprvu ambiciózní cíl se pro ČR začne jevit mnohem realističtější. Průměrný počet občanskoprávních řízení v ČR za posledních pět let je 575 647 řízení za rok. Stačilo by tedy necelých 58 000 mediovaných případů ročně s alespoň 50% úspěšností, abychom se v oblasti mediace mohli stát evropskými trendsettery.

Dlouhodobým cílem by ovšem mělo být rozšíření mediace mimosoudní, kterou již nejspíš nebude možné shora uvedeným způsobem evidovat, a naopak snížení počtu mediací s nutným vnějším zásahem státu (zákonná, soudní). K tomu však už bude jistě potřeba vývoj počítající se minimálně na dekády.

Soudní mediace jako optimální volba

Jak již uvedeno v úvodu tohoto příspěvku, považuji soudní mediaci za momentálně nejefektivnější prostředek k dosažení shora nastíněných cílů. Vyplývá to i ze zkušeností Potočkové[9], která uvádí, že pouhých 30 % účastníků přichází do mediace z vlastní iniciativy, zatímco zbylých 70 % tak činí pod vlivem jiných osob (např. právních zástupců, soudců). Ještě vyšší procenta hovořící ve prospěch mediace soudní uváděly při osobních rozhovorech advokátky mediátorky. Mezi další výhody soudní mediace pak patří odstranění pocitu jedné ze stran, že se staví do „slabší“ pozice tím, že mediaci navrhuje. Konečně nejsem zastávkyní drastických změn v případě, že lze využít již existujících struktur zakotvených v daném případě dokonce právním řádem, a proto předestřená doporučení pracují s dosavadním institucionálním rámcem prvního setkání s mediátorem.

3 Výběr opatření aneb krátký exkurz do chování spotřebitele

Nyní je tedy třeba zamyslet se nad tím, jakým způsobem je třeba využít prostředek soudní mediace za účelem dosažení cíle v podobě většího využití mediace obecně, tj. jaká opatření v rámci soudní mediace podniknout na podporu jejího využití jako prostředku rovnocenného k vedení soudního sporu. Efektivita jednotlivých opatření pak bude přímo záviset na jejich potenciálu změnit chování spotřebitelů (uživatelů) tak, aby ve správný moment a ve vhodném případě využily mediace namísto (pro daný případ méně vhodného) klasického soudního řízení. Podívejme se tedy nejprve ve zkratce a ve velmi zjednodušené podobě na dva základní modely popisující (nejen) ekonomické jednání jednotlivců.

3.1 Teorie racionální volby

Tato teorie, někdy označovaná rovněž jako tradiční či standardní teorie spotřebitele, vychází z premisy, podle níž je proces volby spotřebitelem vždy logický a racionální, vedený snahou o dosažení maximálního užitku. Předpokládá, že jednotlivci vždy jednají ve svém nejlepším zájmu a jejich volba je ovlivněna jen jejich preferencemi, podle nichž se rozhodují mezi jednotlivými alternativami a které jsou nezávislé na počátečním stavu i na pořadí prezentace. Volba je pak ohraničena vnějšími omezenými zdroji typu čas, příjem či kapitál. Jde o teorii, jak pozitivní, tedy popisující lidské chování, tak normativní, tedy popisující, jak by se lidé chovat měli. Pokud by bez dalšího teorie racionální volby platila, stačilo by k určité změně chování spotřebitelů např. zavedení finančních incentív ze strany státu pro ty z nich, kteří se rozhodnou pro mediaci namísto soudního řízení. Také by teoreticky ke změně preferencí spotřebitele mělo stačit, že strany o možnosti mediace vědí a jsou si zhruba vědomy toho, že funguje rychleji a za menších nákladů než řízení soudní.

Zjevně je tedy ve hře více faktorů, neboť vytvoření možnosti využít mediace za zvýhodněných podmínek oproti soudnímu řízení se ukázalo jako nedostatečné pro dosažení nárůstu její spotřeby. Jde o důkaz, že spotřebitelé se v novém prostředí či neznámé situaci (jako je vážný spor) spoléhají prostě na svůj odhad či intuici ovlivněnou dosavadními zkušenostmi[10], čímž se jejich volba může významně odchýlit od té

racionální, představující maximální užitek. Proto se výzkum faktorů ovlivňujících spotřebitelskou volbu od osmdesátých let 20. století nese v duchu interdisciplinarity a ekonomie spojuje síly mimo jiné s psychologii a sociologií.

3.2 Behaviorální ekonomie

Behaviorální ekonomii lze definovat jako ekonomickou analýzu využívající psychologických poznatků ohledně lidského chování pro vysvětlení ekonomického rozhodování. Na rozdíl od teorie racionální volby nepovažuje preference jednotlivců za dané, ale naopak zkoumá proces, jakým se tyto preference tvoří, je tedy čistě pozitivní. Jinak řečeno tato teorie zkoumá a popisuje, jak se preference a volba spotřebitelů mění v závislosti na kognitivních, emočních a sociálních proměnných.

Behaviorální faktory ovlivňující spotřebitelskou volbu lze rozdělit do zhruba tří základních kategorií. Zaprvé jde o lidskou averzi ke ztrátě (člověk raději vyhraje, než prohraje), dále referenční bod, o němž bude řeč dále, a konečně fakt, že preference jednotlivců jsou závislé na čase, tj. stává se, že si lidé věci na poslední chvíli „rozmyslí“. S posledně zmíněným souvisí také fenomén odkládání důležitých rozhodnutí (prokrastinace). Vraťme se ale k referenčnímu bodu. Ten je vysvětlován tak, že změnu lidé většinou nehodnotí objektivně, ale porovnávají ji právě s nějakým referenčním bodem. Podle tohoto principu pak lze ovlivnit volbu pomocí primingu, kdy je subjekt před volbou vystaven podnětům zdůrazňujícím vybraná témata či atributy za účelem navození určitého pocitu, dále kotvením, kdy se spotřebiteli před volbou poskytne záměrně konkrétní referenční bod, a konečně pomocí dostupnosti (významnosti), neboť lidé přirozeně tíhnou k tomu, co jim připadá důležité, a tak ve spleťtém množství informací často přehlíží to komplikované a všimnou si spíše toho jednoduchého a jasného.

Z těchto primárních principů jsou pak vyvozovány jevy další. Spadá sem např. teorie, že většina spotřebitelů nebude měnit to, co je přednastaveno (defaultně) a zvolí dle předvýběru. Další jev je popisován jako tzv. majetnický efekt, podle něhož lidé přikládají vyšší hodnotu věcem, které vlastní, tj. hodnota, za kterou by byly vlastní věc ochotni prodat, je vyšší

než hodnota, za kterou by stejnou věc, kterou nevlastní, byly ochotni koupit. A konečně je tu známá nevůle ke změně neboli sklon ke statu quo, podle něhož lidé, kteří volí mezi dosavadním stavem a možností změny, dávají přednost zachování současné situace.

Co se týče sociálních faktorů, ty považuji v souvislosti s mediací za extrémně významné. Volba spotřebitele může být totiž významně ovlivněna volbou dalších lidí. Lidé jsou ovlivněni jednak sociálními normami, když reagují na dění okolo sebe, dále vlastním egem, když se snaží chovat tak, aby podpořili pozitivní obraz o sobě samém, a konečně jejich volbu může ovlivnit to, kým je informace sdělována.

Shora uvedené ovšem stále ještě nepředstavuje vyčerpávající přehled vlivů, kterým spotřebitelé při rozhodování podléhají. Lidé se tak mohou stát obětí vlastního mentálního účetnictví, v němž peníze, které bez problému zaplatí za jeden druh statku, za statek jiné kategorie nikdy nevydají. Další nástrahou na cestě za racionálním rozhodnutím je heuristika, tedy zjednodušování problému či hledání zkratk při rozhodování, což může být důsledkem jak přílišné komplikovanosti volby, tak zahlcení velkým či nepřehledným výběrem. V neposlední řadě se může volba jednotlivce utvářet na základě jeho momentálních emocí. Rozhodování lze tedy ovlivnit i právě vyvoláním příslušných citů.

3.3 Šťouch

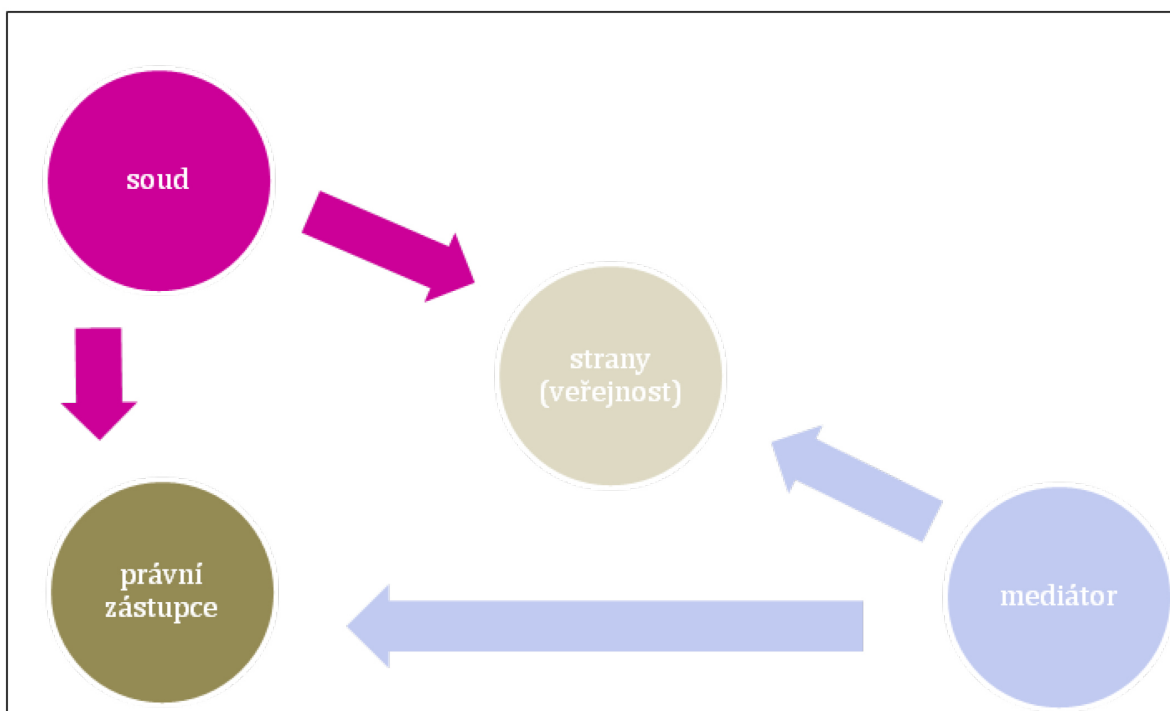
Jako velmi významný nástroj aplikace behaviorálních poznatků se nejen v oblasti politiky a práva v posledním desetiletí prosadil tzv. šťouch (z angl. *nudge*). Název pochází ze stejnojmenné knihy vydané roku 2008[\[11\]](#), jejíž autoři tvrdí, že jednoduchá řešení často dokáží více než příkazy a zákazy. V duchu tzv. libertariánského paternalismu pracují s modelem lidského rozhodování složeného ze dvou komponentů. První z nich popisuje jednotlivé možnosti výběru, druhý to, co je v nejlepším zájmu jednotlivce, příp. i společnosti. Po prozkoumání těchto aspektů mohou pak být behaviorální poznatky zakomponovány do prosazování určité zvolené možnosti pomocí změny kontextu, v němž volba či rozhodování probíhá (tzv. architektura výběru), za účelem pošťouchnutí k žádané změně.

„Postrčení (...) je jakýkoliv článek architektury výběru, který předvídatelně mění lidské chování, aniž by zakazoval nějaké jiné možnosti nebo významně měnil ekonomické podněty. Aby se zásah počítal jako pouhé postrčení, musí být jednoduchý a musí být snadné se mu vyhnout. Postrčení nejsou rozkazy. Vystavit ovoce na úroveň očí se počítá jako postrčení. Zákaz nezdravé stravy nikoliv.“^[12]

Je tedy zřejmé, že kromě behaviorálních poznatků se při konstrukci pošťouchnutí dobře uplatní i principy strategického marketingu, kognitivní psychologie nebo i kulturálních studií. A to je dle mého názoru přístup, který prozatím nebyl v ČR v oblasti mediace využit a jehož dopady je třeba vyzkoušet před nasazením striktnější strategie v podobě právní regulace či jiných „tvrdých“ opatření, s nimiž se, nutno zdůraznit, pošťouchnutí navzájem nevylučuje. Další výhodou šťouchu je skutečnost, že je-li nastaven dobře, podporuje v ideálním případě u spotřebitele přemýšlení o správné volbě. U problematiky řešení sporu a převzetí odpovědnosti za řešení vlastních problémů je donucení k takové úvaze v dlouhodobém horizontu klíčové. Jak již popsáno výše, cílem není využití mediace místo soudního řešení, ale využití mediace v případě, kdy je pro všechny zúčastněné výhodnější než soudní řízení.

4 Koho a kde pošťouchnout

Čí architekturu výběru ovlivnit, vyplynulo jasně z předchozího textu. Mediaci se využívá minimálně, protože na ní neodkazují ani soudci, ani právní zástupci a dobrovolně se do ní nehrnou ani strany samy. Čeští mediátoři se svou roztríštěností a vnitřní nejednotností rovněž k aktuální situaci příliš nepřispívají. Je-li tedy konečným cílem maximální rozšíření mediace mimosoudní a jeli optimálním prostředkem k dosažení tohoto cíle soudní mediaci, pak je potřeba zaměřit se u návrhů opatření nejen na potenciální sporné strany, ale rovněž na všechny, kdo je ovlivňují při jejich volbě způsobu řešení daného sporu. Tyto osoby a jejich působení na sebe navzájem znázorňuje obrázek 1. Plné šipky na něm označují přímý nebo nepřímý vliv jednotlivých aktérů na rozhodnutí o využití mediace stranami, šipky s texturou zobrazují směr opačný, kdy iniciátorem rozhodnutí o využití mediace jsou přímo či nepřímo (skrže právního zástupce) strany samy.



Obr. 1. Aktéři ovlivňující výběr způsobu řešení sporů a jejich vzájemné působení

Opatření v následujícím textu pracují se všemi těmito subjekty postupně tak, aby selhání vlivu jedné skupiny mohla případně vykompenzovat skupina druhá. Samozřejmě je také možné, že k dosažení kýženého výsledku, tedy trvalé změny chování stran v oblasti výběru prostředku řešení sporu, bude třeba současné zapojení všech těchto skupin, které se, jak naznačeno, podílí na dosavadní zavedené praxi. To ovšem nelze předem předvídat, neboť v současnosti neexistují žádná data, z nichž by bylo možné odvodit, který z vlivů na strany dle obrázku 1 je nejsilnější.

4.1 Mediační ukazatele aneb nový nástroj v rukou soudců

Pošťouchnout české soudce jakýmkoliv směrem je poměrně složitý úkol. K novým věcem jsou stejně jako ostatní právní profese obzvláště nedůvěřiví, a protože je rozhodování sporů jejich denním chlebem, těžko si dovedou představit, že strany, které oni sami (jakožto profesionálové) nedokázali přivést ke smíru, se dohodnou za asistence mediátora, který v některých případech „ani nemá právnické vzdělání“. V horším případě již mají s mediací negativní zkušenost v podobě neuzavřené mediační dohody, jmenování nedostatečně kvalifikovaného mediátora či

nespokojenosti stran. Přitom mnoho z nich stále ještě nemá jasno v tom, kdy je mediaci vhodné využít a že ji lze stejně dobře nařídit ve věcech obchodních jako v rodinných. Pointou navrhovaného opatření tedy je, aby soudci do rukou dostali nástroj, který je donutí zamyslet se nad každým novým případem z pohledu nejen soudce (rozhodce), ale rovněž autority v oblasti volby ideálního řešení sporu, který strany případně upozorní, že ve světle jejich konfliktu se využití klasického soudního řízení nejeví jako optimální.

V rámci tohoto opatření byl vybraným subjektem jednotlivým soudcům roz distribuován jako nová pomůcka jednoduchý dotazník, jehož zodpovězení by za pomoci přezkoumání vybraných mediačních ukazatelů dokázalo vyhodnotit vhodnost případu k řešení v mediaci. Soudce by tak měl při rozhodování, zda nařídit či nenařídit první setkání se zapsaným mediátorem, k dispozici jakési základní vodítko, které by ho potenciálně do budoucna mělo naučit zamýšlet se nad novými případy v první řadě z hlediska vhodné volby prostředku řešení sporu. Toto pošťouchnutí, lze aplikovat jednak v „čistě“ variantě, tj. ponechat zcela na uvážení jednotlivých soudců, zda dotazník ve své praxi využijí, nebo ve variantě tzv. *assisted nudge*, při níž by soudce musel ústně či písemně v rámci rozhodnutí odůvodnit, proč stranám mediaci nedoporučil (resp. nenařídil první setkání se zapsaným mediátorem) v případě, kdy byl dle dotazníku vyhodnocen opak.[\[13\]](#)

Aby byla pomůcka využívaná, musí být na prvním místě jednoduchost (i když ne přílišná, neboť je třeba, aby ji soudci brali vážně), přehlednost a uživatelská příjemnost. Rozhodně by nebylo od věci dát dotazník k dispozici rovněž v elektronické verzi. U té by navíc vznikla možnost využít designu prostředí, např. webová stránka s dotazníkem by rovnou obsahovala odkaz na seznam zapsaných mediátorů, stručný popis procesu mediace apod. Dotazník tedy funguje jako určitý referenční bod. Má-li soudce podle jeho výsledků doporučit stranám mediaci, může se tato skutečnost stát při jeho vnitřním uvažování, resp. rozhodování o případu, argumentem ve prospěch mediace. Můžeme jinými slovy říct, že výsledek dotazníku dává soudci pocit, že doporučení mediace či nařízení první schůzky „má něčím podložené“. Z vlastní i zahraniční zkušenosti pak

víme, že překoná-li soudce počáteční nedůvěru či skepsi a získá první pozitivní zkušenost, další využití mediace je prakticky zaručeno.

4.2 Vzdělávání potenciálních spotřebitelů mediace

Kromě působení na jednotlivé průvodce výběrem způsobu řešení sporu je jistě třeba zaměřit se podpůrně také na potenciální strany mediace. Jak již uvedeno výše, nemá smysl snažit k využití mediace pohnout někoho, kdo v žádném sporu není a nedovede se tudíž vcítit do budoucí situace, kdy by případný konflikt mohl nastat. Pojem široké veřejnosti bude tudíž efektivnější zúžit na dvě vybrané skupiny, v nichž bude dle mého názoru nejlépe využít potenciál plánované intervence. Pošťouchnutí bude směřovat jednak vůči právníckým osobám (zejména obchodním korporacím) a dále „čerstvým“ účastníkům soudního řízení.

Bílá listina aneb důkaz místo slibů

Myšlenka veřejného závazku obchodních korporací není ani nová, ani převratná a uplatňuje se v mnoha sférách souvisejících s podnikáním včetně mediace (resp. alternativního řešení sporů). Iniciativa „ADR / Mediation Pledge“ existuje v mnoha zemích světa od Francie či Polska přes Velkou Británii až po USA a Singapore. Jejich cíl je stejný, signatáři svým podpisem veřejně deklarují přijetí jednotného postupu pro případ řešení sporů, který významným způsobem zapojuje nebo alespoň vždy zváží možnost využití alternativního prostředku (negociace, mediace). Přistoupení k tomuto závazku je zcela dobrovolné a výměnou získává korporace další „odznak do sbírky“, který může využít na vylepšení své image, např. vůči obchodním partnerům. Případnou sankcí za jeho nedodržení je „pouhá“ ztráta reputace. Jedná se tedy o formu politického závazku, za jehož hlavní účel považuji právě spíše propagaci mediace mezi jejími potenciálními spotřebiteli.

I přesto je z mého pohledu zavedení takové iniciativy v ČR zásadní a to zejména s ohledem na velmi omezené využití mediace v obchodních věcech. Do zveřejněné „Bílé listiny“ se seznamem jednotlivých společností nejspíše nahlédne málokdo, ovšem informace, které se při procesu podepisování dostanou až k nejvyššímu managementu společnosti, jsou k nezaplacení. Společenská odpovědnost firem (dále také

CSR z angl. *corporate social responsibility*) je zvláště u velkých korporací brána velmi vážně. Od roku 2017 se navíc v ČR výrazně rozšířila povinnost tzv. nefinančního reportingu, kdy jsou součástí výroční zprávy společnosti rovněž sekce zkoumající její dopady na společnost, životní prostředí apod.

Cílem pošťouchnutí právnických osob, do kterých mohou být časem zahrnuty také veřejné instituce, je tedy především zajistit, aby si management velkých společností uvědomil výhody, které mediace může přinést jejich businessu a v případě sporu její využití aktivně vyhledal. Konkrétně by byl společností rozeslán text závazku [\[14\]](#) k podpisu, alternativně by přistoupení k závazku mohlo proběhnout elektronicky (opět s možností ovlivnit uživatelské prostředí). Samotná „Bílá listina“, tedy seznam signatářů, by ideálně byla vystavena jak na stránkách Ministerstva spravedlnosti, tak na obecném jednotném informačním webu o mediaci (viz dále).

Pokud by se podařilo pro iniciativu hned od počátku získat velké a významné společnosti, znamenalo by to potenciální pozitivní dopad na společenský status mediace, či dokonce na její mediální obraz. Ten by měl způsobit, že se postupně do iniciativy zapojí i menší firmy, nevládní organizace a spolky. Ideální by samozřejmě bylo, pokud by se podařilo proniknout i do veřejné sféry, primárně nejspíše do sporů, v nichž veřejné instituce vystupují jako soukromoprávní subjekt. Do budoucna by však tato snaha mohla přispět k rozvoji mediace na poli práva správního.

Podpis závazku je opět zcela dobrovolný a v případě, že proces podepisování bude právnickým osobám maximálně usnadněn, je toto opatření zcela v souladu s filozofií pošťouchnutí. Jeho nadstavbou pak může být např. zviditelnění iniciativy pomocí médií či rozeslání seznamu signatářů na vědomí soudcům.

Informace při zahájení aneb když pošťuchuje soud

Do skupiny „čerstvých“ účastníků řízení vlastně spadají i právnické osoby, na něž míří předchozí opatření ve formě „Bílé listiny“, neboť se jedná o kohokoliv, kdo se stává účastníkem právě započatého soudního řízení, tj. o žalobce (navrhovatel) a protistranu. Zamyslíme-li se nad situací, v níž se tyto osoby nacházejí, je zjevné, že případů, kdy tyto strany bez dalšího

samy navrhnou pokus o mediaci, aniž by je k tomu kdokoliv nasměřoval, bude minimum. Většina z nich se na soud bude obracet, neboť už nevidí jinou možnost řešení konfliktu a soud je pro ně poslední možností. Mnoho z nich již jistě také vyhledalo právníka, který je v jejich představě o vhodnosti soudního sporu utvrdil. Ale možná mají také strach z nejistoty výsledku (málokterý advokát označuje spor u soudu za předem vyhraný), už teď se děsí, kolik peněz budou muset ještě investovat, anebo dokonce litují, že spor nechaly zajít tak daleko.

A právě těchto pocitů a hnutí mysli je v duchu behaviorálních poznatků možno využít. Nesplní-li roli poradce stran ohledně vhodného prostředku řešení sporu advokát, měl by se jí zhostit soud. Ten by měl (znovu) připomenout iniciátorovi řízení, že by před jeho zahájením měl skutečně vyčerpat veškeré prostředky včetně mediace, které by mohly pomoci spor vyřešit bez zapojení státní moci. Takové připomenutí (pošťouchnutí) může mít více forem, přičemž nejefektivnější z nich je třeba vybrat na základě testování. První variantou je pouhé stručné sdělení o možnostech či výhodách mediace (maximálně jeden odstavec), které bude začleněno do první korespondence ze strany soudu doručené účastníkům.[\[15\]](#)

Stranám musí být poskytnuta jednoduchá a srozumitelná informace o mediaci, která zdůrazňuje nejdůležitější a okamžité výhody, které jim alternativní řešení jejich konfliktu může poskytnout. Nevznikají navíc žádné náklady na implementaci takového opatření, neboť text je součástí dokumentu, který soud účastníkům tak jako tak zasílá. V případě právního zastoupení účastníků se pak přidává další efekt opatření, kterým je skutečnost, že advokáti mají podobnou připomínku na očích při každém zahájení soudního řízení, což opět přispívá k rozšíření povědomí o tomto institutu.

Druhou variantou je automatické zaslání, resp. předání v případě podání činěného přímo u soudu, samostatné informace o možnosti využití mediace, pracovní lze hovořit o informačním letáku. Tato forma umožňuje jednak poskytnutí podrobnějšího popisu mediace a jednak představuje další tlak na právní zástupce, aby tuto informaci předali svým klientům. Na rozdíl od varianty jedna, kdy advokát ve svém shrnutí dosavadního vývoje pro klienta může snadno odstavec doporučující mediaci přeskočit, by neinformování klienta v případě doručení samostatné informace

o mediaci bylo na pováženou.[16] Za esenciální považují rychlost, resp. okamžitost zaslání informace iniciátorovi řízení. V případě osobního podání u soudu je řešení snadné, po přijetí žaloby (návrhu) úřednice podatelny předá tištěnou podobu letáku. V případě doručení žaloby poštou či elektronicky by se o zaslání letáku obratem (nejpozději do dvou dnů) měl postarat vyšší soudní úředník. Variantně může být leták zaslán i ostatním účastníkům spolu s doručením žaloby, resp. návrhu na zahájení soudního řízení.

Právní zástupci

Tuto skupinu je z mého pohledu třeba spíše obejít než se jí snažit přímo donutit či pošťouchnout k využití mediace. Na jednu stranu je třeba podpořit ty z nich, kteří již mediaci využívají nebo se tomu nebrání, na druhou stranu je třeba všechny ostatní neustále konfrontovat s fenoménem mediace tak, aby si na ní navykli jako na pevnou součást mechanismu řešení sporů.

U první skupiny se nabízí využít již zmíněné „Bílé listiny“, na níž po zahraničním vzoru mohou být zapsány také advokátní kanceláře, které se hlásí k aktivnímu využití alternativních prostředků řešení sporu, jimž dobrovolně dávají přednost před soudním řízením. V dnešní době přehlcení trhu s právními službami se jistě najde mnoho zájemců o tuto možnost „vyčlenění se z davu“. Na skupinu druhou pak bude působit zejména změna praxe soudců, tedy jednak informace o mediaci doručovaná účastníkům, kterou bude advokát nucen předat a objasnit klientovi, a dále nařizování prvního setkání se zapsaným mediátorem na základě vyhodnocení případu pomocí dotazníku zkoumajícího jednotlivé mediační ukazatele. Je tedy zjevné, že k zajištění akceptace mediace advokáty jako prostředku řešení sporu rovnocenného s řízením soudním je bezpodmínečně nutné, aby tuto filozofii přijaly za svou nejprve soudy.

V jednotě je síla aneb základy PR pro mediátory

Zásadním problémem na straně českých mediátorů, který, nutno přiznat, způsobily spíše okolnosti, za nichž tento stav v ČR vznikal, než mediátoři sami, je jejich roztríštěnost. Mnohost spolků, sdružení a asociací mediátorů je známým faktem, přičemž jedinou relativně společnou platformou je seznam zapsaných mediátorů zveřejněný Ministerstvem

spravedlnosti na www.mediatori.justice.cz, který obsahuje některé podrobnější informace o jednotlivých zapsaných mediátorech včetně jejich kontaktních údajů. To je ovšem vše – žádné další informace o možnostech využití, průběhu či výhodách mediace na stránkách ministerstva ani českého soudnictví (www.justice.cz) prezentovány nejsou. Potenciální spotřebitel je tak odkázán na webové stránky jednotlivých poskytovatelů mediace a i poměrně odhodlaný zájemce se nevyhnutelně musí v nepřehledné a často zcela neprofesionálně působící změti informací ztratit. Libertariánští paternalisté tvrdí, že široký výběr sice znamená větší nabídku pro spotřebitele, ale zároveň s ní roste také možnost špatného rozhodnutí. Větší výběr se tedy nerovná vždy lepším podmínkám pro spotřebitele, pokud se jedinec zjevně není schopen ve velké nabídce zorientovat. To může mít, zejména v neznámé či nové oblasti jako je mediace, téměř paralyzující efekt, který způsobí, že spotřebitel upřednostní jednodušší, známou a zažitou variantu – v tomto případě soudní řízení.

O poslední pošťouchnutí veřejnosti vedoucí k rozšíření využití mediace by se tak měli postarat sami mediátoři, a to za pomoci jednotného přístupu k potenciální klientele. Můj návrh počítá s kompletní rekonstrukcí již existující webové platformy www.mediace.cz, jejíž vlastník od počátku nabízel její využití pro všeobecné propagační účely, ovšem v případě, že by z jakéhokoli důvodu nebylo její využití možné, nic nebrání zaregistrování jakékoliv jiné, dostatečně jednoduché a pro veřejnost zapamatovatelné domény. Ideální by bylo převedení domény na stát či její odkoupení Ministerstvem spravedlnosti tak, aby web působil maximálně nestranně a oficiálně. V opačném případě ale nic nebrání tomu, aby nová podoba webu byla vytvořena z iniciativy soukromých subjektů, ať už jednotlivých mediátorů, jejich sdružení či ostatních příznivců mediace.

Tento web by se měl stát prvotním, základním a hlavním zdrojem informací pro potenciální spotřebitele mediace a podle toho by měl být také koncipován. Měl by tedy obsahovat zejména definici mediace, stručný popis jejího průběhu, shrnutí jejích výhod, informace o mediátorech a možné způsoby zahájení mediace. Dále by měla stránka návštěvníkovi nabízet možnost vyhodnotit jeho případ podle mediačních ukazatelů a ověřit si tak jeho vhodnost k řešení v mediaci. Z doplňujících

a praktických informací by web mohl nabízet např. nahlédnutí do „Bílé listiny“ právnických osob či seznamu advokátů a advokátních kanceláří preferujících ADR, odkazy na právní předpisy (zákon o mediaci) a *soft law* dokumenty (Etický kodex) nebo sekci odpovědí na nejčastější dotazy spojené s procesem mediace. Zcela zásadní je přitom jednoduchost a uživatelská příjemnost celého webu. Informace musí být podána jasně a srozumitelně a pouze v nejnutnějším rozsahu, aby se předešlo zahlcení návštěvníků.

Cílem je, aby mediátorská profese vysílala vůči veřejnosti a potenciálním spotřebitelům jejich služeb jednotnou a jednoznačnou zprávu. Je třeba poskytnout jasné a stručné odpovědi na otázky co, jak a proč. Starost stran by se tím měla omezit pouze na výběr vhodného mediátora, ovšem i ten by mu měl být usnadněn roztríděním mediátorů podle kraje, v němž působí, a oblasti, na níž se specializují.

Závěr

Věřím, že mediační boom Českou republiku ještě čeká. Po téměř více než ročním bádání věnovaném implementaci mediační směrnice ve vybraných členských státech EU již nevěřím, že zákonná mediace (resp. jakýkoliv jiný druh povinné mediace) je jediným prostředkem, jak efektivně prosadit její využití mezi veřejností. Využití prostředků donucení jako takových nezavrhují, ovšem jsem toho názoru, že by měly být nasazeny jako *ultima ratio* pouze v případě, že se nastavení veřejnosti vůči mediaci nepodaří ve vytyčeném horizontu změnit mírnějšími prostředky. Některé z nich uvádím v tomto příspěvku a konkrétně je rozvádím ve své disertační práci. Jejich efektivitu však z průběhu cíleného testování může prokázat jen čas.

Použitá literatura

1. DE PALO, G. – D'URSO, L.: *Achieving a Balanced Relationship Between Mediation and Judicial Proceedings* in DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES: The Implementation of the Mediation Directive, www.europarl.europa.eu [online], navštíveno: duben 2017. Dostupné z WWW: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA%282016%29571395_EN.pdf.
2. POTOČKOVÁ, D.: *Nejlepší je domluvit se aneb průvodce mediačním procesem*, 1. vydání. ALFOM s.r.o.: Praha 2013.

3. THALER, R. H. – SUNSTEIN, C.: *Nudge (Šťouch): jak postrčit lidi k lepšímu rozhodování o zdraví, majetku a štěstí*, 1. vydání, Kniha Zlín: Zlín 2010.

Kontakt

Mgr. Ráchel Tošnerová

rtošnerova@msoud.pha.justice.cz

- [1] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech.
- [2] Přičemž marketing chápeme ve smyslu procesu, jehož výsledkem je předvídání, poznání, ovlivňování a v konečné fázi uspokojení potřeb a přání spotřebitelů efektivním a výhodným způsobem.
- [3] Autorka pro účely tohoto textu soudní mediací rozumí mediaci při soudu ve všech jejích podobách a rovněž mediaci soudcovskou.
- [4] Mediací zákonnou pro účely tohoto textu autorka rozumí model implementace, při němž jsou některé oblasti sporů ještě před zahájením soudního řízení zákonodárcem určeny k řešení nejprve v mediaci
- [5] Více na WWW: <http://ec.europa.eu/justice/grants1/programmes-2014-2020/justice/index_en.htm>.
- [6] V tomto příspěvku bude slovo spotřebitel využíváno pro účastníky mediace ve smyslu uživatelů (či využivatelů) mediace jako služby řešení sporů.
- [7] DE PALO, G. – D'URSO, L.: Achieving a Balanced Relationship Between Mediation and Judicial Proceedings in DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES: The Implementation of the Mediation Directive, www.europarl.europa.eu [online], navštíveno: duben 2017. Dostupné z WWW: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA%282016%29571395_EN.pdf>.
- [8] V Itálii bylo např. v roce 2015 zahájeno cca 1 750 000 řízení v občanských a obchodních věcech, to znamená, že do mediace se jich dostalo asi 11 %. Viz DE PALO, G. – D'URSO, L., op. cit., s. 20.
- [9] POTOČKOVÁ, D.: Nejlepší je domluvit se aneb průvodce mediačním procesem, 1. vydání. ALFOM s.r.o.: Praha 2013, s. 56.
- [10] Ve shora uvedeném příkladu je rovněž velmi pravděpodobné, že se budou řídit, resp. budou významně ovlivněni doporučeními právníka.
- [11] THALER, R. H. – SUNSTEIN, C.: *Nudge (Šťouch): jak postrčit lidi k lepšímu rozhodování o zdraví, majetku a štěstí*, 1. vydání, Kniha Zlín: Zlín 2010.
- [12] THALER, R. H. – SUNSTEIN, C., op. cit., s. 15-16.
- [13] Pro konkrétní podobu dotazníku autorka odkazuje na svou disertační práci, která bude dokončena do konce roku 2017 a následně publikována..

- [14] Pro konkrétní text závazku autorka odkazuje na svou disertační práci, která bude dokončena do konce roku 2017 a následně publikována.
- [15] Pro konkrétní podobu informace doručované soudem autorka odkazuje na svou disertační práci, která bude dokončena do konce roku 2017 a následně publikována.
- [16] Návrh konkrétní podoby informačního letáku opět viz disertační práce autorky, která bude dokončena do konce roku 2017 a následně publikována.

Obchodní mediace a její specifika v mezinárodním prostředí

Business mediation and its international specific aspects

Michal Malacka

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, Tř. 17. listopadu 8, Olomouc

Abstrakt: Tato studie se zabývá obchodní mediací jako soukromým a důvěrným procesem řešení sporů, ve kterém se nezávislá a neutrální třetí strana, mediátor, snaží pomoci stranám dosáhnout vzájemně přijatelné a vyjednané dohody. Proces obvykle zahrnuje určitou úroveň informování mediátora před samotnou mediací. Mediace se účastní „statutární orgán“ pro každou stranu, jakož i její právní poradce, příslušní odborníci a případně pojistitelé. Proces je dobrovolný a každá strana může kdykoli od tohoto procesu odstoupit. Je-li dosaženo dohody, je však tato právně závazná. Tato studie se také zabývá úlohou advokátů a právníků při obchodní mediaci, slepými uličkami v rámci obchodní mediace a jednotlivými kroky při realizaci obchodní mediace.

Klíčová slova: obchodní mediace, mediátor, slepá ulička, advokát, mediační dohoda.

Abstract: This Study deals with Commercial Mediation as a private and confidential dispute resolution process in which an independent and neutral third party, the Mediator, seeks to help the parties to reach a mutually acceptable negotiated agreement. The process usually involves some level of briefing of the Mediator before the Mediation itself, which typically lasts a day. The Mediation is attended by a ‘decision maker’ for each party as well as their legal advisors, relevant experts and insurers. The process is voluntary and either party can withdraw at any time. However, if a settlement is reached it is legally binding. This study also deals with the role of a lawyers and attorneys in business mediation, impasses as part of business mediation and the individual steps in the realization of business mediation itself.

Keywords: Commercial Mediation, Mediator, Impass, Attorney, Mediation Agreement.

Úvod

Co je a co znamenala obchodní mediace? Jistě se jedná o určitý proces či projednání, které má vést k řešení existujícího konfliktu v obchodních věcech. Měl by se jej účastnit nezávislý třetí subjekt, resp. osoba

důvěryhodná, a všechny zúčastněné strany, jejichž účast bude dobrovolná. Jednání bude touto třetí osobou vedeno s otevřeností vůči jeho výsledku, za aktivní účasti stran. Strany samy rozhodnou o možném vyřešení konfliktu, ovšem na základě dostatečného množství fundovaných informací. Jedná se zde o popis mediačního procesu, který se neodlišuje od obvyklých definicí.[1]

Obchodní mediace je tedy dobrovolné a důvěrné řešení konfliktu, které je řízeno odborně vzdělaným a nezávislým subjektem, je jím nejen řízeno, ale také podporováno, tento třetí subjekt nedisponuje žádnou rozhodovací ani sankčních pravomocí, přičemž na rozdíl od rodinné mediace, politické nebo školské mediace vykazuje jistá specifika. Obchodní mediace, „business mediation“ či „Mediation im Unternehmen“[2] slouží především národnímu či mezinárodnímu podnikatelskému prostředí.

Od alternativního způsobu vyřešení sporu[3], jako je rozhodčí řízení, se odlišovala a odlišuje v mnoha aspektech.[4] Mediace se za použití nových metod pokouší nalézt řešení konfliktu při současném omezení – nejlépe zamezení – konfrontace.

V evropském prostředí je v současnosti nejrozšířenější aplikační rámec mediace v oblasti rodinného práva. Na intenzitě nabírá řešení konfliktů v podnikatelském sektoru. Dále mediace řeší konflikty pracovněprávní v různých fázích pracovněprávního vztahu. Mediace je svébytnou složkou v trestním právu. Mediace se využívá zejména pro otázky ve vztahu pachatele a oběti. I přes širokou škálu využití mediace je nutno konstatovat, že je mediace v evropském měřítku zatím na počátcích možností jejího využití.

Název tohoto dříve alternativního způsobu – dnes spíše *appropriate* – přiměřeného způsobu nalézání řešení konfliktů je nám znám již po dvě tisíciletí a pochází z latinského jazyka. Nejedná se o jev převratně nový, stopy mediace skutečně nalezneme v rozličných kulturách již po tisíciletí, a to nejen z dob římských.[5]

1 Obchodní mediace ve 20. století

V Německu je v roce 1915 za účelem odlehčení soudů zaváděna mediace jako obligatorní prvek řízení. Začínají se objevovat soukromé aktivity či

aktivity zainteresovaných iniciativ. Ve Spojených státech roce 1920 zakládá židovská obec v New Yorku vlastní fórum pro konciliaci a mediaci a tzv. *Jewish Conciliation Board*. [6]

V roce 1922 je v Japonsku vydán smírčí zákon pro nájemní byty a otázky pozemkové. Tento zákon, označený jako *Tschotei*, následují další významné zákony, které mají za účel zrychlení řešení sporu, jež doprovází rychlý hospodářský vzestup po první světové válce a po celosvětové hospodářské krizi. Legislativní proces se koncentruje na obchodní a pracovněprávní vztahy, závazkové právní vztahy. [7]

1.1 Mediace ve druhé polovině 20. století

V roce 1947 je ve Spojených státech amerických založen Federální mediační a konciliační servis. Jeho významnou rolí je i prostřednictvím mediací, konciliací či rozhodčí aktivity zamezit negativním vlivům na svobodný obchod, případně tyto vlivy výrazně omezit. [8] V Evropě oproti tomu je role mediací prohlubována v roce 1957, Německo etabluje zákon o obnově jednotnosti práva, kdy se smírčí soudnictví opět výrazně zakotvuje do civilního procesu. [9] V roce 1951 Japonsko zavede zákon o smírčím řízení v civilních věcech a navazuje na předchozí právní úpravu, na základě čehož může každá soukromoprávní sporná otázka být vyřešena prostřednictvím smírčího soudce a na základě jeho činnosti také prostřednictvím smíru. [10]

V roce 1957 Německo v rámci legislativy přijímá zákon regulující nekalé soutěžní jednání, který nahrazuje vyhlášku k ochraně hospodářství, jež pozbyla platnosti v důsledku druhé světové války. Již tato vyhláška ovšem obsahovala právní úpravou zavádějící úřady se smírčí pravomocí. Inspirace touto legislativou je zachována do dnešní doby. Smírčí úřady jsou zachovány, ovšem řeší jen rozpory, které vyplývají ze zákona na ochranu hospodářské soutěže. Těmito úřady či místy jsou v současné době hospodářské a obchodní komory jednotlivých spolkových zemí. [11]

Spojené státy v roce 1964 prostřednictvím kongresu vydávají *Civil Rights Act*, na jehož základě je při Ministerstvu spravedlnosti zavedena *Community Relations Service*, úlohou této instituce je pomáhat podporovat řešení sporu prostřednictvím jednání a mediací na federální úrovni. [12]

Tento proud odpovídá mimořádnému rozvoji alternativních způsobů řešení sporů ve Spojených státech amerických, které považujeme za průkopníky těchto způsobů řešení sporu. Mediace v dnešní podobě se vyvinula a byla také vědecky zakotvena v USA.[\[13\]](#)

Ze Spojených států se pomalu ale neúnavně tento způsob řešení konfliktů v moderní podobě přesunul do Evropy. Ve Velké Británii je v roce 1975 založen ACAS, poradní, konciliační a arbitrážní servis. Za oficiální prohlášení potřebnosti a podpory alternativních způsobů řešení sporů v rámci globální justice je považována konference v St. Paulu v Minnesotě ze 7. až 9. dubna 1976.

1.2 Moderní trendy v obchodní mediaci

Výše bylo zmíněno, že velkou roli sehrál v moderním pojetí mediace model rozvíjený v Harvardu – založen a dále podporován *Harvard Negotiation Project* jako multidisciplinární institut pro vědu a nauku v oblasti vyjednávací technik a konfliktního managementu. Postup při mediaci, tedy samotný proces jednotlivých kroků vedoucích k vyřešení konfliktu, zakotvil tedy tzv. „harvardský model“,[\[14\]](#) který spočívá v separaci osob od samotného problému, v koncentraci na zájmy, ne na pozice, ve vytvoření co možná nejvíce možných řešení a v rozhodování na základě objektivně ověřitelných kritérií.

Na počátku osmdesátých let byl tedy v Harvardu formulován princip modelu řešení konfliktu, který souvisel s odchylkou od jednostranného a autoritativního řešení sporu s ohledem na opuštění nezbytnosti přítomnosti rozhodovací pravomoci mocensky formulovaného subjektu, využívajícího systému norem zakotvených v zákonech, pravidel stanovených ve smlouvách apod.[\[15\]](#)

Novodobý návrat mediace do systémů nalézání řešení sporů není nic nelogického. Zavádění moderních trendů mediace v angloamerickém prostředí není náhodným procesem, ale vyústěním historického vývoje. Možnost právního zakotvení nedotknutelnosti majetku a vlastnictví spolu se s novodobě formulovanými lidskými a osobnostními právy přineslo objevení konkrétního *Já* a společnost nasměřovalo k rozvoji soukromého sektoru a soukromého práva. Spolu s tímto procesem byly započaty také

liberální procesy v rodinném právu, například z hlediska konzervativních pohledů na institut manželství a jeho trvání na věky. Značný vliv má také zdůrazňování genderové problematiky ve společenském rozvoji.

Mediace prošla v angloamerickém právním prostředí velmi pružným a intenzivním rozvojem, evropské prostředí reagovalo poněkud roztržštěněji. V evropském právu mediace v moderním pojetí získala oporu prostřednictvím Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008, která se zabývala některými aspekty mediace v občanských a obchodních věcech. Velmi pozitivním přínosem této směrnice byl požadavek na členské státy, který směřoval k zavedení právních a dalších předpisů nezbytných pro dosažení souladu se směrnicí do poloviny roku 2011. Velmi intenzivně byl tento problém diskutován například v Německu. Tento trend, a s ním spojený historický vývoj, nebyl ovšem tak jednoduchý, jak by se mohlo zdát na první pohled. Problematiku řešení sporu alternativním způsobem a také zdůraznění vlivů a významu mediace provázely aktivity již od roku 1998 a jednání ve Vídni či Tampere.[\[16\]](#)

Zelená kniha alternativního řešení sporů v občanských a obchodních věcech[\[17\]](#) označila názor, že mediace a další hardware mají sloužit k odstraňování nedostatků jednotlivých soudních řízení a k dalšímu ulehčení justičních soustav, jako mylný. Největším problémem v systému nalézání pozice a prosazování metody mediace bylo sladění její povahy a metodického rámce s ostatními nealternativními způsoby řešení sporu. Celý proces byl završen přijetím výše zmíněné směrnice Evropského parlamentu a Rady.[\[18\]](#)

Směrnice s sebou přináší možnost dohody vykonatelnosti mediačního výsledku, povinnost členských států vázanou na zabezpečení adekvátní právní úpravy promlčení a prekluze souvislosti vztahu mediace vůči řízení soudnímu. Významným prvkem je zakotvení předstupně k justici a možnosti využití rozhodčího řízení po provedené mediaci. Jednotlivé členské státy samozřejmě nepřevzaly veškerá ustanovení výše zmíněných norem, stejně tak jako v ČR, také jiné členské státy se v mnoha aspektech od těchto norem odchýlily. I přes odchylky v jednotlivých národních právních úpravách lze konstatovat výraznou míru sjednocení

a harmonizace problematiky mediace a významný posunu z hlediska situace v EU.[\[19\]](#)

2 Specifika obchodní mediace

2.1 Mezinárodní obchodní mediace

V jakých případech se bude jednat o mezinárodní mediaci či v případě poměrů vázaných na EU přeshraniční mediaci?[\[20\]](#) Z hlediska evropské směrnice se o mezinárodní mediaci bude jednat za předpokladu, že alespoň jedna ze stran má domicil či obvyklý pobyt v členském státě odlišném od strany druhé, za předpokladu, že si strany ujednaly řešení sporů prostřednictvím mediace a souhlasí s tímto způsobem řešení sporů, přičemž spor již vznikl. Může nastat také situace, kdy soud nařídí mediaci jako způsob řešení sporu anebo jsou strany povinny projít mediací na základě dotčeného národního práva. Z hlediska mezinárodní mediace můžeme obecně říci, že se bude jednat o řešení konfliktní situace, která je pozitivně zatížena cizím či mezinárodním prvkem.[\[21\]](#) Mediace v obchodních věcech se liší od mezinárodní obchodní arbitráže nejen tím, že je méně formální, a to samozřejmě nejen méně formální než mezinárodní rozhodčí řízení, ale také než soudní řešení sporu. Navíc je možno při aplikaci mediačních metod pro řešení konfliktu zajistit snížení nepřátelských či negativních vztahů a emocí mezi stranami, zahájit mezi nimi dialog a komunikovat vzájemné pozice a návrhy v daleko klidnější a srozumitelnější rovině.[\[22\]](#) Mediace pomáhá znepřáteleným či znesvářeným podnikatelům pochopit druhou stranu a základy sporné situace, aniž by došlo k narušení utajených či neveřejných informací. Mediace narovnává extrémní návrhy a umožňuje prověření v úvahu připadajících alternativ řešení samotné sporné situace. Pro usnadnění řešení sporu selektuje obchodní mediace aspekty mimořádně důležité a aspekty postradatelné, zároveň také eliminuje překvapivá a nevíтанá řešení sporné situace.[\[23\]](#) Cílem obchodní mediace mezinárodního či národního charakteru by mělo být vytvoření řešení vyhovující obchodní praxi obou stran do budoucna.[\[24\]](#)

Přátelské způsoby řešení sporů, stejně jako alternativní způsoby řešení sporů ve věci s mezinárodním prvkem, jsou soustředěny co do problémů souvisejících s mezinárodním obchodem nejčastěji stálými rozhodčími institucemi. Mezi nejznámější stálé rozhodčí soudy náleží Rozhodčí soud mezinárodní obchodní komory v Paříži, známý pod zkratkou ICC.[25] Tato instituce byla založena v roce 1923 jako samostatná část Mezinárodní obchodní komory v Paříži a i když bývá označována jako Rozhodčí soud, je možné vést i polemiku nad povahou rozhodčí instituce z hlediska její sounáležitosti s justiční soustavou daného dotčeného státu.[26] Na základě povahy institucionalizovaného rozhodčího soudu a jeho kompetence realizovat vnitřní předpisy má také ICC vlastní pravidla pro realizaci mezinárodní mediace a mezinárodního rozhodčího řízení. Pravidla týkající se mediace umožňují řešení sporných otázek mezi podnikateli také v čistě tuzemských otázkách. Samotná mediační jednání probíhají v angličtině, němčině, francouzštině a španělštině.

Další světoznámou institucí zabývající se řešením mezinárodních sporů je Londýnský soud pro mezinárodní arbitráž pod zkratkou LCIA, který je zároveň nejstarší alternativou a také institucí zabezpečující přátelský způsob rozhodování sporů mezi ostatními stálými rozhodčími institucemi.[27] Londýnský arbitrážní dvůr byl založen v roce 1892 při Londýnské arbitrážní komoře a původně se jmenoval Arbitrážní komora města Londýna. V roce 1981 byl poté přejmenován na Londýnský soud pro mezinárodní arbitráž. Podle mediačních pravidel, která je londýnský arbitrážní dvůr oprávněn vydávat, nemají mediátoři pravomoc spor rozhodovat, ale tak jak bylo již výše konstatováno, pomáhají stranám sporu vzájemně komunikovat a vyřešit spor mimo či před samotným rozhodčím řízením, které je dalším, ale již závazným stupněm při řešení mezinárodního obchodního sporu.[28]

Začlenění mediačních metod do napomáhání řešení sporných situací je u stálých rozhodčích institucí poměrně novou záležitostí, jak tomu nasvědčuje zavedení mediačních pravidel pro mezinárodní a vnitrostátní mediaci u londýnské arbitrážní instituce v roce 2012 a následně také etablování mediačních pravidel u vídeňské arbitrážní instituce.

Vídeňská mezinárodní arbitrážní komora, existující pod zkratkou VIAC[29], zavedla mediační pravidla také nedávno – 1. ledna 2016, a to

zejména v důsledku narůstajícího významu mediace v obchodněprávních sporech a jejího etablování jako předstupně k rozhodčímu řízení, které stejně jako londýnský arbitrážní institut nabízí. Nejvýznamnější český institucionalizovaný rozhodčí soud, zřízený při Hospodářské komoře a Agrární komoře ČR, s mediací a realizací pravidel pro vnitrostátní a mezinárodní mediaci doposud nepočítá, nicméně rozvoj v oblasti alternativních a přátelských způsobů řešení sporů jistě přinese i u této instituce odpovídající změny v přístupu k mezinárodní či vnitrostátní obchodní mediaci.

2.2 Specifika obchodní mediace a mediačních postupů

Přátelské či přiměřené způsoby řešení sporů jsou z hlediska převládající a rozhodující mediační mezinárodní terminologie vázány na anglickou jazykovou platformu. V této souvislosti je možné o přátelských či vhodných způsobech řešení sporu hovořit nejen jako o mediaci, ale také jako o *facilitaci*, *fact finding*, *early neutral evaluation*, *settlement conferences*, *mini trials*, *peer review*, *combination of techniques* a dalších. Mezi smíšené typy přiměřených či přátelských způsobů řešení sporu náleží také *med-arb*.[\[30\]](#)

Mezinárodní obchodní konciliace spočívá ve vytváření pozitivního vztahu mezi znesvářenými stranami, nemůžeme ji ovšem s mezinárodní obchodní mediací směšovat, jelikož se odlišuje v mnoha důležitých aspektech. Konciliace je vedena nestrannou osobou, která pomáhá stranám při vedení jejich negociačních rozhovorů a směřuje k přijatelné či akceptovatelné dohodě a na rozdíl od mediace se spokojuje s identifikací práva, které bylo porušeno a s vedením stran k nalezení optimálního řešení.[\[31\]](#) Nejdůležitějším rozdílem mezi mezinárodní obchodní mediací a konciliací je to, že konciliátor vede strany prostřednictvím rozličných návrhů řešení, předkládáním návrhů řešení a jejich vlastní iniciací k vyřešení sporné situace, chová se tak daleko intenzivněji z hlediska vlastní invence než mediátor.

Na rozdíl od mediátora je mezinárodní konciliátor pojímán jako autoritativní osoba, která je zodpovědná za vytvoření a předložení nejlepšího řešení sporu zúčastněných stran.[\[32\]](#) Konciliátor dále

nezachovává neutralitu a nestrannost a sám realizuje návrhy a podmínky dohody, která má být výstupem konciliace. Mediátor zůstává také v obchodní mediaci za každých podmínek nestranný a neutrální, i když se z hlediska povahy mezinárodní a národní obchodní mediace dá říci, že se jeho pozice na rozdíl od mediace v rodinných aspektech přibližuje v některých situacích pozici konciliátora.[\[33\]](#)

Jaká je role advokátů v mezinárodní obchodní mediaci? Na rozdíl od pochybností a diskursu v rámci rodinné mediace a v případě některých specifických aspektů souvislosti s politickou mediací je role advokátů v rámci mediace obchodní daleko výraznější. Advokáti a právní zástupci jsou více aktivní v souvislosti s generováním a vytvářením možných návrhů řešení sporné situace a při samotné koncepci dohody, která má z mediace vzejít. V mezinárodní obchodní konciliaci advokáti pouze nabízí poradenství a reagují na návrhy vznesené konciliátorem. Oba dva způsoby řešení sporných situací ovšem staví na zachování existujícího obchodního vztahu či poměru a jsou vhodné jako způsoby řešení sporů realizované v rámci dlouhodobé obchodní spolupráce. Jako přátelské způsoby řešení sporu jsou aktivovány v situacích, kdy došlo k narušení rovnováhy v mezinárodním či národním obchodním poměru.

Pokud se zabýváme rozdíly mezi konciliací a mediací v obchodním styku a při sporech, které v rámci něho vznikají, je potřeba zmínit také med-arab.[\[34\]](#) Jedná se o hybridní proces mezi mediací a arbitráží, který je založený zejména na dvojedinosti role mediátora-arbitra. Někdy bývá tento specifický postup či procedura, do které jsou mediátoři a pozdější arbitři zapojení, v anglické terminologii nazýván *switching hats*.[\[35\]](#) Tento specifický postup bývá realizován v situacích, kdy strany před rozhodčím řízením souhlasily a jsou ochotny projít řízením mediačním. V rámci tohoto specifického procesu mohou nastat rozličné situace a jejich iniciace. Jednou z možností je dohoda stran, na základě níž bude mediátor v případě, že v některém z aspektů či otázce daného sporu či ve všech otázkách nového sporu nebude moci býti nalezeno řešení prostřednictvím mediace, po ukončení mediace pokračovat jako rozhodce. Druhá situace může nastat v okamžiku, kdy strany v průběhu mediace budou od mediátora požadovat, aby dále pokračoval v rámci nerozhodnutých či sporných otázek jako rozhodce, tedy v průběhu samotného mediačního

procesu. Třetí situace je vázána na rozhodnutí mediátora, který působí již v roli arbitra, a to před nebo v průběhu arbitráže, kdy prvotně či v průběhu samotného rozhodčího řízení se souhlasem stran iniciuje pro určitou část či celý spor mediační proces.[\[36\]](#)

S tímto smíšeným hybridem jsou svázány nevýhody i výhody. K výhodám náleží efektivní využití prostředků investovaných do přátelských a alternativních způsobů řešení sporů a zjednodušený proces při výběru neutrální třetí osoby. Při přechodu z rozhodčího řízení k mediaci strany často ve specifických případech dosáhly lépe shody, při přechodu z mediaci do arbitráže je stranám známo, že se pokusily o smírné řešení sporných aspektů a získaly důvěru nezúčastněného třetího, ale v dané věci je nezbytné závazné rozhodnutí.[\[37\]](#)

Rizika spojená s hybridním způsobem řešení sporu se váží na možnost ztráty neutrality. Za předpokladu, že zklame způsob řešení sporů prostřednictvím mediaci, rozhodce získá i přes tento fakt v rámci mediaci přístup k mnoha informacím, z nichž některé mohou být pro běžné rozhodčí řízení zatajeny či utajovány a mohou tím pádem ovlivnit nezávislé rozhodování rozhodce samotného. Tato skutečnost může zásadním způsobem ovlivnit integritu rozhodčího nálezu a způsobit jeho snadnější napadnutelnost. I přes některé výhody tohoto hybridního postupu americká arbitrážní asociace tradičně odrazuje mediátory, aby zároveň působili jako rozhodci a mediátoři.[\[38\]](#) Nevýhoda spočívá také v rozličných požadavcích kladených na mediátora a rozhodce s ohledem na skutečnost, že rozhodce musí být mimořádným odborníkem s ohledem na intelektuální a právně analytický přístup a evaluaci skutkového stavu, zatímco mediátor by měl být spíše osobou nadanou kreativní prací se stranami a schopností dovést je k řešení, které nepodkope jejich společný byznys a nezatíží je emocionálním balastem. Samozřejmou nevýhodou pro tento hybridní způsob je také zdržení, které s sebou přináší neúspěch mediaci a pokračování či zahájení rozhodčího řízení i za předpokladu, že v některých případech se strany mohou shodnout, že nedůvěřují nezávislému třetímu subjektu na základě jeho působení jako mediátora a nesouhlasí s jeho dalším působením v roli arbitra.[\[39\]](#)

2.3 Fáze obchodní mediaci

Obchodní mediace je rozdělena do jednotlivých fází, možno říci také stupňů, kdy obvykle rozlišujeme první fázi, která bývá označována za předmediační postup a zahájení mediačního procesu. Ve druhém stupni se mediace realizuje za účelem identifikace podstatných náležitostí obsahu samotného sporu. Ve třetím stupni či fázi dochází k vygenerování možností a způsobu řešení problému a ve čtvrté fázi probíhá realizace a příprava mediační dohody a u obchodní mediace většinou tzv. postmediace.

První fáze je spojena s anglickým termínem *Setting Tone*.^[40] Z hlediska přátelského způsobu řešení sporu se jedná o nejdůležitější fázi mediace. Představuje pro mediátora takřka jedinou a nesmírně důležitou možnost zanechat dobrý první dojem. To, jakým způsobem mediátor zvládne tuto fázi, ovlivní pozitivně nebo negativně celý proces mediace.

Ve druhém stupni je za asistence mediátora realizována identifikace podstatného obsahu předmětu sporu. Strany identifikují podstatné náležitosti jejich sporných otázek, vyjadřují své pohledy na daný spor a na možné perspektivy. Zároveň ovšem musí být schopny vytyčit oblasti možné shody jako protipóly výrazných neshod v celé kauze. Nesmírně důležitý je fakt, že tato fáze v žádném případě nemá obsahovat snahu o dosažení dohody, mediátor by se neměl snažit, byť ve vybraných oblastech možné shody, iniciovat vznik dohody v této fázi mediace.^[41]

Jde o jednání za účasti obou stran, kdy je nesmírně důležité, aby mediátor vysvětlil průběh celého tohoto stupně či této fáze. Nejen v obchodní mediaci, ale mediaci obecně, by měl připomenout stranám, že v tomto stupni mají možnost prezentovat své vlastní názory a pohledy na danou kauzu. Mediátor by měl kromě prezentace a provádění procesu mediace zároveň vytvářet základní pravidla průběhu tohoto společného jednání a mediace v této fázi. V obchodní mediaci je z hlediska jejích specifik většina pravidel stanovena mediátorem. Následující demonstrativní výčet obsahuje pravidla obchodní mediace v národním či mezinárodním obchodu. Kdokoliv si přeje mluvit, dostane příležitost, strany se navzájem nebudou přerušovat a nebudou ani přerušovány mediátorem. Postup je realizován prostřednictvím poznámek a komentářů v rámci následných výstupů řeči protistrany. Každá ze stran může kdykoliv požádat o přestávku a případně iniciovat separátní schůzku. Vyjednávání bude

vedeno v dobré víře, jelikož celkovým cílem je dosažení řešení sporných otázek. Dalším důležitým pravidlem je možnost a schopnost stran naslouchat za každých okolností, přičemž strany by veškerá pravidla, stanovená mediátorem, měly následovat a nenásilně se nechat směřovat k vyřešení jejich sporných otázek. Poté co si strany obchodní mediace vyslechnou pravidla stanovená mediátorem, mohou si stanovit také svá vlastní pravidla. Mediátor se má zeptat na komentář k jednotlivým pravidlům stanoveným jednak z jeho strany a jednak ze strany jednotlivých znesvářených účastníků, poté by měl mediátor požádat strany o schválení veškerých stanovených pravidel obchodní mediace.[\[42\]](#)

V rámci tohoto stupně dále obě strany prezentují svůj pohled a sporné otázky. V souvislosti s požadavky na mediátora v obchodní mediaci je nutné zdůraznit fázi parafrázování, kdy mediátor pravidelně parafrázuje veškeré informace a veškerá sdělení stranou prezentovaná. Protistrana poté prezentuje svůj pohled na danou situaci a mediátor opět parafrázuje skutečnosti a informace sdělené touto stranou. Následně mediátor žádá strany o vyjasnění či doplnění jeho parafrázovaného výkladu. Tímto postupem se mediátor spolu se stranami ubírají do té doby, dokud nezískají strany pocit, že naprosto pregnantně vyjádřily své pozice a názory. Poté mediátor sumarizuje podstatu sporných otázek a podstatu celé věci.

Součástí stupně dva jsou také individuální jednání, v angličtině nazvané *caucuses*, která probíhají s každou ze stran separátně. Pro tato individuální jednání je v rámci obchodní mediace nutné stanovit obsah s ohledem na rozsah informací, které mohou být sdíleny s druhou stranou v rámci jí věnovaného individuálního jednání, stejně tak je potřeba specifikovat utajená sdělení či informace, které mediátor není oprávněn sdělit protistraně po individuálním jednání s druhou stranou. Po těchto individuálních setkáních následuje návrat do společného režimu a v případě potřeby mediátor individuální jednání opakuje tak, aby těchto nástrojů v rámci mediačního postupu bylo použito k dosažení cíle mediačního procesu. Tato individuální jednání jsou využívána k lepší kontrole mediačního řízení, k selektivnímu identifikování jednotlivých druhů a typů informací a ověření pochopení sdělení jednotlivých stran

mediátorem. Zároveň se mediátor může vyhnout zaslepení mediačního procesu někdy také označovanému jako slepá ulička.[\[43\]](#)

Individuální jednání umožňují uchopit silné a slabé stránky obou stran a porozumět jim. V rámci obchodní mediace slouží k tzv. propouštění kvalifikovaných informací, kdy mediátor vhodným způsobem vede jednu ze stran k řešení, které by odpovídalo zájmům strany druhé a naopak, což nepřímo informuje obě strany o zájmech protistrany. Z hlediska svého provedení musí tato individuální jednání posilovat důvěru mediace a umožnit sdílení vybraných informací, umožnit přípravu a sumarizaci agendy pro nové společné jednání a umožnit identifikaci informací, které mohou být v rámci společného jednání sdíleny všemi účastníky.[\[44\]](#)

Co si představíme pod pojmem slepá ulička v rámci obchodní mediace? Zejména se jedná o situace, kdy účastníci mediace dojdou k závěru, že nejsou schopni navrhnout či uvažovat o efektivních způsobech řešení jejich sporné situace. Tento stav mohou prezentovat verbálně či nonverbálně a na mediátorovi je, aby ve druhém případě rozpoznal slepou uličku, v anglické terminologii označovanou jako *impasse*. I přes označení slepá ulička se totiž jedná u obchodní mediace a také v mnoha dalších druzích mediace o normální fázi řešení konfliktu. Mediátor musí v této situaci zabezpečit obrat v rámci mediačního procesu takovým způsobem, aby slepá ulička byla příležitostí pro iniciaci nového pohledu na daný spor a další ochotu spolupráce při hledání řešení ze strany obou zúčastněných subjektů.

V takovýchto situacích tedy mediátor stranám pomáhá akceptovat tuto fázi jako normální situaci v rámci přátelských či přiměřených způsobů řešení sporu, v těchto situacích nachází výjimečně uplatnění také emocionální podpora a dále motivace k pokračování řešení sporu v rámci mediace. Mediátor by měl v těchto fázích rozpoznat aspekty, za nichž jsou strany ochotny pokračovat v mediaci, a to zejména na základě osobní reflexe subjektů v mediaci zapojených. Za tímto účelem by dobrý mediátor měl umět slepou uličku pojmenovat a označit i za příležitost. O slepé uličce se hovoří otevřeně a označuje se jako formální nepříjemnost, nicméně je považována za důležitou součást mediačního procesu. Slepá ulička slouží také k oproštění a upuštění od individualizovaných pozic jednotlivých stran účastnících se či zastoupených v mediaci. Kromě respektování

BATNA, *WATNA*, *MLATNA* [45] je také nutno zejména v rámci obchodní mediaci respektovat fenomén mlčení a ticha, kdy ne každá slepá ulička je skutečnou konečnou fází mediaci, zvláště proto, že se dá transformovat do strukturální přestávky a může skutečně představovat výchozí bod pro nový pohled na hledání řešení sporné otázky.

U mezinárodní a národní obchodní mediaci je kritickým aspektem již výše zmíněné parafrázování. Mediátor musí být takovým odborníkem, který je schopen nejen parafrázovat samotné sdělení, ale také při parafrázování skloubit veškerou sumu v mediaci sdělených, utajovaných či předestřených informací. Nejedná se tedy o doslovné opisování či případný přepis do mediátorova záznamu, ale spíše o výstižnou a konstruktivně přínosnou sumarizaci, která obsahuje všechny nejdůležitější informace a bude diskutována v rámci mediaci. Mediátor musí vhodně připustit opravu parafrázování sdělení. Parafrázování slouží zároveň jako efekt spojený s odpočinkem stran a s možností realizace přestávky v kritických fázích a navázání v případě již zmíněných slepých uliček. [46]

Třetí fáze je spojena se samotným možným systémem řešení sporných záležitostí, otázek a s generováním odpovídajících možností. Zde se mediaci v obchodních věcech přibližuje již výše zmíněné konciliaci a v rámci individuálních setkání by měla být vyjasněna maximální a minimální poziční hranice stran. Na rozdíl od standardních teorií o mediaci by zde mediátor mohl nabízet řešení, která ovšem musí být variantní a nesmí být prezentována jako definitivní postoj mediátora, mediátor by měl tedy zvládnout nabízet řešení tak, aby vycházelo z návrhů či sdělení, případně informací prezentovaných stranami. Mediátor může používat metod *brainstormingu* a vytvářet možnosti hodnotit nápady protistran a realizovat možná podpůrná stanoviska směřující k dosažení dohody pro obě strany přijatelné. V této fázi jsou opětovně diskutovány a evokovány silné a slabé stránky či pozice obou zúčastněných stran. [47]

Ve čtvrté fázi dochází k sepsání mediační dohody a v některých vybraných případech také k postmediaci. Postmediace je spojena se situací, kdy se strany sejdou s mediátorem již nad vyhotovenou mediační dohodou a vyjasňují si některé sekundární a nikoliv klíčové sporné otázky, které vyplývají z dohody samotné.

Poslední fáze je finální fází mediace. V rámci této fáze dochází k transformaci projednaného a v mediaci řešeného do písemné podoby, přičemž takto realizovány mají být zejména postoje a názory stran, které byly za přispění mediátora transformovány do reálné a do budoucna obhajitelné podoby. Dohody a dosažení konsenzu jsou samozřejmě cíli mediačního procesu, ale dokud není jakýkoliv konsenzus či dohoda zachycena v písemné podobě, kterou strany odsouhlasí, neexistuje jistota, že bylo dosaženo skutečného konsenzu či mediační dohody. Výsledky mediace by měly být zachyceny v písemné podobě zejména s ohledem na detailní pozornost prezentovaným zájmům stran.

Role mediátora je v obchodní mediaci jasně dána. V této fázi procesu mediátor vystupuje jako sepisovatel dohody. Tento fakt či skutečnost vyplývá zejména z jeho postavení jako nezávislé třetí osoby, kdy se předpokládá, že nesestaví či neseíše dohodu ku prospěchu pouze jedné strany, ale také s ohledem na jeho roli v rámci jednotlivých fází mediace a zejména na jeho záznamy vyplývající z parafrázování návrhů přednesených stranami.[\[48\]](#)

V rámci obchodní mediace či obchodní mediace s mezinárodním prvkem je vhodné doporučit realizaci memoranda o mediační dohodě jako předstupně samotné dohody. Zejména za podmínek, kdy jednu ze stran či obě strany zastupují advokáti, strany tak jako tak kalkulují s právním poradenstvím před podepsáním finální mediační dohody. V rámci mediace se strany s mediátorem dohodly, že obsah mediační dohody ukáží svým právním poradcům či právním zástupcům nebo je pro mediační dohodu potřeba speciálních náležitostí, které stanoví rozhodný či dotčený právní řád. Finální mediační dohoda se může vyhotovit v rámci samotné mediace bez memoranda o mediační dohodě za předpokladu, že si strany nepřejí konzultovat výstup mediace se svými právními zástupci, dále v situaci, kdy mediátor věří, že lze připravit mediační dohodu s ohledem na situaci, kdy podle jeho nejlepšího uvážení strany dosáhly takové shody, která je nejlepším výsledkem pro obě strany, a to na základě adekvátních informací a informovaného souhlasu.[\[49\]](#)

Postavení mediátora v rámci mediace bývá rozebíráno poměrně často, role advokáta v mediaci je zohledňována zejména v kontextu mediace rodinné. V obchodní mediaci je role advokáta daleko významnější a výraznější.

Spočívá nejen v doprovodné asistenci jedné ze stran účastníci se mediace, ale také v dalších aspektech, jako je podíl na výběru mediátora a analýza procesů spolu s analýzou *BATNA*, *WATNA*, *MLATNA*. Spadá sem předmediační komunikace s mediátorem, vyhotovování písemných podání, zdánlivě nedůležité nicméně často fatální zabezpečení účasti té správné osoby na mediaci samotné, ať už z hlediska pravomocí či hlediska dotčených práv a právem chráněných zájmů. Advokáti dále zabezpečují odpovídající informace pro meditační proces a strategické rozhodování stran. Samozřejmě, že se účastní také na dalších aktivitách, nicméně důležité kromě tohoto demonstrativního výčtu je také zmínit, co mediátor v mediaci u advokáta nestrpí, nebo co advokát v mediaci obchodní povahy realizovat nemůže.

Právní zástupce jedné ze stran nemůže nikdy do mediace zasahovat vystoupeními, která by jakýmkoliv způsobem osočovala, napadala nebo hanila protistranu. Naprosto nevhodné je označování protistrany za lháře apod. Advokát či advokátka nikdy v průběhu mediace nerezignuje a snahu o smírné vyřešení sporu nevzdává, nesoustředí se pouze na výnos, který představuje odměna v rámci jeho aktivity v mediaci. Samozřejmě, že nezlehčuje postavení vlastního klienta a nenechává se rozkolísat emočními vlivy či situacemi plnými emocí. Advokát či právní zástupce se nesmí dopustit chyby v hodnocení vstřícných kroků či nabídek protistrany. Dále se nesmí ztotožnit s jakoukoliv pozicí osoby mající autoritu v rámci mediačního procesu. Nesmí stanovovat jakákoliv ultimáta, což by mediační proces významným způsobem narušilo a v neposlední řadě nikdy nezpochybňuje v průběhu mediace roli a postavení mediátora.[\[50\]](#)

Závěr

Za účelem atraktivit obchodní mediace byla u četných arbitrážních a meditačních center zřízena centra pro podporu přátelských a vhodných způsobů řešení sporů, zaměřená jak na národní, tak mezinárodní spory a jejich řešení v kontextu mezinárodní obchodní mediace. Jedním z těchto center je také americká AAA – American Arbitration Association a její mezinárodní centrum pro řešení sporů.[\[51\]](#) Toto centrum se zabývá případy, které mají vztah se zahraničím, tedy s územím mimo Spojených

států amerických, případně když mediační doložka či smlouva byla sepsána mezi stranami z rozdílných zemí. Bez ohledu na jednotlivé stále arbitrážní či mediační instituce je zřejmé, že obchodní mediace vykazuje oproti jiným druhům mediací konkrétní specifika, která jsou spojena s absencí jevu slabší strany, s rovným postavením účastníků mediace a se specifickými nároky na osobu mediátora. Zejména v případech, kdy by mělo docházet k hybridnímu způsobu řešení sporu, je otázka odbornosti mediátora nesmírně důležitá. Nejedná se o odbornost z hlediska vzdělání, spíše jde o znalostní rámec a zkušenostní platformu, kterou daný mediátor disponuje. V neposlední řadě je potřeba zmínit také otázku poplatků v kontextu nákladů za obchodní mediaci, které oproti jiným vybraným druhům mediace mohou být vyšší. Tento aspekt lze překonat již výše zmíněným hybridním přístupem, případně bývá stranami opomíjen s ohledem na velmi výrazné urychlení vyřešení sporných přístupů k dané obchodní věci tak, aby obchodní vztah založený na mezinárodním právním poměru mohl pokračovat v rámci dlouhodobé obchodní praxe. Závěrem je vhodné konstatovat, že mezinárodní obchodní mediace náleží k nejstarším přátelským způsobům řešení sporů a jako způsob snahy o řešení obchodních sporů zažívá v současnosti svoji renezanci.

Použitá literatura

Tištěné zdroje:

1. ANDREWS, Neil., LANDBRECHT Johannes. *Schiedsverfahren und Mediation in England*, C.H.Beck; 1. vydání, 2015, 225 s. ISBN: 978-3-214-12074-0
2. BARRETT, Joseph. *A History of Alternative Dispute Resolution : The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*. New York: John Wiley & Sons, 2004., ISBN 9780787975425
3. SWANOVÁ, Beata, BALIOVÁ. Dana, DOLANSKÁ. Renáta. *Mediácia, Praktický právny sprievodca*, Wolters Kluwer, 2016, ISBN 978-80-8168-434-0
4. BÖHMELT, Tobias. *International Mediation Interaction: Synergy, Conflict, Effectiveness*. Wiesbaden: Springer Science & Business Mediaton, 2011. ISBN 978-3-531-92812-8
5. FISCHER, Roger. URY, William L., PATTON, Bruce. *Das Harvard-Konzept. Der Klassiker der Verhandlungstechnik*. 22. vydání. Frankfurt an Main: Campus, 2004. ISBN: 9783593389820
6. GOLDSTEIN, Israel. *Jewish justice and conciliation: history of the Jewish Conciliation Board of America, 1930-1968, and a review of Jewish juridical autonomy*. New York: Ktav Publishing House, 1981. ISBN 9780870687297

7. HEHN, Markus. Mediation – Professionelles Konfliktmanagement. *Zeitschrift für Konflikt Management*, Köln: Otto Schmidt Verlag, 2008,
8. SCHWÄRZLER Helmut, Schiedsgerichtsverfahren und Mediation als Alternativen zur öffentlichen Gerichtsbarkeit, *Liechtenstein-journal* 4/2011
9. HOLÁ, Lenka, MALACKA Michal. *Mediace a reflexe jejích aktuálních trendů*. Praha: Leges, 2014, ISBN:978-80-7502-047-5
10. HOWEL-RICHARDSON, Phillip. The European Mediation Directive and some Thoughts on the Principles involved in Dealing with the Problems surrounding Mediation Confidentiality. In ASSOCIATION FOR INTERNATIONAL ARBITRATION (ed.). *The New EU Directive on Mediation: First Insights*. Antwerpen: Maklu, 2008, ISBN 9789046602423
11. IIVARI, Juhani. The Proces of Mediation in Finland: A Special Reference to the Question „How to Get Cases for Mediation?“. In MESSMER, Heinz, OTTO, Hans Uwe (eds.). *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation International Research Perspectives*. Dordrecht: Kluwer International Press, 1992. ISBN 9781904380382
12. LEMMON, John, Allen. *Family Mediation Practice*, New York: The Free Press, 1985. ISBN 0684863928
13. LEVINE, Bertram. J. *Resolving Racial Conflict: The Community Relations Service and Civil Rights*, 1964-1989. Columbia: University of Missouri Press, 2005. ISBN: 978-0826215581
14. MAYER, Claude-Hélène. *The meaning of sense of coherence in transcultural management*. Münster: Waxmann Verlag, 2011. ISBN: 9783830925538
15. MEIER, Isaak, MÜRNER, Diana. *Mediation und Möglichkeiten ihrer Förderung durch den Gesetzgeber unter der besonderen Berücksichtigung der neuen eidgenössischen Zivilprozessordnung*. Recht, 1/2004. ISBN/ISSN2270000408092
16. MOTA, Carlos Esplugues ; MARQUIS, Louis: *New Developments in Civil and Commercial Mediation : Global Comparative Perspectives*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2015. ISBN 978-3-319-18135-6
17. PALO, Giuseppe, De; TREVOR, Mary B: *EU Mediation Law and Practice*. New York, London: OUP Oxford, 2012. ISBN: 9780199660988
18. PETER, James T. Mediation: Ein Verfahren zur Überwindung von Einigungshindernissen. *Aktuelle juristische Praxis*, 2000, roč. 9, č. 1,
19. ROSENGARTEN, Monika. *Die Internationale Handelskammer*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. ISBN 9783428104116
20. RŮŽIČKA, Květoslav. *Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005. ISBN 80-86898-43-1
21. SATO, Yasunobu. *Commercial Dispute Processing and Japan*. Hague: Kluwer Law International, 2001. ISBN 9789041116680
22. SCHWÄRZLER, Helmut. *Schiedsgerichtsverfahren und Mediation als Alternativen zur öffentlichen Gerichtsbarkeit*, *Liechtenstein-journal* 2011/4,
23. WENZEL, Claus. *Konfliktbearbeitung durch Mediation aus berufspädagogischer Sicht: theoretische Grundlagen, Qualifizierungsansätze und Umsetzungsempfehlungen für mediatives Arbeiten in der Schule*. Kassel: Kassel university press GmbH, 2008. ISBN: 978-3-89958-437-0

24. GOLDBERG, S. B., SHAW, M. L. (2010), The Past, Present, and Future of Mediation as Seen through the Eyes of Some of Its Founders. *Negotiation Journal*, 26: 237–253, SN 1571-9979

Elektronické zdroje:

1. ACAS, *Conciliation Explained*, dostupné z: <http://m.acas.org.uk/media/pdf/o/g/Conciliation-Explained-Acas.pdf>
2. FULLERTON, Richard. *Med-arb and its variants: Ethical Issues for Parties and Neutrals* dostupné z http://richardfullerton.com/med_arb_article.pdf
3. GOODRICH, Mark. *Arb-med: ideal solution or dangerous heresy?*, dostupné z <https://www.whitecase.com/publications/article/arb-med-ideal-solution-or-dangerous-heresy>
4. ICC, *ICC Mediation Rules*, dostupné z <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/>
5. ISRAEL, Laurie., *To Caucus or Not To Caucus – That is the Question* dostupné z <http://ivkdlaw.com/the-firm/our-articles/mediation-and-collaborative-divorce/to-caucus-or-not-to-caucus-that-is-the-question/>
6. LCIA, *LCIA Mediation Rules*, dostupné z <http://www.lcia.org/>
7. NEIMAN, Phil., *How does “brainstorming” work in mediation?*, dostupné z <http://www.neimanmediation.com/how-does-brainstorming-work-in-mediation/>
8. RAO, M. Jagannadha, *Concepts of conciliation and mediation and their differences*, dostupné z http://lawcommissionofindia.nic.in/adr_conf/concepts%20med%20rao%201.pdf
9. RAVINDRA, Geetha., *Role of attorneys in mediation proces*, dostupné z https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/role_of_attorney_in_mediation_process.authcheckdam.pdf
10. SEYMOUR, Nicholas. *Mediate first*, dostupné z http://www.doj.gov.hk/mediatefirst/eng/pdf/nicholas_01.pdf
11. SGUBINI, Alessandra. *Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective*, dostupné z <https://www.mediate.com/articles/sgubinia2.cfm>
12. TROSSEN Arthur, *Integrierte Mediation*, dostupné z <https://www.in-mediation.eu/mediation-in-unternehmen>
13. VIAC, *VIAC Mediation Rules* dostupné z <http://www.viac.eu/cs/>
14. YOUNG, Paula., *Overcoming Impasse in Mediation: A Short Literature Review* dostupné z <https://www.mediate.com/articles/young13.cfm?nl=56>

Kontakt

JUDr. Mag. iur. Michal Malacka, Ph.D., MBA

Michal.Malacka@upol.cz

- [1] PETER, James T., Mediation: Ein Verfahren zur Überwindung von Einigungshindernissen. *Aktuelle juristische Praxis*, 2000, roč. 9, č. 1, str. 18 a násl.
- [2] TROSSEN Arthur, *Integrierte Mediation*, dostupné z <https://www.in-mediation.eu/mediation-in-unternehmen>
- [3] Srovnaj odborné polemiky o rozhodčím řízení jako jediné alternativě k řízení soudnímu pro vyřešení sporu v kontrastu s definicí ADR jako způsobů *nalezání* vhodného řešení. Tedy spojení termínu *alternativa* a postavení nezávislého třetího z hlediska jeho pravomoci spor, v tomto případě konflikt rozhodnout.
- [4] Jedním z těchto aspektů je také otázka předmětu rozhodčího řízení – otázka arbitrability a předmětu jednání v rámci mediace. Blíže k tomu RŮŽIČKA, Květoslav. *Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005. str. 32.
- [5] HEHN, Markus. Mediation – Professionelles Konfliktmanagement. *Zeitschrift für Konflikt Management*, Köln: Otto Schmidt Verlag, 2008, str. 661.
- [6] GOLDSTEIN, Israel. *Jewish justice and conciliation: history of the Jewish Conciliation Board of America, 1930-1968, and a review of Jewish juridical autonomy*. New York: Ktav Publishing House, 1981. str. 93.
- [7] BARRETT, Joseph. *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*. New York: John Wiley & Sons, 2004., P. 209-239
- [8] LEMMON, John Allen. *Family Mediation Practice*, New York: The Free Press, 1985. str. 219.
- [9] WENZEL, Claus. *Konfliktbearbeitung durch Mediation aus berufspädagogischer Sicht: theoretische Grundlagen, Qualifizierungsansätze und Umsetzungsempfehlungen für mediatives Arbeiten in der Schule*. Kassel: Kassel university press GmbH, 2008. str. 103.
- [10] SATO, Yasunobu. *Commercial Dispute Processing and Japan*. Hague: Kluwer Law International, 2001. str. 82.
- [11] ROSENGARTEN, Monika. *Die Internationale Handelskammer*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. 361 s.
- [12] LEVINE, Bertram J., *Resolving Racial Conflict: The Community Relations Service and Civil Rights, 1964-1989*. Columbia: University of Missouri Press, 2005. str. 9.
- [13] MEIER, Isaak, MÜRNER, Diana. *Mediation und Möglichkeiten ihrer Förderung durch den Gesetzgeber, Recht – unter der besonderen Berücksichtigung der neuen eidgenössischen Zivilprozessordnung*. In *Recht*, 2004. str. 1.
- [14] FISCHER, Roger, URY, William L., PATTON, Bruce. *Das Harvard-Konzept. Der Klassiker der Verhandlungstechnik*. 22. vydání. Frankfurt an Main: Campus, 2004. 268 s.
- [15] MAYER, Claude-Hélène. *The meaning of sense of coherence in transcultural management*. Münster: Waxmann Verlag, 2011. str. 118.
- [16] IIVARI, Juhani. *The Proces of Mediation in Finland: A Special Reference to the Question „How to Get Cases for Mediation?“*. In MESSMER, Heinz, OTTO, Hans Uwe (eds.). *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation International Research Perspectives*. Dordrecht: Kluwer International Press, 1992. str 140.
- [17] BÖHMELT, Tobias. *International Mediation Interaction: Synergy, Conflict, Effectiveness*. Wiesbaden: Springer Science & Business Media, 2011. str. 39.
- [18] BÖHMELT, Tobias. *International Mediation Interaction: Synergy, Conflict, Effectiveness*. Wiesbaden: Springer Science & Business Media, 2011. str. 40.

- [19] HOWEL-RICHARDSON, Phillip. *The European Mediation Directive and some Thoughts on the Principles involved in Dealing with the Problems surrounding Mediation Confidentiality*. In ASSOCIATION FOR INTERNATIONAL ARBITRATION (ed.). *The New EU Directive on Mediation: First Insights*. Antwerpen: Maklu, 2008, str. 49.
- [20] Palo, Giuseppe De; Trevor, Mary B: *EU Mediation Law and Practice*. New York, London: OUP Oxford, 2012.
- [21] MOTA, Carlos Esplugues; Marquis, Louis: *New Developments in Civil and Commercial Mediation : Global Comparative Perspectives*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2015.
- [22] HOLA, Lenka, MALACKA, Michal. *Mediace a reflexe jejích aktuálních trendů*. (2014), str. 33
- [23] ANDREWS, Neil, LANDBRECHT Johannes. *Schiedsverfahren und Mediation in England* , C.H.Beck; 1. vydání, 2015, 225 Str. str. 17
- [24] SCHWÄRZLER, Helmut. *Schiedsgerichtsverfahren und Mediation als Alternativen zur öffentlichen Gerichtsbarkeit*, Liechtenstein-journal 2011 H 4, 112.
- [25] ICC. *Mediation Rules* dostupné z <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/>
- [26] Srovnej s nesourodými názvy stálých rozhodčích institucí a označováním termínem soud, rozhodčí senát anebo rozhodčí instituce
- [27] LCIA, *Mediation Rules*. dostupné z <http://www.lcia.org/>
- [28] ANDREWS, Neil, LANDBRECHT Johannes. *Schiedsverfahren und Mediation in England* , C.H.Beck; 1. vydání, 2015, 225 Str. str. 40
- [29] VIAC. *Mediation Rules*, <http://www.viac.eu/cs/>
- [30] SCHWÄRZLER, Helmut. *Schiedsgerichtsverfahren und Mediation als Alternativen zur öffentlichen Gerichtsbarkeit*, Liechtenstein-journal 4/2011, P.115
- [31] ANDREWS, Neil, LANDBRECHT Johannes. *Schiedsverfahren und Mediation in England* , C.H.Beck; 1. vydání, 2015, 225 Str., str. 42-43
- [32] Srovnej na <http://m.acas.org.uk/media/pdf/o/g/Conciliation-Explained-Acas.pdf>
- [33] K osobě, úloze a roli konciliátora srovnej blíže SGUBINI, Alessandra. *Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective* dostupné z <https://www.mediate.com/articles/sgubinia2.cfm>, dále srovnej na http://lawcommissionofindia.nic.in/adr_conf/concepts%20med%20rao%201.pdf
- [34] ANDREWS, Neil, LANDBRECHT Johannes. *Schiedsverfahren und Mediation in England* , C.H.Beck; 1. vydání, 2015, 225 Str., str. 208
- [35] SEYMOUR, Nicholas. *Mediate first*, dostupné z http://www.doj.gov.hk/mediatefirst/eng/pdf/nicholas_01.pdf
- [36] ANDREWS, Neil, LANDBRECHT Johannes. *Schiedsverfahren und Mediation in England* , C.H.Beck; 1. vydání, 2015, 225 Str., str. 209
- [37] ANDREWS, Neil, LANDBRECHT Johannes. *Schiedsverfahren und Mediation in England* , C.H.Beck; 1. vydání, 2015, 225 Str., str. 209
- [38] FULLERTON, Richard. *Med-arb and its variants: Ethical Issues for Parties and Neutrals* dostupné z http://richardfullerton.com/med_arb_article.pdf, str. 60
- [39] Blíže k problematice a aspektům Med-arb GOODRICH, Mark. *Arb-med: ideal solution or dangerous heresy?*, dostupné z <https://www.whitecase.com/publications/article/arb-med-ideal-solution-or-dangerous-heresy>
- [40] Srovnej k tomu <https://higherbalance.com/3-meditation-secrets-discover-the-tones/>
- [41] Srovnej k tomu Beata Swanová, Dana Baliová, Renáta Dolanská, *Mediácia, Praktický právny sprievodca*, Wolters Kluwer, 2016, 232 stran, str. 110
- [42] SGUBINI, Alessandra. *Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective*, dostupné

- z <https://www.mediate.com/articles/sgubinia2.cfm>
- [43] K tématu YOUNG, Paula., *Overcoming Impasse in Mediation: A Short Literature Review* dostupné z <https://www.mediate.com/articles/young13.cfm?nl=56>
- [44] ISRAEL, Laurie., *To Caucus or Not To Caucus – That is the Question* dostupné z <http://ivkdlaw.com/the-firm/our-articles/mediation-and-collaborative-divorce/to-caucus-or-not-to-caucus-that-is-the-question/>
- [45] BATNA je nejlepší možný výsledek, který má strana na mysli. Zvažování BATNA znamená, že každá strana si myslí na výherní scénář. MLATNA – nejpravděpodobnější alternativa k vyjednávání dohody. MLATNA je nejlepší odhad skutečného výsledku. WATNA – nejhorší alternativa k vyjednávání dohody. WATNA je nejhorší možný výsledek.
- [46] YOUNG, Paula., *Overcoming Impasse in Mediation: A Short Literature Review* dostupné z <https://www.mediate.com/articles/young13.cfm?nl=56>
- [47] NEIMAN, Phil., *How does “brainstorming” work in mediation?*, dostupné z <http://www.neimanmediation.com/how-does-brainstorming-work-in-mediation/>
- [48] HOLÁ, Lenka, MALACKA, Michal. *Mediace a reflexe jejích aktuálních trendů*. Praha: Leges, 2014, P. 33
- [49] Goldberg, S. B. and Shaw, M. L. (2010), The Past, Present, and Future of Mediation as Seen through the Eyes of Some of Its Founders. *Negotiation Journal*, 26: 237–253
- [50] Srovnej https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/role_of_attorney_in_mediation_process.authcheckdam.pdf
- [51] Blíže k tomu <https://www.adr.org/Mediation>

Mediace ve veřejné správě

Mediation in Administrative law

Tereza Chadimová

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, tř. 17. listopadu 8, Olomouc

Abstrakt: Cílem příspěvku je kritický rozbor otázky, zda lze v oblasti veřejné správy nalézt prostor pro uplatnění mediace. Východiskem je jak zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci, a jeho důvodová zpráva, tak i nařízení Výboru ministrů Rady Evropy Rec (2001) 9. Jeho ambicí je jednak představit mediaci jako nástroj, který může najít uplatnění v současné platné úpravě správního práva, a současně také vytyčit oblasti, kde by využití mediace mohlo být do budoucna přínosem s ohledem na zásady dobré správy. Účelem je tak demonstrovat, že využití mediace může představovat aktivní roli správních orgánů při naplňování zásady smírného postupu a zásady spolupráce, aniž by docházelo k omezování fungování veřejné správy jako takové; a že tak jde o nástroj, pomocí kterého správní orgány mohou dát najevo, že jsou připraveny a ochotny najít transparentní řešení jak mezi sebou (ve vztahu k dotčeným orgánům kolidující zájmy mezi správními orgány), tak společně s každým potenciálním adresátem veřejné správy, resp. dotčenou osobou, s níž přichází do kontaktu a případného konfliktu. Neboť právě užití mediace může zajistit tu nejlepší výchozí pozici pro činnost veřejné správy.

Klíčová slova: Mediace ve veřejné správě; Konflikt ve veřejné správě, Principy dobré správy.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the possibility of an introduction of the mediation in Administrative Law. The argumentation of the article is mainly based on No. 202/2012 Coll. Act (Mediation Act) and it is also based on Recommendation Rec (2001) 9 Committee of ministers, Council of Europe. Next ambition of this paper is also to present mediation as a tool that can be used in current regulations of administrative laws and at the same time also to identify areas where the use of the mediation can be beneficial for the future with respect to principles of a good practice. The purpose of this paper is to demonstrate that the use of the mediation can represent the active role of administrative authorities in complying with the principle of conciliation and with the principle of cooperation, without limiting the functioning of the public administration as such. So the mediation could be a tool by which public authorities can find out that they are ready and willing to find a transparent solution as between themselves, same as with each potential subject they are in contact (and in possible conflicts) with, because the use of the mediation can provide the best starting point for the public administration.

Keywords: Mediation in public administration; Conflict in public administration, Principles of good practice.

Úvod

V dnešní době je nezpochybnitelné, že mediace jako státem uznávaná metoda zprostředkovaného řešení sporů je efektivním nástrojem řešení konfliktů v nejrůznějších oblastech. Pokud se chceme vůbec zaobírat myšlenkou mediace ve správním právu, je nutné se nejprve obeznámit s všeobecným chápáním pojmu mediace. Odborná literatura neuvádí jednu konkrétní definici mediace (srovnej např. Plamínek, Křivohlavý, Holá), a proto jsem pro východisko definice, s ohledem na charakter textu, vybrala definici plynoucí ze zákona, dle které je za mediací považován „postup při řešení konfliktu za účasti jednoho nebo více mediátorů, kteří podporují komunikaci mezi osobami na konfliktu zúčastněnými (dále jen „strana konfliktu“) tak, aby jim pomohli dosáhnout smírného řešení jejich konfliktu uzavřením mediační dohody,“[\[1\]](#) když současně je nutné zdůraznit, že „za obsah mediační dohody jsou odpovědné pouze strany konfliktu“,[\[2\]](#) a že mediátor je povinen mediaci mimo jiné provádět nezávisle, nestranně, s náležitou odbornou péčí, respektovat názory stran konfliktu a vytvářet podmínky pro jejich vzájemnou komunikaci a pro nalézání následného řešení.[\[3\]](#)

Do českého právního prostředí byla mediace šířena zejména od počátku devadesátých let vlivem západních skupin odborníků, a to zejména v netrestní oblasti díky mediátorům z USA z iniciativy nadace Partners for Democratic Change. První pokusy k využití mediace směřovaly do mediace ve školách (tzv. peer mediace) a v obcích (tzv. komunitní mediace), kdy právě zkušenosti ze zahraničí (USA, Norsko[\[4\]](#))[\[5\]](#) nasměřovaly v některých českých obcích založení tzv. smírčích rad, které prostřednictvím mediačních technik pomáhaly nacházet řešení konfliktů. I když smírčí rady „vykazovaly zajímavé výsledky“ (zejména v oblasti sporů interetnického charakteru mezi českou a romskou komunitou),[\[6\]](#) neměly dlouhého trvání a zanikly s ukončením souvisejícího grantu.[\[7\]](#) V současné době je mediace v českém právním řádu zakotvena, co se týče soukromého práva, díky zákonu č. 202/2012 Sb., o mediaci (dále jen „ZoM“). Co se týče práva veřejného, objevuje se v trestněprávní praxi, kde je mediace zakotvena zákonem č. 257/2000 Sb., o Probační a mediační službě, a je tak garantována Probační a mediační službou České republiky.

Ve správněprávní oblasti se na první pohled může jevit, že neexistuje právní zakotvení mediace, ale je nutné mít na paměti, že ze ZoM nevyplývá žádné omezení, pro jaké oblasti lze mediaci podle tohoto zákona využít (výjimkou jsou však trestní věci, kdy důvodová zpráva k ZoM v komentáři k § 2 odkazuje přímo na zákon č. 257/2000 Sb., o Probační a mediační službě).^[8] Hovoří se pouze o řešení konfliktu, a je tak nutné zastat názor, že ZoM může za určitých podmínek nalézt své využití i v právu správním.

Tento názor, tedy že veřejná správa může být vhodným prostorem pro mediaci, potvrzuje i skutečnost, že Výbor Ministrů Rady Evropy přijal Doporučení Rec (2001) 9 o uplatňování alternativních řešení sporů ve veřejné správě, v rámci kterého mezi jednu z alternativ využitelných pro konflikty mezi správními orgány a soukromými osobami řadí i mediaci. „Ačkoli doporučení není závazné pro členské státy (nemá povahu mezinárodní smlouvy), přesto většina doporučení je v členských státech Rady Evropy striktně respektována“.^[9] Využívání mediace (a jiných forem alternativního řešení sporů) je doporučováno s ohledem na zatíženost soudů, s ohledem na skutečnost, že soudní řešení sporů plynoucích z konfliktů ve veřejné správě nemusí být vždy nejvhodnějším řešením, a také s ohledem na skutečnost, že rozšíření využívání alternativních prostředků může přiblížit správní orgány, resp. celou veřejnou správu, blíže veřejnosti a zároveň tak může přispět k naplňování principů dobré správy. Rec (2001) 9 současně upozorňuje na určité mantinely použití alternativních prostředků, a to zejména na nutnost bezpodmínečného zakotvení jasných procesních pravidel využívání, tedy mj. i mediace, ve správněprávních předpisech, jež jednak budou garancí nezávislosti, nestrannosti a transparentnosti a jednak budou také zárukou, že se adresáti veřejné správy o možnosti použití těchto prostředků zavčas dozví. Rovněž Rec (2001) 9 zdůrazňuje, že pro posílení právní jistoty je dále účelné, aby dohody, kterých bude těmito prostředky dosaženo, byly podkladem pro rozhodování správních orgánů či soudů. Rec (2001) 9 rovněž napovídá, v jakém rozsahu by alternativní prostředky měly být používány. Poukazuje zejména na konflikty vyplývající ze správních aktů správních orgánů, z veřejnoprávních smluv, odpovědnosti a konfliktů souvisejících s peněžitými nároky (tj. kompenzačních sporů), když

současně je dodáno, že vhodnost použití alternativních prostředků pro další případy je třeba posuzovat dle konkrétních okolností případu (resp. konfliktu). Za podstatnou považuji skutečnost, že Rec (2001) 9 rozlišuje použití alternativních prostředků na dvě skupiny, kdy mediaci je dán dle mého názoru speciální význam, neboť je využitelná pro obě z nich. První skupina zahrnuje ty prostředky, které mají předcházet vzniku soudních sporů mezi správními orgány a spravovanými subjekty. Druhá skupina naproti tomu představuje ty, jež lze využít po vydání meritorního rozhodnutí správního orgánu, a jsou tedy určitým prostředkem nápravy. Doporučení navíc poukazuje i na možnost zakotvit využití určitých prostředků, mj. i právě mediace, buď jako předpoklad přístupu k soudu (předpoklad pro zahájení soudního řízení), anebo jako pravomoc soudů navrhnout využití těchto prostředků (myšleno mj. také mediaci).^[10] Na základě výše uvedené stručné analýzy a rozebraných východisek lze ospravedlnit závěr, že teoreticky lze mediaci v oblasti veřejné správy využít. Dále je však nutné zvažovat, zda si lze ovšem opravdu prakticky mediaci ve veřejné správě představit.

1 Obecná východiska správního práva ve vztahu k mediaci

Pokud vycházíme z pojmu mediace jako nástroje řešení konfliktů, mělo by dojít k identifikování konfliktů ve veřejné správě vhodných pro mediaci, resp. ke zjištění, zda lze vůbec o existenci konfliktu v této oblasti hovořit. Pokud slovo konflikt (synonymum např. spor, neshoda, nesoulad, nesouhlas) lze vyložit jako střetnutí se snah, názorů, postojů, přesvědčení dvou či více stran, které se navzájem zcela nebo do určité míry vylučují, ^[11] je třeba se zamyslet, kde konkrétně v podmínkách veřejné správy, jež je mj. charakteristická mocenským a autoritativním rozhodováním správních orgánů, můžeme spatřovat konflikt dvou či více subjektů, který bude vhodné a účelné vyřešit a zvládnout nedirektivní cestou, a kde tedy asymetrický vztah mezi veřejnou správou a jejími adresáty dovolí vytvořit prostor pro vznik všeobecně přijatelné dohody. Jelikož správní činnost má veřejnoprávní charakter, prostor pro mediaci nemůže být určen paušálně, ale povahou té které správní činnosti, kdy lze uzavřít, že z povahy věci

půjde o takovou činnost veřejné správy, kde správní orgán může například uplatnit diskreční pravomoc anebo kde bude vykládat neurčitý právní pojem.

Vzhledem k tomu, že konflikty se nejčastěji projeví při určitém jednání nebo činnosti, považuji pro účely této práce za vhodné materiální pojetí veřejné správy (spojené s negativním vymezením veřejné správy), jež stanoví, že veřejná správa je *činností státních nebo jiných veřejných institucí, která svým obsahem není ani činností zákonodárnou, ani soudní, ani vládou nebo politickou vládou*.^[12] Zároveň je nezbytné uvést, že tato činnost je přitom vykonávána ve veřejném zájmu a je právním řádem vázaná nejen negativně (lze ji uplatňovat jen v mezích zákona a způsobem stanoveným zákonem), ale i pozitivně stanovením působnosti a pravomoci každého správního orgánu^[13], kterým může být „orgán moci výkonné, orgán územně samosprávných celků a jiných orgánů, právnických a fyzických osob, pokud vykonávají působnost v oblasti veřejné správy (dále jen „správní orgán“)“.^[14] Z výše uvedeného tedy můžeme vyvodit, že úkolem veřejné správy je na základě a v mezích zákona uplatňovat, prosazovat a chránit veřejný zájem a v souvislosti s tím též rozhodovat o právech, povinnostech a případně i zájmech fyzických a právnických osob, aniž by docházelo k nezákonným zásahům do jejich subjektivních práv. Naopak by měly být respektovány základní zásady veřejné správy i tzv. principy dobré správy,^[15] na jejichž základě vzniká úředníkům povinnost jednat mimo jiné otevřeně, nestranně, v souladu s právem, předvídatelně a transparentně, efektivně, odpovědně a vstřícně vůči osobám, které se na správní orgán obrátí.

1.1 Limity používání mediace ve veřejné správě

Pokud se budeme snažit na výše vytyčené typové konflikty ve veřejné správě aplikovat mediaci, je nutné odpovědět na otázku, zda zohlednit výše naznačenou skutečnost, že veškerá správní činnost musí podléhat základním zásadám činnosti správních orgánů, vůdčím právním principům, jež vychází zejména z Ústavy České republiky, Listiny základních práv a svobod, zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „SŘ“), judikatury tuzemských i mezinárodních soudů.

Správní orgány při své činnosti při výkonu vrchnostenské právy musí mimo jiné respektovat základní zásady zakotvené v § 2 až § 8 SŘ, které se současně s ohledem na znění § 177 SŘ uplatní i na případy, kdy zvláštní zákon užití SŘ vylučuje, ale sám úpravu odpovídající těmto zásadám neobsahuje. V současné době lze tvrdit, že veřejná správa je navíc pod tlakem být v souladu s vůdčím principem, či požadavkem „dobré správy“, který je zakotven (jak v právních a mimoprávních) dokumentech evropských,[16] mezinárodních,[17] tak i vnitrostátních.[18] Význam tohoto principu lze chápat v tom nejširším slova smyslu, kdy samozřejmě zahrnuje i rozhodovací procesy, přičemž v sobě „obsahuje základní pravidla, řízení, stěžejní procesní práva účastníků těchto procesů či přístup, resp. existenci správního soudnictví.“ Stejně tak ovšem můžeme vnímat vliv principu dobré správy i na samotnou hmotněprávní úpravu, normotvorbu i organizační strukturu.[19] Pokud tedy hypoteticky uvažujeme, že mediaci jako nástroj ve veřejné správě použijeme, ani mediace nemůže být v rozporu s těmito zásadami, a pokud tedy cílem práce je vytyčit konflikty, resp. oblasti, kde mediaci lze opravdu ve veřejné správě využít, je nezbytné se s výše uvedenými ideami seznámit a nástroj mediace zkonfrontovat zejména s těmi, které mají k mediaci bližší vztah.

Zásada zákonnosti (legality), § 2 odst. 1 SŘ[20]

Zásada legality vychází z ústavního principu vázanosti výkonu veřejné moci zákonem podle čl. 3 odst. 3 Ústavy České republiky, resp. čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Šířeji se tento princip projevuje mimo jiné při vymezení pravomoci a působnosti správních orgánů, kdy je třeba podotknout, že zásadu zákonnosti ve vztahu k správní činnosti je třeba chápat tak, že správní orgán není vázán jen zákony a mezinárodními smlouvami, ale je povinen postupovat rovněž v souladu s ostatními právními předpisy, pokud tyto nejsou v rozporu se zákonnými normami. [21] Obecně však lze shrnout, že princip zákonnosti zavazuje veřejnou správu, aby veškerá správní činnost měla základ v právním řádu, čímž je zamezováno libovůli orgánů veřejné správy, a současně však – vzhledem k tomu, že veřejná správa je ze své povahy činností výkonnou, podzákonnou a vzhledem k tomu, že správní orgán může jednat pouze *secundum et intra legem* – ve svém smyslu zavazuje veřejnou správu při

interpretaci a aplikaci právních norem nevycházet jen z jejich doslovného znění, ale aby tyto normy rovněž vykládala a používala v souladu se smyslem a účelem právní normy, při zohlednění základních hodnot a principů demokratické společnosti, které právo přesahují.^[22] Tento zmíněný závěr nám napomáhá vyslovit, že správní orgán při své činnosti může i v souladu s tímto principem hledat konsensus na tom, co je správný způsob jeho činnosti. Obecně tak vnímám, že lze jednoduše uzavřít, že princip legality může být v souladu s použitím mediace, ovšem za podmínky, že každá mediační dohoda bude tento limit respektovat. Dané omezení by současně nemělo působit problémy principům mediace, kdy jsem toho názoru, že pokud i ze ZoM známe přípustnost zohledňování určitého zájmu (viz § 8 odst. 1 písm. b) ZoM – zájem dítěte), a zároveň dle ZoM jakákoliv mediační dohoda nesmí být v rozporu se zákonem, zohlednění této zásady je pro řádný výkon mediace neškodné.

Se zásadou legality úzce souvisí zásada vázanosti účelem jednání (zákaz zneužití pravomoci a správního uvážení), § 2 odst. 2 SŘ.^[23] Projevy této zásady můžeme spatřovat při aplikaci správního uvážení či výkladu neurčitých právních pojmů, když stanoví, že správní orgán při těchto činnostech nesmí nikdy překročit zákonné meze. Další projevy jsou patrné při zásadě zákazu zneužití správního uvážení k jinému účelu, než ke kterému byla zákonem svěřena. S ohledem na uplatnění mediace dle mého názoru plyne, že tato zásada klade požadavek na dostatečnost definování mechanismu a procesu uplatnění mediace v prostředí veřejné správy, kdy bude více než žádoucí, pokud by se mediace ve veřejné správě měla využívat, aby existoval zákonný rámec použitelné a účelné legislativy (pozn.: tento požadavek vyplývá i z Doporučení Výboru ministru Rec (2001) 9).

Zásada ochrany veřejného zájmu, § 2 odst. 4 SŘ^[24]

Veřejný zájem je klíčový pro celou oblast správního práva, neboť právě jeho ochrana je smyslem existence veřejné správy. Při správní činnosti musí správní orgán v každém konkrétním případě veřejný zájem najít a odůvodnit, proč veřejný zájem převážil nad řadou jiných zájmů, veřejných (např. rozhodování o povolení rekonstrukce historické budovy v památkové zóně) či soukromých (např. při vyvlastnění). Problematika

ochrany veřejného zájmu tkví ovšem v tom, že neexistuje jeden univerzální veřejný zájem, a proto posouzení, který jeden z celé škály veřejných zájmů převažuje, je otázkou, která vzbuzuje diskuze.

Samotný pojem veřejný zájem patří mezi právně neurčité pojmy, kdy obecně lze vyjádřit, že nejde o osobní zájem jedné osoby, ale zájem širší veřejnosti nebo státu (např. ochrana životního prostředí, základních práv a svobod apod.). Přestože však plyne zákonná obligatorní povinnost zohledňovat a chránit veřejný zájem, neznamená to, že by tato povinnost měla být vnímána jako absolutní upřednostňování veřejného zájmu před zájmem soukromým.^[25] Pro účely mediace a možného zvládání konfliktů, které se mohou vyskytnout, je však nutné uvést, že mediovat nepůjde situace a konflikty, pokud orgán veřejné správy zjistí, že z objektivních hledisek je nezbytné a potřebné upřednostnit veřejný zájem, neboť nikdy nemůže dojít k situaci, že by na základě mediačního procesu došlo k upřednostnění zájmu soukromého nad zájmem veřejným. Tomuto nebezpečí ovšem lze snadno předejít, a to pokud bude výslovně zakotveno, že v případě provádění mediace v oblasti správního práva bude zvýšené ochrany pobírat veřejný zájem (pozn. obdobná úprava jako u zájmu dítěte, k tomu viz výše – zásada zákonnosti), přestože tento prvek jistě zasahuje do konsensuální svobody účastníků mediace.

Ačkoliv se na první pohled může jevit, že mediace se v kontextu zásady ochrany veřejného zájmu uplatní spíše při konfliktu zájmu soukromého a veřejného, klíčový význam tato zásada má rovněž při řešení konfliktů veřejných zájmů. Obecný návod, jak v těchto případech postupovat, s ohledem na charakter konfliktu, neexistuje. Vždy tak musí dojít k pečlivému poměřování dotčených veřejných zájmů v souvislostech konkrétní kauzy, kdy zdárnému řešení může napomoci jen odborná diskuze rozhodujícího správního orgánu a všech dotčených orgánů. Jen tak správní orgán může v co největší míře sladit veřejné zájmy a rozhodnout tak, že žádný z dotčených veřejných zájmů nebude nezákonně upřednostněn na úkor ostatních.^[26]

Při úvaze nad uvedeným si tak lze představit, že mediace bude využívána jako nástroj, pomocí kterého dojde k jasnému utřídění hierarchie zájmů, veřejných i soukromých, a tím pádem i k transparentnějšímu naplnění

nejen zásady ochrany veřejného zájmu, ale navíc i principu proporcionality.

Zásada legitimního očekávání, § 2 odst. 4 SŘ[27].

Správní orgán při své činnosti zohledňuje, aby přijaté řešení odpovídalo okolnostem daného případu a aby při rozhodování o skutkově shodných nebo podobných případech nevznikaly nedůvodné rozdíly. S ohledem na to, že tento princip je jedním z dalších limitů např. správního uvážení a výkladu neurčitých právních pojmů, přirozeně z něj vyplývá, že bude mít dopad i na mediaci a konsensuální svobodu stran mediaci. Jelikož pro správní orgán platí zákaz libovůle, je nutné, aby použití mediaci bylo podrobena procedurálním pravidlům v právních předpisech upravujících oblast veřejné správy, na základě kterých se správní orgán či adresát veřejné správy bude moci kdykoliv (ve vhodných případech) rozhodnout, že mediaci využije. Transparentnější naplnění této zásady by rovněž mohlo znamenat, že budou vytyčeny oblasti, kdy k mediaci bude nutné v určité fázi vždy přistoupit. Tento požadavek je sice na první pohled naopak v rozporu se zásadou mediaci spočívající na dobrovolnosti mediaci, avšak lze poukázat na příklady plynoucí ze soukromého práva, týkající se nařízených mediací, kdy tato zkušenost z jiného právního odvětví může být právě odůvodněním, proč i zde bude moci mediaci nařizovat, samozřejmě za současného splnění podmínky, že v případě, že mediaci nebude úspěšná, bude možné pokračovat dále ve správním řízení či soudním řízení správním.

Zásada smírného odstranění rozporů, § 5 SŘ[28].

Už ze samotné podstaty věci v této zásadě nespočívá limit využití mediaci, ale naopak určitý „odrazový můstek“, proč by mediaci měla být začleněna do správního práva jako prostředek, jak účelně naplňovat formy veřejné správy. Ve SŘ je tato zásada vyjádřena určitou aktivní úlohou správního orgánu, který by se měl – pokud to povaha věci umožňuje – pokusit o smírné odstranění rozporů, které brání řádnému projednání a rozhodnutí dané věci. § 5 SŘ stanoví preferenci smírného řešení věci, když pod tímto nelze myslet pouze na smír upravený v § 141 odst. 8 SŘ (smír v rámci sporných řízení) nebo shodu o procesních otázkách. Jde totiž i o tzv. „procesní smír“, kdy ten se může týkat rozporů ve skutkových

tvrzení mezi správním orgánem a adresátem veřejné správy (účastníky řízení) anebo účastníky řízení navzájem, ale rovněž mezi dotčenými správními orgány, například ohledně jejich závazných stanovisek, kdy odstraňování rozporů či konfliktů může zamezit případným sporům, jež by se řešily dle § 136 odst. 6 SŘ. Podle této zásady má autoritativní postup správních orgánů být až na posledním místě. Má nastoupit tehdy, nezdaří-li se v rámci postupů správních orgánů uplatnit řešení smírné. Smírné vyřízení věci je považováno za efektivnější řešení. V neposlední řadě chci uvést, že přestože znění § 5 směřuje na správní řízení v souladu s principem dobré správy, který je rozebrán níže, a v souladu s tím, že zásady správní činnosti jsou závazné obecně pro veškerou správní činnost, domnívám se, že je nutné vykládat tuto zásadu tak, že se vztahuje na veškerou činnost veřejné správy, tedy nejen na správní řízení, ale i postupy veřejné správy (např. opatření obecné povahy...).

Zásada rychlosti, resp. rozhodování bez průtahů, § 6 odst. 1 SŘ; zásada hospodárnosti a minimálního zatěžování dotčených osob, § 6 odst. 2 SŘ[29].

Jednou z výhod mediace je odstranění konfliktů na počátku jejich existence, a pokud budou správní orgány využívat mediaci již ve fázi před možnou správní žalobou a vznikem skutečného sporu, účastníci správního řízení a dotčené osoby budou zapojeny do výsledné činnosti správního orgánu, spravedlnost a správnost takto získaného řešení potom bude pravděpodobně daleko vyšší, protože dojde k eliminaci nejen podávání opravných a dozorčích prostředků, ale i odbřemenění správního soudnictví. Pokud bude mediace využívána pro již existující spory založené podanou správní žalobou, mediace může být nápomocná pro efektivnější využívání institutu uspokojení navrhovatele. Mediace takto povede nejen k naplnění zásady rychlosti, ale i zásady hospodárnosti, neboť urychlením věci dojde i k tomu, že nikomu nebudou vznikat zbytečné náklady.

Zásada procesní rovnosti a nestrannosti, § 7 odst. 1 SŘ[30].

Pokud budou jasně stanovená pravidla, kdy mediaci lze využívat, dojde zároveň k jasnému poskytování poučení všech osob, zásada procesní rovnosti ve vztahu k mediaci by dle mého názoru byla zachována. Ve

vztahu k zásadě nestrannosti je nezbytné, aby tato podmínka byla zachována ve vztahu k osobě, která bude vystupovat jako mediátor, ať již půjde o mediátora zvoleného anebo půjde o mediátora *in house* správního orgánu, kdy však je nutné trvat na tom, že pokud by správní orgán měl možnost sám mediovat, nemělo by se v žádném případě jednat o stejnou osobu, která bude ve věci rozhodovat nebo se na rozhodování (jakýmkoliv) způsobem podílet.

Zásady dobré správy

Dobrá správa představuje základní kritéria výkonu veřejné správy v demokratickém právním státě, jež zajišťují proces vládnutí, který je úzce spojený s participací občanů na tomto procesu, rychlostí, hospodárností a respektováním práva, když je zároveň vykonávána veřejná správa spravedlivá a přátelská k občanům a jiným subjektům.[\[31\]](#) Tato kritéria plynou ze snahy hledat řešení pro nároky doby, které přesahují možnosti klasické veřejné správy, a přestože hodně pramenů, ze kterých plynou dílčí zásady dobré správy, jsou právně nevynutitelného charakteru (*soft law*), je třeba zdůraznit, že je možné principy dobré správy považovat za principy právní. Pro Českou republiku jako člena Evropské unie je podstatná Charta základních práv Evropské unie (vyhlášena 7. prosince 2009), když přijetím Lisabonské smlouvy se tato Charta zařadila mezi prameny práva se stejnou právní silou jako smlouvy (článek 6 odst. 1 Smlouvy o Evropské unii).[\[32\]](#) **V důsledku těchto okolností správní orgány členských států Evropské unie jsou povinny za účelem naplnění zákonnosti jejich správní činnosti tyto principy zohledňovat a naplňovat. Rovněž je nutné zdůraznit, že i na platformě Rady Evropy vznikají dokumenty mající sice charakter *soft law*, ale jejichž obsah je klíčovým vodítkem pro posuzování evropského standardu všeobecných pravidel správního práva. Mezi klíčové Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy řadím zejména Doporučení Výboru ministrů Rec (2007) 7 o dobré veřejné správě.**[\[33\]](#), [\[34\]](#) V současné době, v souvislosti s principem dobré správy, existují tendence, aby veřejná správa byla co nejblíže občanovi, protože „on je ‚klientem‘ veřejné správy, je třeba veřejnou správu v maximální možné míře pro občana zprůhlednit, učinit ji otevřenou a umožnit tak občanům participovat na jejich rozhodnutích.“[\[35\]](#) Veřejná správa blízká občanům je navíc charakterizována i tím, že dokáže propojit všechny

aspekty zákonného rozhodování v konkrétní záležitosti takovým způsobem, který je přijatelný pro adresáty veřejné správy.[36] **Ve světle této politiky je proto jistě vhodné a důležité nalézt určitý mechanismus, jak, s ohledem na výše uvedené zásady a principy činnosti správních orgánů,[37] nalézat řešení, jež budou obecně spravedlivá pro co nejširší okruh jedinců,** již jen z toho důvodu, aby bylo zamezeno pocitu „nespokojeného účastníka“, souvisejícím se zbytečným prodlužováním správního řízení[38], a aby navíc byl skutečně naplněn jeden dílčí princip dobré správy – princip spolupráce, jenž přirozeně představuje východisko pro uplatnění mediace. K tomuto je třeba uvést, že samozřejmě tento princip nekončí jen ve vyslechnutí např. účastníků řízení, ale musí směřovat i k posouzení vyjádřených názorů a stanovisek a následnému reflektování v přijatém rozhodnutí. Jen tak, pokud bude opravdu zakotvena realizace na základě dohody o mediaci (např. o sporných otázkách řešených v územním plánu), budou mít občané možnost prosadit řešení, která budou pro ně uspokojivá, neboť k nim měli možnost se vyjádřit, kdy jejich názory byly opravdu reflektovány. Výše uvedená stručná analýza nám dovoluje uzavřít, že mediace může být efektivním nástrojem, který může uvedeným cílům napomoci. Pocit participace na výsledku a získání možnosti prosadit v rámci rozhodování správního orgánu uspokojivé řešení tak vede k naplnění principu dobré správy, neboť mediace může zajistit, aby správní činnost byla přijatelná pro široký okruh občanů. Rozhodnutí správního orgánu o tom, jaký jeho postup odpovídá veřejnému zájmu, když současně jeho podkladem bude mediační dohoda o sporných otázkách, by mělo zaručit, že bude odpovídat představě o spravedlivé a správné správní činnosti a bude tak akceptováno co nejširším okruhem subjektů. Využitím mediace totiž může dojít k zprůhlednění posuzování a „utřídování hierarchie“ **zájmů veřejných i soukromých a tím pádem i k transparentnějšímu naplnění zásady ochrany veřejného zájmu a principu proporcionality a zvýšení důvěry společnosti v činnost správních orgánů.** Nadto principy a zásady, které u každé správní činnosti musí být respektovány, jsou i určitou zárukou, že výsledek mediace a i samotná mediace jako taková nebude představovat zneužití institutu mediace a určité volnosti, která by mediací mohla být vytvořena, resp. by v mediaci mohla být spatřována.

2 Reálné uplatnění mediace ve správním řízení a soudním řízení správním

Lze shrnout, že pro veřejnou správu, kterou můžeme obecně nazvat jako spravování věcí veřejných, je jednoznačně charakteristické, že musí být vykonávána ve veřejném zájmu. Jak plyne z výše uvedeného, problematika veřejného zájmu nemá jednoznačné řešení, a proto určení převažujícího veřejného zájmu přináší dle mého názoru ve světle této práce mnohé konflikty. Přestože nechci zpochybnit, že veřejný zájem je klíčový pro celou oblast správního práva, neboť jeho ochrana je v podstatě smyslem existence veřejné správy, domnívám se, že je nutné si uvědomit, že ochrana veřejného zájmu neznamena slepě a jednostranně odůvodňovat správní činnost neurčitým pojmem „veřejný zájem“. Tato zákonná obligatorní povinnost vytváří spíše závazek správních orgánů učinit všechny kroky k tomu, aby klíčový veřejný zájem v dané věci dostal patřičné ochrany, aniž by žádný jiný zájem neoprávněně upozaděn či nepřiměřeně zkrácen. Předmětem konfliktů, které by měly být „mediovatelné“, jsou tedy dle mého názoru takové, kde dochází ke střetu různých zájmů, veřejných i soukromých. Můžeme si tak představit tři skupiny konfliktů – konflikt mezi zájmem soukromým a zájmem veřejným, konflikt mezi veřejnými zájmy a konflikt mezi zájmy soukromými.

Pokud jsme tedy došli k tomu, že mediace ve veřejné správě je přípustná a její použití je pro účely veřejné správy užitečné, je vhodné konkrétně vytyčit, zda reálně je její zakotvení do správněprávních předpisů přijatelné. Je pravdou, že SŘ v současné době obsahuje určité nástroje, které by měly být nápomocné pro řešení konfliktů v otázce spravedlivého řešení. Otázkou ovšem zůstává, jak jsou tyto instituty efektivní (pokud kritériem efektivnosti pro účely této práce je pravděpodobnost úspěšného vyřešení konfliktu) a zda opravdu zajišťují naleznutí nejvhodnější dohody o kolidujících zájmech.

Jedním z těchto institutů je **smír** (§ 141 odst. 8 SŘ), který je zmíněn v rámci úpravy sporného řízení, jako zvláštního typu řízení dle SŘ, kdy jeho úprava nám napovídá, kde veřejná správa již nyní akceptovala, že k řešení věci lze dospět v rámci alternativního řešení sporu. Blíže však už

není určeno, jak k tomuto mají účastníci dospět. Může se tedy zdát, že pokud je smír jako takový ve správním úřadu již zmíněn, je institut mediace nadbytečný. Dle mého názoru je to právě naopak, neboť mediace může být právě tím prostředkem, jak smírného řešení věci dosáhnout. Oblastí, kde zákonodárce vlastně nepřímo sám vytváří prostor pro využití mediace je oblast sporů, konfliktů, které vyplývají z veřejnoprávních smluv a spory vyplývající ze soukromoprávních vztahů.^[39] Obecně k řešení takovýchto případů je samozřejmě typicky příslušným soud a jde pouze o výjimky, odůvodněné zejména vysokými nároky na specifické odborné znalosti rozhodujících osob, kdy správnímu orgánu je tato agenda svěřena (např. některé spory vyplývající ze zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ze zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, kdy je možné, že problematika naroste s nově přijatým Obecným nařízením o ochraně osobních údajů,^[40] které bude účinné od 25. května 2018, či ze zákona č. 458/2000 Sb., Energetický zákon). Na základě výše uvedeného lze shrnout, že skutečnost, že by v právních předpisech správního práva existovaly vedle sebe instituty smíru i mediace, rozhodně nelze považovat za nevhodnou. Ačkoliv se může mé tvrzení zdát odvážné, domnívám se, že existence smíru poukazuje, že teoreticky je veřejná správa obecně připravena na možnost zapojení mediace. Na tomto místě je nutné zdůraznit, že uplatnění mediace pouze za účelem dosahování smíru nepovažuji za dostatečné, neboť je nutné si uvědomit, že institut smíru nepřímo reflektuje zásadu uvedenou v § 5 SŘ v plném rozsahu, neboť ta se nevztahuje, jak je výše uvedeno, pouze ke spornému řízení. Samozřejmě si uvědomuji, že tato zásada není bezbřehá, a uplatní se pouze tehdy, pokud to povaha projednávané věci umožňuje. Pokud tak nastane, správní orgán se musí pokusit o to, aby došlo k smírnému odstranění rozporů, které brání řádnému projednání a rozhodnutí dané věci. Pokud má realizace této zásady znamenat nejen přijatelnost rozhodnutí pro účastníky, ale i například omezení uplatňování opravných prostředků a tím pádem i odbřemenění veřejné správy, domnívám se, že stojí za to, aby veřejná správa byla otevřená co nejširší oblasti využití mediace v rámci široké škály správní činnosti.

V souvislosti s výše uvedeným smírem je vhodné se zamyslet, zda i v případě přijímání samotných **veřejnoprávních smluv** (§ 159 a násl.

SŘ), tj. „dvoustranných či vícestranných správních úkonů, které zakládají, mění nebo ruší vztahy správního práva“, jejichž úpravu najdeme v části páté SŘ, nemůžeme dojít k závěru, že i zde by mohla být mediace prostředkem, jak docílit uzavření obsahu veřejnosprávní smlouvy. Veřejnosprávní smlouvy můžeme členit na koordinační (uzavírány mezi různými subjekty veřejné správy), subordinační (mezi subjekty veřejné správy a osobami, vůči nimž směřuje výkon veřejné správy; mohou být uzavírány namísto vydání vrchnostenského aktu, tzn. správního aktu *sensu stricto*) a veřejné smlouvy mezi adresáty veřejné správy (obsahem smluv může být přenos veřejnosprávní povinnosti, součinnost při plnění veřejnosprávní povinnosti, ale také smír či jiná dohoda k odstranění rozporů nebo nejasností),^[41] z čehož vyplývá vysoká pestrost a rozmanitost nejen samotného obsahu smluv, ale i možná rozdílnost postupů vedoucích ke shodě na obsahu konkrétní veřejnosprávní smlouvy. Proces uzavírání veřejnosprávní smlouvy může být tak hypoteticky spojen s určitým konfliktem stran na konkrétní úpravě práv a povinností, neboť aby opravdu došlo k jejich konsensu, často každá ze stran musí ze svých určitých požadavků nebo zájmů slevit. Po (delší) úvaze jsem proto dospěla k závěru, že právě mediace by mohla k uzavření fungující a efektivní veřejnosprávní smlouvy být nápomocná.

Za další nástroj považuji **institut uspokojení žalobce** (§ 62 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „SŘS“)^[42], kdy za jeho smyslem můžeme vidět jednak cíl umožnit v dané věci správnímu orgánu vydat nové rozhodnutí nebo opatření, popřípadě provést jiný úkon ve prospěch navrhovatele (tj. ochrana subjektivních práv ve správním soudnictví), adresáta veřejné správy, a to v průběhu řízení před soudem a jednak cíl zabránit samotnému zbytečnému jednání před soudem, neboť tento institut spočívající v odstranění příčiny je jedním ze způsobů skončení věci. Stejně jako v předchozím případě se zde presumuje, že k uspokojení se rozhodne sám správní orgán, resp. na návrh navrhovatele, který podal správní žalobu.^[43] Zákonodárce neřeší, jak by vlastně měl případně správní orgán dospět k tomu, že je na místě náprava jeho postupu (odpůrce uzná svou chybu a napraví ji). Pokud by mediace byla zakotvena jako předpoklad přístupu k soudu (tj. pro zahájení soudního řízení) anebo by byla ukotvena pravomoc soudců navrhnout stranám účast na mediaci,

domnívám se, že tento institut by mohl lépe dosáhnout cílů, za účelem kterých byl vytvořen (od břemenění, hospodárnost, rychlost...).

Dalším institutem, který považuji za důležité zmínit, je tzv. **dohodovací řízení**. Správní řád rovněž řeší úpravu konfliktů mezi správními orgány, a to ať již při kolizi věcné, např. kolizi dvou či více veřejných zájmů, kdy dotčené orgány mohou za převažující veřejný zájem spatřovat jiný než správní orgán rozhodující, a to i ve věcech kompetenčních. Co se týče rozporů mezi správními orgány, SŘ nabízí možnost obrácení se na společný nejbližší nadřízený správní orgán, aby rozpor odstranil, resp. pokud takový není, dochází k dohodovacímu řízení a předložení problematiky vládě v případě věcného sporu,^[44] anebo Nejvyššímu správnímu soudu,^[45] který rozhodne problematiku příslušnosti. Tento postup sice jistě povede k rozhodnutí o volbě řešení sporu, ale nepovede k naplnění zásady smírného řešení věci dle § 5 SŘ, která je dle mého názoru právě tou klíčovou, která „dveře“ pro umožnění mediace otevírá. Domnívám se, že pokud mezi správními orgány existuje určitý nesoulad, je tento ideálním prostorem, v rámci kterého by správní orgány mohly mediaci využít jako prostředek pro svou dohodu, neboť právě zprostředkovaná komunikace by mohla vést k rychlému docílení dohody a flexibilnějšímu řízení, a proto motivace správních orgánů vyřešit spornou záležitost co nejméně komplikovaně by mohla – vzhledem k principům činnosti správních orgánů – být vysoká.

V neposlední řadě chci připomenout existenci institutu **narovnání**. Nový zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, se svým obsahem inspiroval dohodou o narovnání ze zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, kdy tento institut, doposud neznámý pro správní právo, v ustanovení § 87 zakotvil.^[46] Čím se však bohužel neinspiroval, je inkorporace institutu obdobného probační a mediační službě, kdy jsem proto toho názoru, že zde existuje logický nesoulad a zákonodárce by měl do budoucna jasně určit, že k narovnání může přispět mediace a obeznámit tak obviněného a poškozeného o této možnosti.

Závěr

Na základě výše uvedeného jsem přesvědčena, že veřejná správa je oblastí, kde mediaci může najít své místo, a to jak v rámci SŘ, tak i SŘS. Její uplatnění, jak jsem naznačila, není vyčerpávající, když další možnost využití spatřuji např. v oblasti územního plánování (např. zakotvení povinnosti mediaci, resp. facilitace, v určité fázi při přijímání opatření obecní povahy de *lege ferenda*), v oblasti územního a stavebního řízení (např. v rámci rozhodování o /dodatečném/ povolení stavby) či v oblasti školství, vyvlastňovacího řízení (s ohledem na vysokou společenskou citlivost transparentního vyvažování zájmů je dle mého názoru mediaci na místě) nebo v oblasti služebního poměru.

Pokud má být mediaci důvěryhodným a využívaným nástrojem, je nezbytné pro ni vytvořit efektivní a předvídatelný právní rámec a zázemí, kdy právě v oblasti veřejné správy se domnívám, že institucionalizace mediaci je nezbytným předpokladem, který zároveň reflektuje v širším pojetí i samotný princip dobré správy projevový právě v organizační struktuře. Přestože je mediaci svým charakterem spíše neformálním institutem, je nutné v oblasti správního práva nastavit podrobnou právní úpravu, která bude garancí, že jde o spolehlivý a profesionální nástroj s možnostmi reálného praktického využití. Za tímto účelem je vhodné upravit např. konkrétní oblasti ve SŘ a SŘS, kde bude mít mediaci své místo, a to za současného zakotvení vykonatelnosti dohod uzavřených v rámci mediačního procesu či určité závaznosti mediačních dohod jako závazného podkladu pro činnost správních orgánů. Dále, pokud se navíc zamyslím nad uplatněním mediaci, v rámci funkčního pojetí veřejné správy je nutné pro zajištění fungování mediaci ve veřejné správě dle mého názoru dbát požadavku zakotvení určitých správních úřadů, které budou mediaci jako takovou zaštiťovat a povedou ke zvýšení využitelnosti mediaci. Mám za to, že by mohl existovat jeden ústřední správní úřad a současně i decentralizované místní či regionální správní úřady (činnost by mohly vykonávat obecní úřady jako jednu z činností státní správy, tzv. smírčí rady), které by zajišťovaly širokou přístupnost mediaci. Skutečnost, že by poskytování a organizování mediaci nebylo vázané na samosprávu, považuji jako praktické zejména ve vztahu k financování mediaci. Okrajově chci zmínit ještě druhou podoblast, kde by funkční zakotvení mediaci bylo na místě, a to oblast školské samosprávy. Jsem

totiž rovněž toho názoru, že by bylo vhodné, aby se zákonodárce zamyslel nad účelností vytvoření nového orgánu v rámci školské samosprávy, který by měl na starost realizaci mediace (příp. tzv. peer mediace) pro účely zvládání konfliktů ve školách právě na platformě školských zařízení, kdy k otázce prospěšnosti školské mediace odkazují na jiné zdroje, neboť z důvodu rozsahu mého příspěvku již není místo na její posouzení.

Já osobně vycházím z přesvědčení, že mediace může být efektivním nástrojem i pro správní právo, neboť může představovat aktivní roli správních orgánů při hledání řešení ve smyslu veřejného zájmu. Jde o nástroj, pomocí kterého správní orgány mohou dát najevo, že jsou připraveny a ochotni najít transparentní řešení jak mezi sebou (kolidující zájmy mezi správními orgány), tak společně s každým potenciálním účastníkem, s nímž přichází do kontaktu – a případného konfliktu. Jsem přesvědčena, že mediace, či případně jiná podobná forma alternativního řešení sporu, jako je např. facilitace, může být jedním z funkčních prostředků, který dokáže zajistit, aby správní orgán byl natolik obeznámen s různými názory a zájmy ostatních subjektů, že mu mediace zajistí tu nejlepší výchozí pozici pro veřejnosprávní činnost, jež bude splňovat veškerá zákonná kritéria a požadavky, které jsou na ni kladeny.

Použitá literatura

Tištěné zdroje:

1. HENDRYCH, Dušan. *Správní právo: obecná část*. 8. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012. ISBN 978-80-7179-254-3.
2. HOLÁ, Lenka. *Mediace: způsob řešení mezilidských konfliktů*. 1. vydání. Praha: Grada, 2003. Psyché (Grada). ISBN 80-247-0467-6
3. JEMELKA, Luboš, Milan PODHÁRZKÝ, Pavel VETEŠNÍK, Jitka ZAVŘELOVÁ, David BOHADLO a Petr ŠURÁNEK. *Soudní řád správní. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013. ISBN 978-80-7400-498-8.
4. JEMELKA, Luboš, Klára PONDĚLÍČKOVÁ a David BOHADLO. *Správní řád. Komentář*, 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2016. ISBN 978-80-7400-607-4.
5. JEMELKA, Luboš a Pavel VETEŠNÍK. *Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, Zákon o některých přestupcích. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017. ISBN 978-80-7400-666-1.
6. KŘIVOHLAVÝ, Jaro. *Mezilidské vztahy a jejich proměny v mediaci*. In: HOLÁ, Lenka. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Přeložila KLČOVÁ, Renata. Praha: Grada Publishing, 2013, s. 17-23. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-4109-3.

7. MOLITORIS, Peter. *Konsenzuálne prostriedky alternatívneho riešenia sporov v správnom konaní*. Košice 2016: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. ISBN 978-80-8152-467-7.
8. POTĚŠIL, Lukáš. Změny v organizaci státní správy. In: SLÁDEČEK, Vladimír, Kateřina FRUMAROVÁ a Petra MELOTÍKOVÁ). *Organizace státní správy – vývojové tendence*. Praha: Leges, 2014, s. 25-34. ISBN 978-80-7502-048-2.
9. POTOČKOVÁ, Dana. *Nejlepší je domluvit se, aneb, Průvodce mediačním procesem*. Praha: Alfom, 2013. ISBN 978-80-87785-00-3.
10. SLÁDEČEK, Vladimír. *Obecné správní právo. 3., aktualiz. a upr. vyd.* Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2013. ISBN 978-80-7478-002-8.

Elektronické zdroje:

1. BLAŽEK, Tomáš, Jan JIRÁSEK, Pavel MOLEK, Petr POSPÍŠIL, Vendula SOCHOROVÁ a Petr ŠEBEK. *Soudní řád správní, komentář. 3. aktualizace* [online]. Beck-online.cz, 2016 [cit. 2017-08-22]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=nnptembrgzpw62zsl4zq>
2. HRABCOVÁ, Dana. *Souhrnná zpráva o činnosti Veřejného ochránce práv za rok 2006* [online]. ochrance.cz, 2007 [cit. 2017-10-10]. Dostupné z: https://ochrance.cz/fileadmin/user_upload/zpravy_pro_poslaneckou_snemovnu/Souhrnna_z_prava_VOP_2006.pdf.
3. POUPEROVÁ, Olga, Ondřej VÍCHA, Ondřej a Filip DIENSTBIER. Specificities of the Garden Architecture Monuments from the Legal Point of View. *Acta Univ. Agric. Silvic. Mendelianae Brun* [online]. 2015, **63**(4), 1345-1355 [cit. 2017-08-22]. DOI: 10.11118/actaun201563041345. Dostupné z: https://acta.mendelu.cz/media/pdf/actaun_2015063041345.pdf
4. TRNKA, Daniel. *Modernizace veřejné správy* [online]. mvcr.cz, 2008 [cit. 2017-10-25]. Dostupné z: <http://www.mvcr.cz/clanek/modernizace-verejne-spravy-49614.aspx?q=Y2hudW09Mg%3D%3D>

Legislativní zdroje:

1. Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy zn. Rec (2001)9, o uplatňování alternativních řešení sporů ve veřejné správě [online]. coe.int, 2001 [cit. 2017-10-15]. Dostupné z: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2b59#globalcontainer
2. Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy zn. Rec (2007)7, o dobré veřejné správě [online]. coe.int, 2007 [cit. 2017-10-15]. Dostupné z: <https://rm.coe.int/16807096b9>
3. Listina základních práv Evropské unie ze dne 26. října 1952. Úř. věst. C 326, 26. října 2012, s. 391 – 407. [online]. Eur-lex.europa.eu, 2012 [cit. 2017-10-15]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=CS>>
4. Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna. *Vládní návrh na vydání zákona o mediaci a změně některých zákonů (důvodová zpráva)* [online]. psp.cz, 2011 [cit. 2017-10-15]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=72721>

5. Zákon č. 150/2002 Sb., Zákon soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů
6. Zákon č. 250/2016 Sb., Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů
7. Zákon č. 202/2001 Sb., Zákon o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci), ve znění pozdějších předpisů
8. Zákon č. 349/1999 Sb., Zákon o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů
9. Zákon č. 40/2009 Sb., Zákon trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
10. Zákon č. 500/2004 Sb., Zákon správní řád, ve znění pozdějších předpisů

Kontakt

Mgr. Tereza Chadimová

chadimova.tereza@seznam.cz

- [1] § 2 písm. a) zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci), ve znění pozdějších předpisů
- [2] § 3 odst. 3 zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci), ve znění pozdějších předpisů
- [3] § 8 odst. 1 písm. b) zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci), ve znění pozdějších předpisů.
- [4] Smírčí rady mají v Norsku již mnohaletou tradici, již v roce 1795 existoval tzv. Forliksrad, neboli smírčí komise; v současné době dle platné právní úpravy jsou 3 členné smírčí rady zřizovány ve všech obcích, kdy jejich členové jsou jmenováni na 4 roky obecním zastupitelstvem, jemuž jsou také odpovědní. Funkcí smírčích rad v Norsku je řešit veškeré spory mimo oblast trestní a rodinnou.
- [5] HOLÁ, Lenka. *Mediace: způsob řešení mezilidských konfliktů. 1. vydání*. Praha: Grada, 2003. Psyché (Grada), s. 163. ISBN 80-247-0467-6.
- [6] POTOČKOVÁ, Dana. *Nejlepší je domluvit se, aneb, Průvodce mediačním procesem*. Praha: Alfom, 2013, s. 23–25. ISBN 978-80-87785-00-3.
- [7] POTOČKOVÁ, Dana. *Nejlepší je domluvit se, aneb, Průvodce mediačním procesem*. Praha: Alfom, 2013, s. 23-25. ISBN 978-80-87785-00-3.
- [8] Parlament České republiky, Poslanecká sněmovna. Vládní návrh na vydání zákona o mediaci a změně některých zákonů (důvodová zpráva) [online]. psp.cz, 2011 [cit. 2017-10-15]. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=72721>
- [9] SLÁDEČEK, Vladimír. *Obecné správní právo. 3., aktualiz. a upr. vyd.* Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2013, str. 465–469. ISBN 978-80-7478-002-8.
- [10] Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy zn. Rec (2001)9, o uplatňování alternativních řešení sporů ve veřejné správě [online]. coe.int, 2001 [cit. 2017-10-15]. Dostupné z: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2b59#globalcontainer

- [11] KŘIVOHLAVÝ, Jaro. *Mezilidské vztahy a jejich proměny v mediaci*. In: HOLÁ, Lenka. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Přeložila KLČOVÁ, Renata. Praha: Grada Publishing, 2013. Psyche (Grada), s. 17. ISBN 978-80-247-4109-3
- [12] HENDRYCH, Dušan. *Správní právo: obecná část. 8. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 193-194. ISBN 978-80-7179-254-3
- [13] § 2 zákona č. 500/2004 Sb., Zákon správní řád, ve znění pozdějších předpisů
- [14] § 1 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., Zákon správní řád, ve znění pozdějších předpisů
- [15] HRABCOVÁ, Dana. *Souhrnná zpráva o činnosti Veřejného ochránce práv za rok 2006* [online]. ochrance.cz, 2007 [cit. 2017-10-10]. Dostupné z: https://ochrance.cz/fileadmin/user_upload/zpravy_pro_poslaneckou_snemovnu/Souhrnna_zprava_V_OP_2006.pdf.
- [16] Srov. čl. 41, Listina základních práv Evropské unie ze dne 26. října 2012. Úř. věst. C 326, 26. října 2012, s. 391 – 407. [online]. Eur-lex.europa.eu, 2012 [cit. 2017-10-15]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=CS>
- [17] Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy zn. Rec (2007)7, o dobré veřejné správě [online]. coe.int, 2007 [cit. 2017-10-15]. Dostupné z: <https://rm.coe.int/16807096b9>
- [18] Srov. Zákon č. 349/1999 Sb., Zákon o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů; zákon č. 500/2004 Sb., Zákon správní řád, ve znění pozdějších předpisů (jde rovněž o jednu ze zásad činnosti); zákon č. 255/2012 Sb., Zákon o kontrole (kontrolní řád), ve znění pozdějších předpisů...
- [19] POTĚŠIL, Lukáš. Změny v organizaci státní správy. In: SLÁDEČEK, Vladimír, Kateřina FRUMAROVÁ a Petra MELOTÍKOVÁ. *Organizace státní správy – vývojové tendence*. Praha: Leges, 2014, s. 25-34. ISBN 978-80-7502-048-2.
- [20] JEMELKA, Luboš, Klára PONĎELÍČKOVÁ a David BOHADLO. *Správní řád. Komentář, 5. vydání*. Praha: C.H.Beck, 2016, s. 21-32 (komentář k § 2 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4
- [21] Srov. princip zákonnosti ve vztahu k moci soudní (Článek 95 Ústavy České republiky, odst. 1: „Soudce je při rozhodování vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu; je oprávněn posoudit soulad jiného právního předpisu se zákonem nebo s takovou mezinárodní smlouvou., kdy soud je vázán pouze zákonem, nikoliv ostatními právními předpisy.“).
- [22] FRUMAROVÁ, Kateřina in MOLITORIS, Peter. *Konsenzuálne prostriedky alternatívneho riešenia sporov v správnom konaní*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2016, s. 58. ISBN 978-80-8152-467-7
- [23] JEMELKA, Luboš, Klára PONĎELÍČKOVÁ a David BOHADLO. *Správní řád. Komentář, 5. vydání*. Praha: C.H.Beck, 2016, s. 21-32 (komentář k § 2 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4
- [24] JEMELKA, Luboš, Klára PONĎELÍČKOVÁ a David BOHADLO. *Správní řád. Komentář, 5. vydání*. Praha: C.H.Beck, 2016, s. 21-23 (komentář k § 2 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4
- [25] MOLITORIS, Peter. *Konsenzuálne prostriedky alternatívneho riešenia sporov v správnom konaní*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2016, str. 63-65. ISBN 978-80-8152-467-7.
- [26] POUPEROVÁ, Olga, Ondřej VÍCHA, Ondřej a Filip DIENSTBIER. Specificities of the Garden Architecture Monuments from the Legal Point of View. *Acta Univ. Agric. Silvic. Mendelianae Brun* [online]. 2015, 63(4), 1345-1355 [cit. 2017-08-22]. DOI: 10.11118/actaun201563041345. Dostupné z: https://acta.mendelu.cz/media/pdf/actaun_2015063041345.pdf
- [27] JEMELKA, Luboš. PONĎELÍČKOVÁ, Klára. BOHADLO, David. *Správní řád. Komentář, 5. vydání*. Praha: C.H.Beck, 2016, s. 21-32 (komentář k § 2 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4

- [28] JEMELKA, Luboš. PONDĚLÍČKOVÁ, Klára. BOHADLO, David. *Správní řád. Komentář*, 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2016, s. 43 (komentář k § 5 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4
- [29] JEMELKA, Luboš. PONDĚLÍČKOVÁ, Klára. BOHADLO, David. *Správní řád. Komentář*, 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2016, s. 44-48 (komentář k § 6 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4
- [30] JEMELKA, Luboš. PONDĚLÍČKOVÁ, Klára. BOHADLO, David. *Správní řád. Komentář*, 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2016, s. 49-50 (komentář k § 7 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4
- [31] HENDRYCH, Dušan. *Správní právo: obecná část*. 8. vydání. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 55. ISBN 978-80-7179-254-3
- [32] MOLITORIS, Peter. *Konsenzuálne prostriedky alternatívneho riešenia sporov v správnom konaní*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2016, s. 67-68. ISBN 978-80-8152-467-7
- [33] MOLITORIS, Peter. *Konsenzuálne prostriedky alternatívneho riešenia sporov v správnom konaní*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2016, s. 69. ISBN 978-80-8152-467-7
- [34] Srov. Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy zn. Rec (2007)7, o dobré veřejné správě [online]. coe.int, 2007 [cit. 2017-10-15]. Dostupné z: <https://rm.coe.int/16807096b9>, kdy toto nabízí nejkomplexnější přehled principů dobré správy, mezi které řadí princip rovnosti a nediskriminace, nestrannosti a objektivitu, proporcionalitu, právní jistoty, rychlosti, spoluúčasti, souladu s právem, odpovědnosti a vstřícnosti vůči osobám, které se na správní orgán obrátí. Vzhledem k tomu, že tyto zásady jsou rovněž reflektovány v základních zásadách správního řádu, analýzu dílčích principů dobré správy považuji na tomto místě za nadbytečnou.
- [35] TRNKA, Daniel. *Modernizace veřejné správy* [online]. mvcr.cz, 2008 [cit. 2017-10-25]. Dostupné z: <http://www.mvcr.cz/clanek/modernizace-verejne-spravy-49614.aspx?q=Y2hudW09Mg%3D%3D>
- [36] HENDRYCH, Dušan. *Správní právo: obecná část*. 8. vydání. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 55. ISBN 978-80-7179-254-3
- [37] Pro činnost správních orgánů mají velký význam základní zásady upravené obecně v ustanovení § 2 až § 8 SŘ, jež se vztahují na veškerou činnost správních orgánů (výj. § 177 odst. 1 SŘ), jsou přímo aplikovatelné a navíc mohou sloužit k interpretaci jednotlivých ustanovení nejen SŘ.
- [38] MOLITORIS, Peter. *Konsenzuálne prostriedky alternatívneho riešenia sporov v správnom konaní*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2016, s. 12-16. ISBN 978-80-8152-467-7
- [39] JEMELKA, Luboš, Klára PONDĚLÍČKOVÁ a David BOHADLO. *Správní řád. Komentář*, 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2016, str. 678-684 (komentář k § 141 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4
- [40] Angl. General Data Protection Regulation neboli GDPR.
- [41] HENDRYCH, Dušan. *Správní právo: obecná část*. 8. vydání. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 238-260. ISBN 978-80-7179-254-3
- [42] JEMELKA, Luboš, Milan PODHÁRZKÝ, Pavel VETEŠNÍK, Jitka ZAVŘELOVÁ, David BOHADLO a Petr ŠURÁNEK. *Soudní řád správní. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 468-473 (komentář k § 62 SŘS). ISBN 978-80-7400-498-8
- [43] BLAŽEK, Tomáš, Jan JIRÁSEK, Pavel MOLEK, Petr POSPÍŠIL, Vendula SOCHOROVÁ a Petr ŠEBEK. *Soudní řád správní, komentář*. 3. aktualizace (komentář k § 62 SŘS) [online]. Beck-online.cz, 2016 [cit. 2017-08-22]. Dostupné z: <https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=nnptembrgzw62zsl4zq>

- [44] JEMELKA, Luboš, Klára PONDĚLÍČKOVÁ a David BOHADLO. *Správní řád. Komentář*. 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2016, s. 654 – 658 (komentář k § 136 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4
- [45] JEMELKA, Luboš, Klára PONDĚLÍČKOVÁ a David BOHADLO. *Správní řád. Komentář*, 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2016, s. 643 – 647 (komentář k § 133 SŘ). ISBN 978-80-7400-607-4
- [46] JEMELKA, Luboš a Pavel VETEŠNÍK, Pavel. *Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, Zákon o některých přestupcích. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 778 – 783 (§ 87). ISBN 978-80-7400-666-1

Mediation in Österreich: Ausgewählte Erfahrungen und Herausforderungen mit außergerichtlichen Streitbelegungsinstrumentarien

**Mediace v Rakousku: Vybrané zkušenosti a výzvy pro
mimosoudní řešení sporů**

Karin Sonnleitner

Karl-Franzens-Universität Graz, Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universitätsstraße 15, Graz

Abstract: Dieser Artikel bezieht sich zu der außerStreitlichen Streitbeilegung und der Problematik der Mediation in unterschiedlichen Gebieten der österreichischen Rechtsordnung. Die österreichischen alternativen Streitbelegungsinstrumentarien beziehen Mediation, Schlichtungsstellen und vermittelnde staatliche Einrichtungen ein, die teilweise konkurrierend nebeneinanderstehen. Wie die Anzahl der schlichtenden Einrichtungen erweitert sich die Diversität derselben und eine klare Abgrenzung der Merkmale und Tätigkeitsbereiche gestaltet sich für einen Streitbeteiligten selbst nach einer zeitintensiven und gründlichen Suche schwierig. Zudem sind die Nuancen zwischen verpflichtenden, alternativen Streitbelegungsverfahren und jenen, die freiwillig in Anspruch genommen werden können, vielfältig. Das Hauptthema wird von Konflikten zwischen Vermieterin und Mieter, Konflikte zwischen Nachbarn, Konfliktlösung bei behinderten, und zu der Schulmediation, genauer zu den Konflikten zwischen Lehrberechtigten und Lehrgängen.

Schlüsselwörter: Außerstreitliche Streitbeilegung, die Mediation, Schlichtungsstellen, Konfliktlösung zwischen Vermieterin und Mieter, Konfliktlösung zwischen Nachbarn, Konfliktlösung in Sonderpädagogik, der Schulmediation, Mediation innerhalb der Lehre.

Abstrakt: Tato studie se vztahuje k mimosoudnímu řešení sporu mediací v rámci různých oblastí rakouského právního řádu. Rakouské alternativní způsoby řešení sporu se dotýkají nejen samotné mediace, ale také smířčích míst a zprostředkujících státních zařízení a částečně si také navzájem konkurují. Tím, jak se počet smířčích institucí

zvyšuje, vzrůstá také diverzita samotných způsobů výkonu mediace a obtížnost odlišit je od sebe podle jednotlivých okruhů činnosti řešení sporu. Jednotlivé drobné odlišnosti mezi obligatorními způsoby přátelských řešení sporů a těmi, které je možné vykonávat dobrovolně, se postupem času stále obtížněji identifikují. Hlavním tématem tohoto článku je řešení konfliktů mezi nájemcem a pronajímatelem, řešení sporů mezi sousedy, řešení sporů v rámci speciálního školství a mediace v rámci učňovského školství, tedy při konfliktech mezi osobami oprávněnými učit a učit.

Klíčová slova: mimosoudní řešení sporu, mediace, smírčí místa, řešení konfliktů mezi nájemcem a pronajímatelem, řešení konfliktů mezi sousedy, řešení konfliktů ve speciálním školství, školská mediace, mediace v rámci učňovského školství.

Einleitung

Böhm^[1] konstatierte bereits 2001, dass Mediation und außergerichtliche Streitbeilegung in Österreich salonfähig geworden sind. Die Vermutung, dass im Jahr 2017 die Beständigkeit die Salonfähigkeit abgelöst hat, greift allerdings fehl. Vielmehr zeichnen sich unterschiedliche Konfliktlösungsmechanismen, die neben der gerichtlichen Verfahrenstür bestehen, durch eine Heterogenität in der Einleitung, im Verfahren selbst und in der Ergebnisfindung aus.

Bestimmungen über alternative Streitbeilegungsmechanismen zur Vermittlung in Auseinandersetzungen finden sich sowohl im österreichischen Rechtskanon als auch auf europäischer Ebene (beispielsweise die umzusetzende ADR-Richtlinie^[2] und die ODR-Verordnung^[3]). Wie die Anzahl der schlichtenden Einrichtungen erweitert sich die Diversität derselben und eine klare Abgrenzung der Merkmale und Tätigkeitsbereiche gestaltet sich für eine(n) Streitbeteiligte(n) selbst nach einer zeitintensiven und gründlichen Suche schwierig. Zudem sind die Nuancen zwischen verpflichtenden, alternativen Streitbeilegungsverfahren und jenen, die freiwillig in Anspruch genommen werden können, vielfältig. Dies zeigt sich schon bei einem im folgenden Beitrag anzustellenden Vergleich der konsensorientierten Instanzen, die Parteien vor der Einleitung eines Gerichtsverfahrens durchlaufen müssen bzw können.

Es lohnt sich daher, einen Blick auf die Mietschlichtungsstelle und die vermittelnden Elemente in Nachbarschaftskonflikten bei Entzug von Licht und Luft – wie es der österreichische Gesetzgeber beinahe kryptisch

benannt hat – auf das Behindertengleichstellungs- und -einstellungsrecht, den Ausbildungsübertritt von Lehrlingen und das Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (KindNamRÄG) zu werfen, um deren Gegensätze und Gemeinsamkeiten zu veranschaulichen.

1 Mietschlichtung

Die Überlastung der österreichischen Zivilgerichte aller Instanzen, im Speziellen aber der Bezirksgerichte, hat in den letzten Jahrzehnten den Ruf nach außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen in Mietangelegenheiten immer lauter werden lassen. Nach den wegen Verfassungswidrigkeit aufgelösten Mietkommissionen wurden Mietschlichtungsstellen geschaffen, die sich eine rasche, lebensnahe und unkomplizierte Entscheidungsfindung zum Ziel machten.[\[4\]](#)

Das Mietschlichtungsverfahren dient als verwaltungsbehördliches Vorverfahren, wobei Konfliktbeteiligte dieses in bestimmten Gemeinden und in taxativ aufgezählten Angelegenheiten verpflichtend durchlaufen müssen. Dadurch ergeben sich Verfahrensunterschiede, je nachdem in welcher Gemeinde das Mietobjekt gelegen ist und ob es sich um einen im Gesetz normierten Streitgegenstand (z.B. Mietzins-, Betriebskosten- oder Heizkostenüberprüfungen) handelt. Unter der Betrachtung, dass eine Mietschlichtungsstelle lediglich in 11 Gemeinden[\[5\]](#) eingerichtet ist und das Verfahren zudem nur unter bestimmten Voraussetzungen durchgeführt werden muss, verwundert es nicht, dass die Anzahl der eingebrachten Anträge – wie am Beispiel der Schlichtungsstelle in Graz ersichtlich – zwischen 1997 und 2007 stetig abnimmt. Ab 2007 ist eine bemerkenswerte Konstanz zu erkennen.

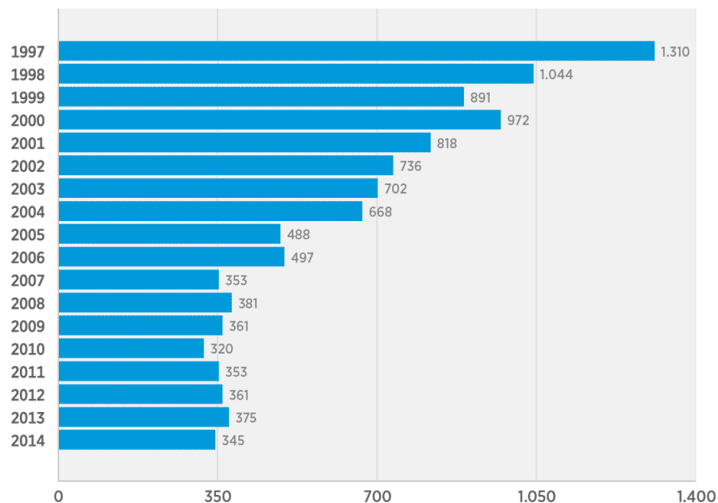


Abbildung 1: Anzahl der eingebrachten Anträge bei der Mietschlichtungsstelle Graz (1997-2014).

Den Rückgang führt der zuständige Schlichtungsreferent auf zwei Gründe zurück. Einerseits konstatiert er einen Kulturwandel in der Konfliktaustragung, da die Parteien die beratende, schlichtende und unterstützende Tätigkeit vor der Antragsstellung schätzen. Andererseits steht nicht mehr für alle Angelegenheiten ein(e) kostenlose(r) Amtssachverständige(r) zu Verfügung. [6]

In Gemeinden, in denen keine Mietschlichtungsstelle eingerichtet ist, können die Konfliktbeteiligten direkt den Gerichtsweg bestreiten, aber nicht die unentgeltliche Beratung von MietrechtsspezialistInnen in Anspruch nehmen. Für diesen Sachverhalt besteht kein paternalistischer Eingriff, wohingegen der Zwang, sich einem Schlichtungsverfahren zu unterwerfen, für jene MieterInnen und VermieterInnen gilt, die einen Streitgegenstand verwirklichen und zudem die Wohnung in einer Gemeinde gelegen ist, in der eine Mietschlichtungsstelle eingerichtet ist. Zu dieser Problematik sprach der Oberste Gerichtshof unter Bezugnahme auf den Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) aus, dass keine Person, „dessen Bestandobjekt in einer über die Schlichtungsstelle verfügenden Gemeinde liegt, schlechter gestellt“ [7] ist, als ein(e) BürgerIn, der/die mangels Schlichtungsstelle gleich einen Antrag bei Gericht stellen kann.

Trifft die Mietschlichtungsstelle binnen drei Monaten keine Entscheidung (§ 40 Abs 2 MRG), kann sich eine Partei an das Gericht wenden. Dadurch wird den Beteiligten einerseits ein überschaubarer Zeitrahmen geboten, um ihren Konflikt unter Anleitung der Schlichtungsstelle außergerichtlich

zu lösen, andererseits sind sie nicht gezwungen, lange auf eine allfällige Antragsstellung zu warten.

Wie die MietschlichtungsreferentInnen in einer rechtssoziologischen Erhebung versichern, nehmen die Parteien jedoch keinen „Umweg“ wahr, sondern empfinden das Verfahren als eine unbürokratische und vor allem kostenlose Informationsquelle. Primär versuchen die ReferentInnen auf eine gütliche Einigung nach Vornahme der Ermittlung hinzuwirken. Erst nach einem erfolglosen Versuch können sie ebenfalls einen durchsetzbaren Bescheid, d.h. einen Exekutionstitel erlassen.[\[8\]](#)

Sind die Konfliktbeteiligten mit diesem Ergebnis nicht zufrieden, steht ihnen zwar keine weitere verwaltungsbehördliche Instanz zur Verfügung, wohl aber der ordentliche Rechtsweg zum örtlich zuständigen Bezirksgericht (§ 40 MRG). Diese Konstellation widerspricht zwar dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art 94 B-VG), wonach ein wechselseitiger Instanzenzug zwischen einer Verwaltungsbehörde und einem Gericht unzulässig ist. Der österreichische Gesetzgeber hat mit dem sukzessiven Instanzenzug die Verfassungswidrigkeit umgangen, indem die verwaltungsbehördliche Entscheidung der Schlichtungsstelle außer Kraft tritt, das Gericht das Verfahren von Neuem beginnt und über die Rechtssache entscheidet.[\[9\]](#)

Wie schon dieser kurze Überblick zeigt, müssen die an Mietkonflikten Beteiligten genau wissen, ob eine verpflichtend in Anspruch zu nehmende Schlichtungsstelle in ihrer Gemeinde eingerichtet ist, ob ihr Streitgegenstand im Anwendungsbereich derselben umfasst ist und dass das Bezirksgericht zuständig ist.

Im Verhältnis dazu können Parteien von bestimmten Nachbarschaftskonflikten unterschiedliche gesetzlich verankerte Möglichkeiten zur Streitaustragung nutzen.

2 Nachbarschaftskonflikte bei Entzug von Licht und Luft

Ein obligatorischer, außergerichtlicher Streitbeilegungsversuch, dessen Anwendungsbereich nicht wie bei mietrechtlichen Konflikten

geographisch begrenzt ist, ist eine Prozessvoraussetzung für Beschattungs- und Belüftungsbehinderungsstreitigkeiten zwischen NachbarInnen. Bei der Gesetzwerdung des gegenständlichen § 364 Abs 3 ABGB stand genauso die Entlastung der Gerichte im Mittelpunkt, denn nachbarschaftliche Konflikte sollten durch einen außergerichtlichen Streitbeilegungsversuch leichter „an der Wurzel“ gelöst werden können.[\[10\]](#) GrundstückseigentümerInnen können seit 2004 ihre NachbarInnen die von deren Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht oder Luft insoweit untersagen, als diese das ortsübliche Maß überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks führen.[\[11\]](#)

Als Beispiel für den Entzug von Luft ist die Verhinderung des Kaltluftabzuges zu nennen, wodurch Rebstöcke absterben oder Rasenflächen vermoosen können. Resultat von Entzug von Licht durch einen Sichtschutz könnte sein, dass der/die NachbarIn dauerhaft Kunstlicht nutzen müsste.

Verfahrensrechtlich sind die Parteien nicht an eine spezielle Einrichtung gebunden, sondern müssen sich zwischen einer Schlichtungsstelle (z.B. Schlichtungsstellen der Rechtsanwalts- oder Notariatskammer), dem Gericht (Beantragung eines prätorischen Vergleichs), einem Mediationsverfahren und den Gemeindesvermittlungsämtern entscheiden. Die verpflichtende Inanspruchnahme einer der genannten Instanzen bildet eine Prozessvoraussetzung.[\[12\]](#) Die Auswahl der Konfliktbeilegungsinstrumentarien ist allerdings heterogen, insbesondere wenn sich die Streitbeteiligten das Ergebnis vor Augen führen. Ein(e) MediatorIn als fachlich ausgebildete(r) neutrale(r) VermittlerIn ist dazu angehalten, die Kommunikation und die Lösungsfindung zwischen den Parteien zu fördern. Er/sie darf weder eine Entscheidung im Konflikt treffen noch Lösungsvorschläge unterbreiten. Letzteres ist von der Kompetenz einer Schlichtungsstelle abgedeckt. Der prätorische Vergleich (§ 433 Abs 1 ZPO), der vor der Klagseinbringung beim Bezirksgericht versucht werden kann, enthält als vollstreckbarer Exekutionstitel die verbindlichste Qualität. Erst nach einem der beschriebenen Kalmierungsalternativen kann eine Klage bei dem zuständigen Gericht eingebracht werden.[\[13\]](#)

Um das Recht auf ein Verfahren vor dem/der gesetzlichen RichterIn (Art 83 Abs 2 B-VG) nicht zu umgehen und den Grundsatz des fair trial (Art 6 EMRK) zu wahren, ist eine Klagseinbringung zulässig, wenn nicht innerhalb von drei Monaten ab Einleitung eines Schlichtungsverfahrens, ab Einlangen eines Antrages zu einem prätorischen Vergleichsversuch bei Gericht oder ab Beginn einer Mediation die Streitparteien eine Einigung erzielen.[\[14\]](#)

Aus der Perspektive eines Konfliktmanagers bzw. einer Konfliktmanagerin und nicht aus jener eines Juristen bzw. einer Juristin ist vor der Wahl der geeigneten Interventionsmethode jedoch der Eskalationsgrad der Auseinandersetzung zu klären. Glasl[\[15\]](#) führt dazu aus, dass Nachbarschaftskonflikte in seinem 9-stufigen Phasenmodell einen Eskalationsgrad von 4-7 aufweisen. Es gilt zu bedenken, dass NachbarInnen sich bereits in negative Rollen manövrieren und bekämpfen (Phase 4), sich öffentlich und direkt angreifen (Phase 5), sich gegenseitig bedrohen (Phase 6) und schon begrenzte Vernichtungsschläge (Phase 7) ausführen. Folglich müssten Konfliktparteien ihren Eskalationsgrad selbständig bestimmen, um danach eine Auswahl zwischen den normierten Alternativen treffen zu können.

Mangels rechtssoziologischer Erhebungen ist hingegen der Schluss zu ziehen, dass NachbarInnen aufgrund des einfachen Zugangs zu dem prätorischen Vergleich diesen am häufigsten wählen. Denn möchte beispielsweise ein Betroffener eine Klage einbringen, weil ihm die Thujahecke seiner Kontrahentin ganztags die Sonne und somit das Tageslicht nimmt, wendet er sich an das Gericht, bei dem er direkt vor Einleitung des Verfahrens einen prätorischen Vergleich durchführen lassen kann. Er muss sich nicht darum kümmern, sich mit seiner Nachbarin über eine(n) akzeptierte(n) MediatorIn zu einigen. Auch bei der Inanspruchnahme eines Schlichtungsverfahrens oder eines Gemeindesvermittlungsamtes müssten die Beteiligten eine zusätzliche Stelle aufsuchen.

Aufgrund der dargestellten Bandbreite der Verfahren müssen die Parteien darüber reflektieren, an welche Einrichtung sie sich entsprechend ihrem Eskalationsgrad wenden, weshalb sie ebenfalls eine umfassende Auskunft

darüber benötigen würden, dass bestimmte „Auswege“ überhaupt existieren.

3 Streitbeilegung in der Behindertengleichstellung und -einstellung

Detaillierter als im Nachbarschaftsrecht grenzt das Behindertengleichstellungsrecht den Anwendungsbereich einer einzigen Schlichtungsinstanz ein. Denn fühlt sich ein Mensch mit besonderen Bedürfnissen diskriminiert, ist ein Verfahren beim Sozialministeriumservice zwingend einzuleiten.

In Angelegenheiten der Gleichstellung allgemein (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz[\[16\]](#)) und bei der Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen in der Arbeitswelt (Behinderteneinstellungsgesetz[\[17\]](#)) sind seit Einführung des Gesetzespakets, das am 01. 01. 2006 in Kraft trat, Schlichtungsverfahren bei Konflikten durchzuführen. Dieses einer gerichtlichen Geltendmachung vorgeschaltete Verfahren, dessen Durchführung den MitarbeiterInnen des Sozialministeriumservice vorbehalten ist, zielt wiederum auf eine Gerichtsentslastung sowie auf die Herbeiführung eines einvernehmlichen Ausgleichs der Interessensgegensätze zwischen den Parteien ab. Als zusätzliches Konflikt-handhabungsinstrument dient die Mediation. Da diese auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit beruht, können die Parteien das Angebot auch ohne Angabe von Gründen ablehnen.[\[18\]](#) Der österreichische Gesetzgeber versuchte, mit der Unentgeltlichkeit der Mediation einen Anreiz zu schaffen, diese tatsächlich in Anspruch zu nehmen.

Jene legistische Überlegung griff zu kurz, denn zwischen 2006 und 2014 fanden in den insgesamt 1719 Schlichtungsverfahren lediglich 25 Mediationen statt.[\[19\]](#) Diese Kennzahlen belegen jenen Umstand klar, über den in den oben aufgezeigten Nachbarschaftsstreitigkeiten nur Vermutungen angestellt werden können. Stehen schlichtende Mechanismen der Mediation gegenüber, die im Fall des Behindertengleichstellungspakets vielmehr als „Beiwagen“ zu dem Verfahren des Sozialministeriumservice selbst dient, entsteht eine

ungewollte Konkurrenz. Denn außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen sollten gerade nicht in einen Wettbewerb untereinander treten, sondern die Beteiligten sollten nach einer individuellen Konfliktanalyse die Chance haben, zwischen diesen entsprechend ihren Interessen und Bedürfnissen auszuwählen.

Kein alternatives Verfahren ist bei der außerordentlichen Auflösung eines Lehrverhältnisses zugelassen, weshalb in dieser Situation der stärkste paternalistische Eingriff der analysierten Konfliktbeilegungsmechanismen auszumachen ist.

4 Lehrlingsmediation

Im Verhältnis zu den bereits thematisierten Normen geht § 15a Bundesausbildungsgesetz^[20] mit einem verpflichtenden Mediationsverfahren bei der Auflösung eines Lehrverhältnisses noch einen Schritt weiter. Diese Obligation ist in der österreichischen Rechtsordnung einmalig.^[21]

Demzufolge kann ein(e) Lehrberechtigte(r) einseitig und vorzeitig ohne wichtigen Grund unter Einhaltung bestimmter Fristen und Formerfordernisse ein Lehrverhältnis nur auflösen, wenn er/sie eine Mediation initiiert hat. Der Zweck derselben liegt gem § 15a Abs 5 BAG darin, die Problemlage für die Beteiligten nachvollziehbar darzustellen und zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Fortsetzung des Lehrverhältnisses möglich ist.

§ 15a BAG setzt zwei Auflösungsstermine fest. Der Erste ist, unabhängig von der Dauer der Lehrzeit, zum Ablauf des letzten Tages des 12. Monats der Lehrzeit. Bei Lehrzeiten von drei, dreieinhalb oder vier Jahren besteht zusätzlich die Möglichkeit, das Lehrverhältnis zum Ablauf des letzten Tages des 24. Monats aufzulösen.

Möchte der/die Lehrberechtigte das Lehrverhältnis vorzeitig beenden, hat er/sie die Rechtswirksamkeitsvoraussetzungen der Durchführung einer Mediation und der Erklärung der Beendigung derselben (§ 15a Abs 6 BAG) zu beachten.

Der erste Schritt besteht darin, dass der/die Lehrberechtigte spätestens bis zum Ende des 9. bzw 21. Lehrmonats den Lehrling und die Lehrlingsstelle

über die Auflösungsabsicht informieren muss. Des Weiteren hat er/sie eine(n) in die Liste des Bundesministeriums für Justiz eingetragene(n) MediatorIn auszuwählen und dem Lehrling mitzuteilen. Bei der Ablehnung des Mediators oder der Mediatorin muss der/die Lehrberechtigte unverzüglich zwei weitere MediatorInnen vorschlagen. Trifft der/die Auszubildende keine Auswahl, ist der/die im Vorschlag erstgenannte MediatorIn bis zum Ende des 10. bzw 22. Lehrmonats (§ 15a Abs 5 Satz 4 BAG) zu bestellen.[\[22\]](#) Konfliktbeteiligte sind grundsätzlich der/die Lehrberechtigte und der Lehrling, wobei bei Minderjährigkeit darüber hinaus der/die gesetzliche VertreterIn und auf Verlangen eine Vertrauensperson in die Mediation einzubeziehen sind.[\[23\]](#)

Da im Falle der außerordentlichen Auflösung die Mediation eventuell einen “Umweg“ darstellt, ist anzuführen, dass der Zwang bis zum Ende der ersten Mediationssitzung reicht. Der Oberste Gerichtshof[\[24\]](#) stellte 1997 fest, dass sich eine Partei nicht gegen ihren Willen auf die Mediation als alternatives Konfliktlösungsmodell einlassen muss. Gesetzlich obliegt dem/der Lehrberechtigten folglich eine bloße Einlassungs-, nicht aber eine explizite Mitwirkungspflicht. Diese(r) kann auf die Auflösung beharren, ohne spezifische Gründe dafür angeben zu müssen. Der Zwang zur ersten Sitzung entfällt ausschließlich, wenn der Lehrling die Teilnahme an der Mediation schriftlich ablehnt und seine Erklärung nicht binnen 14 Tagen widerruft. Bei Widerruf verkürzt sich das Mediationsverfahren um den entsprechenden Zeitraum.[\[25\]](#)

Beginn des Lehrverhältnisses	01.10.2017
Mitteilung der Auflösungsabsicht	30.06.2018
Auftrag an MediatorIn	Bis spätestens 31.07.2018
Ende des Mediationsverfahrens	25.08.2018
Schriftliche Auflösungserklärung	Bis spätestens 31.08.2018
Ende des Lehrverhältnisses	30.09.2018 (Ende 1. Lehrjahr)

Tabelle 1: Beispiel für den Ablauf einer außerordentlichen Auflösung eines Lehrverhältnisses nach § 15a BAG.

Ohne die Einhaltung der in Tabelle 1 veranschaulichten Verfahrensschritte und Fristen ist die Auflösungserklärung aufgrund des besonderen

Bestandschutzes von Lehrverhältnissen rechtsunwirksam. Lehrberechtigte nutzen den veranschaulichten Ablauf selten, obgleich es auch in diesem Bereich an einer österreichweiten und zugleich zugänglichen Statistik fehlt. Zur besseren Einordnung ist auf die Steiermark Bezug zu nehmen, in der 5 Auflösungen nach § 15a BAG im Jahr 2016 stattfanden.

Die beschriebenen Auflösungsstermine sind auf den ersten Blick leicht nachvollziehbar, allerdings ist zu hinterfragen, welche Termine gelten, wenn die vorgeschriebene Lehrzeit nicht mit der Dauer des Lehrverhältnisses übereinstimmt. Zu dieser Fallkonstellation sprach der OGH^[26] aus, dass es bei den Auflösungssterminen (Ablauf des 12. oder 24. Monats) nicht auf die Dauer des Lehrvertrags bei dem/der jeweiligen Lehrberechtigten ankommt.

Im zu entscheidenden Sachverhalt begann die Klägerin am 01.09.2011 eine dreijährige Lehre als Floristin, wobei sie ihre Lehre am 10.09.2012 bei einer anderen Lehrberechtigten, der Beklagten, fortsetzte. Diese wollte das Lehrverhältnis mit einer schriftlichen Mitteilung am 27. 05. 2013 ohne wichtigen Grund gem § 15a BAG auflösen.

In der Mitteilung war als Lehrzeitbeginn der 10. 09. 2012 und als Lehrzeitende der 09. 09. 2013 angegeben. Zwischen 12. 06. 2013 und 28.08.2013 befand sich die Klägerin im ordnungsgemäß gemeldeten Krankenstand. Die Klägerin lehnte am 27. 06. 2013 mit eingeschriebenem Brief die von der Beklagten vorgeschlagene Mediatorin ab und nannte eine andere Mediatorin. Am 19. 07. 2013 informierte die Beklagte die Mutter der Klägerin, dass die gewünschte Mediatorin nicht verfügbar ist und forderte die Klägerin zu einer neuerlichen Auswahl auf. Würde die Beklagte bis 25. 07. 2013 keine Auswahl erhalten, würde sie die Mediatorin F beauftragen.

Die Klägerin nannte der Beklagten am 25. 07. 2013 per SMS den Mediator S, der einen Termin für 29. 07. 2013 nachmittags festlegte. Wenige Stunden vor der Mediationssitzung erhielt die Beklagte vom Lebensgefährten der Mutter der Klägerin die Nachricht, dass sich die Klägerin noch im Krankenstand befindet und den Termin nicht wahrnehmen kann.

Trotz der Kenntnis über den Krankenstand der Klägerin traf die Lehrberechtigte Mediator S zum vereinbarten Zeitpunkt. Dieser erhielt

von ihr die Auskunft, dass sie alle Frist- und Formerfordernisse eingehalten hat und wusste nicht, dass sich die Klägerin im 2. Lehrjahr befindet. Der Mediator S führte mit der Beklagten ein 20- bis 30-minütiges Gespräch und erklärte das Verfahren für beendet. Die Klägerin erhielt die Formulare mit der Erklärung des Ergebnisses des Mediationsverfahrens und des Ausbildungsübertritts. Das Lehrverhältnis endete am 09. 09. 2013.

Der Oberste Gerichtshof stellte in seiner Entscheidung klar, dass sich sowohl aus den Materialien^[27] als auch aus dem Gesetzeswortlaut die genauen Auflösungsstermine ergeben. Es ist von der generell festgelegten Lehrzeit für den jeweiligen Lehrberuf auszugehen und folglich gibt es für jeden Lehrberuf immer nur ein erstes Lehrjahr. In casu begann das erste Lehrjahr der Klägerin als Floristin bei ihrer ersten Lehrstelle am 01. 09. 2011. Sie setzte ihre Ausbildung bei der Beklagten in demselben Lehrberuf fort. Nach Auffassung des OGH ist bei der Auslegung von § 15a BAG bei der Wortfolge „der Lehrzeit“ die generell-abstrakte Dauer derselben iSd § 6 BAG zu verstehen und nicht die individuell-konkrete Dauer des/der Auszubildenden. Die vorzeitige Beendigung mit 09. 09. 2013 ist folglich rechtsunwirksam, da die Beklagte das Lehrverhältnis spätestens zum 31.08.2013 auflösen hätte müssen. Das Mediationsverfahren hätte überdies am 26. 07. 2013 abgeschlossen sein müssen.

Für Lehrberechtigte bedeutet dies, dass für sie die Möglichkeit der außerordentlichen Auflösung erlischt, sofern der Lehrling, der die Ausbildungsstätte gewechselt hat, sich bereits im 25. Lehrmonat befindet. Jedenfalls ist bei einem Wechsel darauf zu achten, dass bereits absolvierte Lehrmonate bei einem Ausbildungsübertritt nach § 15a BAG zu berücksichtigen sind.

5 Mediation als probates Mittel zur Förderung des Kindeswohls

Durch das KindNamRÄG 2013^[28] wurde § 107 Abs 3 AußStrG eingeführt, der ein Bündel von gerichtlichen Maßnahmen enthält, die der Sicherung des Kindeswohles dienen. Nunmehr darf der/die RichterIn die

Parteien nicht nur zu einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung verpflichten (§ 107 Abs 3 Z 1 AußStrG), sondern auch die Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder ein Schlichtungsverfahren anordnen (§ 107 Abs 3 Z 2 AußStrG). Zu den weiteren Maßnahmen zählen die Teilnahme an einer Beratung oder Schulung zum Umgang mit Gewalt und Aggression (Z 3), das Verbot zur Ausreise mit dem Kind (Z 4) und die Abnahme der Reisedokumente des Kindes (Z 5).

Für diese Konstellation hat der österreichische Gesetzgeber ein Modell gewählt, in dem der/die RichterIn ein Anordnungsrecht zu einem Mediations- oder Schlichtungsverfahren besitzt. Aufgrund des Spannungsverhältnisses zu Art 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) wurde auch in § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG eine dem Gerichtsverfahren vorgelagerte verpflichtende Mediation nicht eingeführt.[\[29\]](#)

Bereits mehrmals setzte sich der Oberste Gerichtshof bereits mit § 107 Abs 3 AußStrG auseinander. Jüngst galt es, im Zusammenhang mit einer „Zwangsmediation“ nach § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG zu analysieren, ob ein(e) RichterIn über den Besuch eines Erstgesprächs hinaus die Teilnahme an mehreren Mediationssitzungen anordnen kann.[\[30\]](#) Zumal sich der Gesetzgeber klar von einer verpflichtenden Teilnahme an einer Mediation distanziert hat und diese mit der Grundidee einer konstruktiven Gesprächsführung nicht vereinbar ist, steht dem/der RichterIn ausschließlich die Anordnung zur Teilnahme an einem Erstgespräch zur Verfügung.[\[31\]](#)

Trotz der Entscheidung ist neben einer rechtssoziologischen Analyse für ein weiteres Legislativprojekt in diesem Bereich anzuregen, dass unter Einhaltung einer entsprechenden Frist, beispielsweise drei Monate wie bei einem Mietschlichtungsverfahren, eine obligatorische Mediation oder Schlichtung von den Parteien durchzuführen ist.[\[32\]](#)

Fazit

Schon bei der kurzen Gegenüberstellung der Verfahren und deren Komplexität zeigt sich, dass eine derartige Heterogenität immer mehr Probleme, z.B. die gleiche Behandlung aller Betroffenen, die Informationsweitergabe, die Kostentragung oder die Qualität des

Ergebnisses, für das Rechtssystem aufwirft. Dabei gilt es zu bedenken, dass die Schwierigkeiten bereits entstehen, bevor der/die VermittlerIn den eigentlichen Konfliktbereinigungsprozess startet. Denn in einer empirischen Erhebung unter Streitparteien zum Mikroprozess der Tätigkeit von SchlichterInnen und MediatorInnen wurde erkennbar, dass die Ergebniszufriedenheit von unterschiedlichen Faktoren wie dem Zeitaufwand, Geld, der Möglichkeit zur Kommunikation, Experteninformation, Alter oder Geschlecht abhängig ist. Die thematisierte Verpflichtung zu einer alternativen Vermittlung rückt in den Hintergrund. Zudem zielen die Verfahren nicht nur auf einen Gerichtsentlastungseffekt ab, sondern sollten ebenfalls kosten- und zeitsparend für die Beteiligten sein.

Wenngleich die aufgezeigte Heterogenität zwischen den Beispielen kritisch zu hinterfragen ist, steht fest, dass nicht jeder Konflikt für denselben Streitbeilegungsmechanismus geeignet ist. Deshalb würde sich neben der „Böhm’schen Salonfähigkeit“ ein Rückblick in das Jahr 1976 lohnen, in dem Sander[\[33\]](#) die Initiierung eines Multi-door-Court-house vorgeschlagen hat, in dem Parteien Informationen über das Gericht, schlichtende Einrichtungen[\[34\]](#) über die Mediation erhalten. Mit genügend Hintergrundwissen wären sie in der Lage, sich für den individuell geeigneten Konfliktaustragungsweg zu entscheiden, sodass ihnen allfällige „Irrwege“ erspart bleiben.

Literaturverzeichnis

1. Böhm Peter, Mediationsverfahren in Österreich, in: Nautz/Brix/Luf (Hrsg), Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft (Wien 2001) 161.
2. Burger Florian, 10 Stolpersteine auf dem Weg zum Ausbildungsübertritt, ZAS 2010/28, 162.
3. Burger Florian, Aktuelle Entwicklungen zur Beendigung von Lehrverhältnissen, in: Wachter/Burger (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht (Innsbruck 2009) 65.
4. Ferz Sascha/Adler Peter, Mediation im Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz und im Behinderteneinstellungsgesetz, in: Pretenthaler-Ziegerhofer (Hrsg), Menschen mit Behinderung: Leben wie andere auch? (Graz 2006) 329.
5. Fichtinger Wolfgang, Negative Immissionen – Judikaturüberblick und ausgewählte Fragen, Zivilrecht aktuell 2012, 123.
6. Fucik Robert, Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG, ÖJZ 2013, 297.

7. Glavac Peter, Mediation im Nachbarschaftsrecht, immolex 2006, 177.
8. Glasl Friedrich, Konfliktmanagement (Bern 2013)
9. Heindl Peter/Lenk Friederike, Das Verfahren der Schlichtungsstelle (Wien 2003).
10. Höllwerth Johann, Obsorgeverfahren und Durchsetzung der Obsorge, einschließlich (vorläufige) Obsorgemaßnahmen, in: Gitschthaler (Hrsg), KindNamRÄG 2013 (Wien 2013) 211.
11. Philadelphia Valentina/Schuster Mathias, Mediation zur Sicherung des Kindeswohls in: Gitschthaler (Hrsg), KindNamRÄG 2013 (Wien 2013) 311.
12. Kissich Susanne/Pfurtscheller Bettina, Der Baum am Nachbargrund – wirksamer Rechtsschutz durch das Zivilrechts-Änderungsgesetz, ÖJZ 2004, 706.
13. Koch Eveline, Lehrvertragsauflösung nach Mediation gesetzlich verankert, taxlex 2008, 392.
14. Matzl Christine/Prokop-Zischka Andrea/Ferz Sascha, Mediation in Austria, in: Alexander (Ed), Global Trends in Mediation (Alphen aan den Rijn 2006) 65.
15. Sander Frank, Varieties of dispute processing, Federal Rules Decisions 1976, 111.
16. Schauer-Degelsegger Susanne, Nachbarrechtlicher Schutz vor Entzug von Licht und Luft, wobl 2004, 47.
17. Sonnleitner Karin, Wege aus dem Konflikt. Mediation – Schlichtung – Gericht (Graz 2015).
18. Sonnleitner Karin/Ferz Sascha, Die Ombudsperson im Zeichen von Heterogenität und Beständigkeit, perspektive mediation 2015, 73.

Kontakt

Dr. iur. Dr. phil Karin Sonnleitner

karin.sonnleitner@uni-graz.at

- [1] BÖHM. Mediationsverfahren in Österreich, in: Nautz/Brix/Luf (Hrsg), Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft (2001) 161 (161).
- [2] Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 5. 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – RL ADR).
- [3] Verordnung 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 5. 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten).
- [4] Heindl/Lenk, Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle (2003) 17.
- [5] Graz, Innsbruck, Klagenfurt, Leoben, Linz, Mürzzuschlag, Neunkirchen, Salzburg, St. Polten, Stockerau und Wien.

- [6] *Sonnleitner*, Wege aus dem Konflikt. Mediation – Schlichtung – Gericht (2015) 165 f.
- [7] OGH 25. 06. 2002, 5 Ob 144/02s
- [8] *Sonnleitner*, Wege aus dem Konflikt 187.
- [9] *Heindl/Lenk*, Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle 22.
- [10] *Fichtinger*, Negative Immissionen - Judikaturüberblick und ausgewählte Fragen, Zivilrecht aktuell 2012, 123 (124, 127).
- [11] *Kissich/Pfurtscheller*, Der Baum am Nachbargrund – wirksamer Rechtsschutz durch das Zivilrechts-Änderungsgesetz, ÖJZ 2004, 706 (708 f).
- [12] *Mattl/Prokop-Zischka/Ferz*, Mediation in Austria, in: Alexander (Hrsg), Global Trends in Mediation (2006) 65 (65).
- [13] *Glavac*, Mediation im Nachbarschaftsrecht, immolex 2006, 177 (177).
- [14] *Schauer-Degelsegger*, Nachbarrechtlicher Schutz vor Entzug von Licht und Luft, wobl 2004, 47 (50).
- [15] *Glasl*, Konfliktmanagement, ein Handbuch für Führungskräfte Beraterinnen und Berater (2013) 233 ff.
- [16] Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG, BGBl I 82/2005, idF BGBl I 155/2017.
- [17] Behinderteneinstellungsgesetz – BEinstG, BGBl 22/1970, idF BGBl I 155/2017.
- [18] *Ferz/Adler*, Mediation im Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz und im Behinderteneinstellungsgesetz, in: Prettenthaler-Ziegerhofer (Hrsg), Menschen mit Behinderung: Leben wie andere auch? (2006) 329 (329).
- [19] *Sonnleitner*, Wege aus dem Konflikt 127.
- [20] Bundesgesetz vom 26. März 1969 über die Berufsausbildung von Lehrlingen (Berufsausbildungsgesetz – BAG), BGBl 142/1969, idF BGBl I 78/2015.
- [21] *Burger*, Aktuelle Entwicklungen zur Beendigung von Lehrverhältnissen, in: Wachter/Burger (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht (2009) 65 (78).
- [22] *Koch*, Lehrvertragsauflösung nach Mediation gesetzlich verankert, taxlex 2008, 392 (393 f).
- [23] *Burger*, 10 Stolpersteine auf dem Weg zum Ausbildungsübertritt, Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2010, 162 (167).
- [24] OGH 15. 07. 1997, 1 Ob 161/97a.
- [25] *Burger*, Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2010, 166.
- [26] OGH 29. 4. 2015, 9 ObA 38/15a.
- [27] RV 505 BlgNR 23. GP 7.
- [28] Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG), BGBl I 111/2003 idF BGBl I 59/2017; siehe auch AB 2087 Blg XXIV. GP.
- [29] *Fucik*, Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG, ÖJZ 2013, 297 (298).
- [30] OGH 26.04.2017, 7 Ob 46/17s.
- [31] *Höllwerth*, Obsorgeverfahren und Durchsetzung der Obsorge, einschließlich (vorläufige) Obsorgemaßnahmen, in: Gitschthaler (Hrsg), KindNamRÄG 2013 (2013) 211 (222); *Philadelphia/Schuster*, Mediation zur Sicherung des Kindeswohls in: Gitschthaler (Hrsg), KindNamRÄG 2013 (2013) 311 (312 ff.)
- [32] *Sonnleitner*, Wege aus dem Konflikt 143 f.
- [33] Sander, Varieties of dispute processing, Federal Rules Decisions 1976, 111-134.
- [34] *Sonnleitner/Ferz*, Die Ombudsperson im Zeichen von Heterogenität und Beständigkeit, perspektive mediation 2015, 73 (73 ff).

Mediation in Deutschland: Erfahrungen und Probleme insbesondere im Bereich des Gesundheitsrechts

Mediace v Německu: zkušenosti a problémy, zejména v oblasti zdravotního práva

Marina Tamm

Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Bebelplatz 2, Berlin,

Hochschule Neubrandenburg, Brodaer Straße 2, Neubrandenburg

Abstract: Dieser Artikel bezieht sich zu der Problematik der Mediation in Deutschland und der unterschieden die man zwischen der Arten der Schlichtung und der Mediation erkennen sollte. Der Beitrag bezieht sich zu der Schlichtung Schlichtungsstellen bei der Deutschen Ärztekammern und der Bedeutung der außer Streitlichen Lesung der Streitigkeiten zwischen Krankenhauses und Patienten. Die Autorin widmet sich der materiellrechtlichen Grundlagen für Arzt Haftungsangelegenheiten und auch die Beweislastfragen. Weiter auf die eigene Arbeit der Güter und Schlichtungsstellen in Deutschland. Die Fragen der Unfrömmigkeit und Unverbindlichkeit der Entscheidungen und der Ähnlichkeit mit der Mediation werden auch durchgearbeitet, gemeinsam mit dem spezifischen Prozessorenaspekten die sich zu der Schlichtungsstellen und Schlichtung Methoden beziehen. Weiter widmet sich die letzte Passage des Artikels der Mediation und der Schlichtungsstellen aus konkurrierenden Instrumenten und auch der Schancen dass die Mediation die Schlichtungsstellen in der Zukunft beseitigen könnte.

Schlüsselwörter: die Mediation, die Schlichtungsstellen, die Ärztekammern, das Krankenhaus, der Patienten, der Arzt, die Haftungsangelegenheiten, die Beweislastfragen, die Güter und Schlichtungsstellen, die Unfrömmigkeit und Unverbindlichkeit, die Prozessorenaspekten.

Abstrakt: Níže uvedený článek se vztahuje k problematice mediace a mediačních metod v Německu a zaměřuje se na rozdíly mezi jednotlivými způsoby uplatnění mediačních metod v rámci smírčího řízení a mediace samotné. Článek se vztahuje ke smírčímu řízení v rámci německých lékařských komor a k průběhu tohoto řízení s ohledem na jeho význam při řešení sporu mezi nemocnicemi a případně postiženými

pacienty. Autorka se ve svém článku zabývá materiálně právními aspekty odpovědnosti lékaře v rámci výkonu jeho povolání a otázkami spojenými s důkazními břemeny v této oblasti. Dále jsou řešeny v rámci této studie samotná práce smírčích a znaleckých center při lékařských komorách v Německu a otázky neformálnosti a nezávnosti posuzování a rozhodování sporů mezi pacienty a zdravotnickými zařízeními a jejich příbuznost s mediačními postupy. Analyzovány jsou také specifické procesní aspekty u smírčích míst. Poslední část této studie se zabývá otázkami spojenými s možností mediace v kontextu jejího současného rozvoje ve vztahu k odstranění a nahrazení smírčího řízení u jednotlivých smírčích míst mediací v budoucnu.

Klíčová slova: mediace, smírčí řízení, lékařské komory, nemocnice, pacient, lékař, odpovědnost lékaře, důkazní břemeno, smírčí a znalecká centra, neformálnost a nezávnost, rozhodování sporů.

Einleitung

Schon seit den 1970er und 1980er Jahren werden in Deutschland alternative, außergerichtliche Streitbeilegungsinstrumente intensiv diskutiert.[\[1\]](#) Durch die Verabschiedung des Mediationsgesetzes im Jahr 2012[\[2\]](#) (das im Zuge der europäischen Mediationsrichtlinie 2008/52/EG) umgesetzt werden musste, kommt potentiell ein weiteres Instrument – die Mediation – hinzu.

Der Bedarf der Mediation wird in Deutschland sehr hoch eingeschätzt. Denn die Unzufriedenheit über die gerichtliche Behandlung von Konflikten wächst. Viele Verbraucher wünschen sich einen besseren, schnelleren, weniger förmlichen und nicht so kostenintensiven Zugang zu verbindlichen Entscheidungen.

Speziell im Gesundheitswesen wird die Bedeutung an Mediation (d.h. der konsensualen Lösung des Konflikts durch die Parteien – moderiert über einen Mediator) aber sehr unterschiedlich beurteilt. Die Mediation ist hier noch weitgehend unbekannt und steht auch vor Akzeptanzproblemen. Das liegt vor allem daran, dass sich in Deutschland für die außergerichtliche Streitbeilegung seit vielen Jahrzehnten in Arzthaftungsfällen ein anderes Instrument etabliert hat.

In Deutschland besteht in Arzthaftungsangelegenheiten, sofern diese Sachen nicht durch Klage der Parteien sofort vor das zuständige Gericht gelangen, die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung durch Einschaltung einer sog. Gutachter- und/oder Schlichtungsstelle. Ich möchte in diesem Beitrag zeigen, wie diese Stellen in Deutschland

arbeiten und ob es neben der außergerichtlichen Streitschlichtung noch Potential für ein Mediation gibt, die ja anders gelagert ist als die Schlichtung durch einen Dritten.

1 Zahlen

1.1 Zahlen zu Haftungsfällen (gerichtlich und außergerichtlich)

Zur Einführung in das Problem der Arzthaftung möchte ich zunächst ein paar Zahlen präsentieren. Hier ist zunächst herauszustellen, dass die Bedeutung der Materie wächst. Denn speziell im Heilwesen kam es in Deutschland in den letzten Jahren zu einer „*lawinenartigen Zunahme der Auseinandersetzungen*“[\[3\]](#) zwischen Patient und Behandelnden (dem Arzt bzw. dem Krankenhausträger). Während man in den 1990 Jahren noch von ca. 15.000 geltend gemachten Schadensersatzansprüchen im Jahr in der Bundesrepublik ausging, erreichen sie mittlerweile von der Anzahl her das doppelte Niveau (ca. 30.000 Fälle pro Jahr).[\[4\]](#) Dabei praktizieren in Deutschland etwa 350.000 Ärzte. Statistisch gesehen sieht sich damit ca. jeder 10 Arzt in Deutschland einmal im Jahr mit einem Haftungsanspruch konfrontiert.

Die gegen Ärzte aus Behandlungsfehlern geltend gemachten Ansprüche gelangen aber nicht immer zu Gericht, obwohl die meisten Landgerichte in Deutschland für Arzthaftungsangelegenheiten spezielle Kammern eingerichtet haben. Denn diese Angelegenheiten sind komplex und es stehen häufig hohe Beträge in Streit. Gerichtlich geltend gemacht werden aber nur ca. 3.000 Fälle pro Jahr. Außergerichtlich bei den ärztlichen Gütestellen anhängig ist in etwa das Vierfache an Fällen (ca. 12.000 Fälle im Jahr).

Bzgl. der restlichen Anzahl von Arzthaftungsangelegenheiten kommt es nicht immer, aber immer öfter auch zu außergerichtlichen Verhandlungen unter Einschaltung von (bloßen) Rechtsanwälten.[\[5\]](#) Nach Schätzungen der Fachanwälte für Medizinrecht erledigen sich ca. 80 % der Mandate aus dem Arzthaftungsbereich, die sie betreuen (ggf. auch unter Einschaltung der Gutachter- und Schlichtungsstellen) außergerichtlich.[\[6\]](#)

1.2 Zahlen zur Schadensersatzhöhe (bei materiellen und immateriellen Schäden)

Durchschnittlich wird in Arzthaftungsfällen gerichtlich ein Schadensersatzbetrag für **materielle Schäden** in Höhe von **30.000 Euro** zuerkannt. Die daneben zugesprochenen **Schmerzensgeldbeträge** (zum Ausgleich des **immateriellen Schadens**) liegen aber deutlich höher. Bei schweren Behandlungsfehlern können sie **200.000-500.000 Euro** ausmachen.[\[7\]](#)

2 Materiell-rechtliche Grundlagen für Arzthaftungsangelegenheiten und Beweislastfragen

Begeht ein Arzt in Deutschland einen Behandlungsfehler (egal, ob dies den diagnostischen, therapeutischen Teil oder auch nur die Information- und Aufklärungspflicht betrifft, die schuldhaft verletzt wurde), hat er den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. Dabei korrespondiert der vertraglichen Haftung nach §§ 631a, 280 I BGB ein eigenständiger deliktischer Schadensersatzanspruch wegen Körperverletzung nach § 823 I BGB.

Im Zentrum von Arzthaftungsfällen steht häufig die Frage, ob ein Behandlungsfehler vorliegt. Dies kann regelmäßig nur mit Hilfe von medizinischen Sachverständigen unter Hinzuziehung der Behandlungsunterlagen festgestellt werden. Wenn es um Schadensersatzansprüche geht, muss der Betroffene daneben aber auch die Ursächlichkeit (Kausalität) des Behandlungsfehlers für den konkret eingetretenen Schaden beweisen. Hier greifen zugunsten des Patienten Grundsätze zur Beweislasterleichterung, die die Rechtsprechung in Deutschland in zahlreichen Judikaten herausgebildet hat[\[8\]](#) und die mittlerweile auch gesetzlich kodifiziert sind,[\[9\]](#) zumindest soweit ein grober Behandlungsfehler attestiert wurde.

3 Die Arbeit der Güte- und Schlichtungsstellen

3.1 Bedeutung der Stellen (vom Aufkommen her)

An der außergerichtlichen Streitbeilegung in Arzthaftungssachen haben die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, die speziell für diese Streitigkeiten seit vielen Jahrzehnten in Deutschland eingerichtet sind, eine herausragende Rolle. Denn Sie werden bei 1/4-1/3[10] der Fälle eingeschaltet, wobei nach eigenen Angaben rund 90% der Entscheidungen dieser Stellen von den Parteien akzeptiert werden,[11] so dass nicht weiter prozessiert wird. In etwa 30 %[12] der Fälle wird von diesen Stellen das Vorliegen eines Behandlungs- oder Aufklärungsfehlers bejaht; die Kausalität für den eingetreten Schaden wird in 25 %[13] der Fälle angenommen.

3.2 Ansiedlung (räumlich/organisatorisch)

Sog. Güte- und Schlichtungsstellen für Arzthaftungssachen sind mittlerweile in Deutschland bei allen Landesärztekammern eingerichtet. Bzgl. der Ärztekammer muss man wissen, dass Ärzte in Deutschland mit ihrer Zulassung berufsständisch in Kammern organisiert sind, die für jedes Bundesland wurden. Es besteht eine Pflichtmitgliedschaft.

Grund für die Einrichtung der Gutachter- und Schlichtungsstellen als eigenständige, weisungsunabhängige Einrichtungen der jeweiligen Landesärztekammern war seit 1975 (wo es zur Errichtung der ersten Schlichtungsstelle in Bayern kam) die zunehmende Zahl von Arzthaftungsfällen und die Unzufriedenheit mit den herkömmlichen langwierigen, kostenintensiven Streitlösungsmodellen bei gerichtlicher Geltendmachung.[14]

3.3 Zusammensetzung und Grundlage der Tätigkeit (Ehrenamt)

Grundlage der Tätigkeit der Gutachter- und Schlichtungsstellen sind die Verfahrensordnungen, die sie sich selbst geben. Alle Gutachter- und Schlichtungsstellen sind – was für ihre Arbeit von großer Bedeutung ist – mit sachkundigen Juristen und mit zwei sachkundigen Medizinerinnen besetzt,

wobei eines von drei Mitgliedern den Vorsitz übernimmt. Einzig der Schlichtungsausschuss *eines* Bundeslandes – nämlich der von Rheinland-Pfalz – hat neben zwei Ärzten und einem Juristen auch einen Patientenvertreter als Mitglied.[\[15\]](#) Alle Mitglieder sind i.Ü. ehrenamtlich tätig; sie bekommen also nur eine Aufwandsvergütung für Wegekosten und die aufgewendete Zeit.[\[16\]](#)

Während die Gutachterstellen ihre Aufgabe darauf beschränken, den Vorwurf des Behandlungsfehlers und seiner Kausalität für den Schaden zu prüfen,[\[17\]](#) geht die Arbeit der Schlichtungsstellen darüber hinaus. Denn die Schlichtungsstellen geben auch eine Empfehlung (den „Schlichtungsvorschlag“[\[18\]](#)) bzgl. der möglichen Behebung der Streitigkeit ab – etwa der Zahlung eines Schadensersatzes.

In welcher Höhe die Regulierung erfolgen soll, bewerten jedoch auch die Schlichtungsstellen nicht.[\[19\]](#) Dies ist im Weiteren Sache der Regulierungsverhandlungen zwischen dem geschädigten Patienten, der häufig anwaltlich vertreten ist und dem Haftpflichtversicherer des betroffenen Arztes.

3.4 Verfahrensablauf und Prinzipien

Die Verfahrensabläufe und Prinzipien, nach denen die Gutachter- und Schlichtungsstellen arbeiten, sind überall ähnlich in den jeweiligen Schlichtungsordnungen niedergelegt. Dabei gilt es folgende Punkte hervorzuheben:

a) Prüfung der Zuständigkeit und von Verfahrenshindernissen.

Nachdem die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Stelle geklärt wurde, wird über den schriftlich zu stellenden Antrag der Partei (die typischerweise der Patient ist, aber auch Krankenhausträger oder ein Versicherer sein kann) beraten; es sei denn, es liegt ein Verfahrenshindernis vor. Solch ein Verfahrenshindernis kann in einem parallel laufenden Gerichtsverfahren, oder in einem bereits vorliegenden rechtskräftigem Urteil bestehen.[\[20\]](#)

b) Ziel: Sachverhaltsaufklärung, Begutachtung, Bescheid. Die Gutachterkommission bzw. Schlichtungsstelle versucht dabei zunächst den Sachverhalt aufzuklären. Daran an schließt sich die rechtliche

Bewertung. Dazu bezieht sich die Kommission auf den Vortrag der beantragenden Partei, bittet aber auch den Arzt um eine schriftliche Stellungnahme, wobei der Arzt zunächst von seiner Schweigepflicht zu befreien ist. Hinzugezogen werden auch die Behandlungsunterlagen. Wenn nötig, werden weitere medizinische Sachverständige zur Begutachtung eingeladen, wobei immer ein Arzt des betroffenen Beratungsgebietes zwingend einzuschalten ist.[\[21\]](#) Sodann ergeht ein schriftlicher Bescheid.

c) Schriftlichkeit des Verfahrens. Das Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle wird grds. schriftlich durchgeführt.[\[22\]](#) Eine mündliche Erörterung unter Zusammentreffen der Parteien erfolgt selten.

d) Kostenfreiheit des Verfahrens. Das Verfahren ist zudem kostenlos für die Beteiligten. Die entstehenden Aufwände der Mitglieder der Einrichtung werden in erster Linie durch die obligatorischen Kammerbeiträge der Ärzte mitfinanziert.[\[23\]](#) In den Verfahrensordnungen ist außerdem die Kostenbeteiligung des jeweiligen Haftpflichtversicherers des betroffenen Arztes mitgeregelt.[\[24\]](#) Die sonstigen Aufwände, etwa die Hinzuziehung von Anwälten durch die Parteien, tragen diese aber zunächst allein. Sie können jedoch später mit Bestandteil weiterer, sich an die Schlichtung anschließender Regulierungsvereinbarungen oder eines anschließenden Urteils[\[25\]](#) aus einem Gerichtsverfahren sein.

e) Unverbindlichkeit der Entscheidung. Die Entscheidung der Kommission ist unverbindlich. Weil es sich bei den Entscheidungen der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen lediglich um vorgerichtliche Feststellungen und „Empfehlungen“ handelt, ist die Beschreitung des Rechtsweges im Anschluss an das Schlichtungsverfahren auch nicht ausgeschlossen; etwa, wenn man mit der Arbeit oder dem Ergebnis der Stelle unzufrieden ist.

f) Freiwilligkeit der Teilnahme. Die Teilnahme am Verfahren ist für alle Beteiligten freiwillig; die Gegenpartei wird also erst Teilnehmer der außergerichtlichen Schlichtung, wenn sie ihr zustimmt.[\[26\]](#)

g) Hemmung der Verjährung. Die Verjährung der Schadensersatzansprüche ist – wenn sich die Gegenpartei auf das

Verfahren einlässt – während des Gutachter- bzw. Schlichtungsverfahrens gehemmt (vgl. §§ 203 S. 1, 204 I Nr. 4 BGB).
[27] Im Fall einer erfolgreichen Schlichtung und anschließender Regulierungsverhandlungen mit dem Haftpflichtversicherer des Arztes endet die Hemmung, wenn der Versicherer endgültig weitere Verhandlungen ablehnt.[28]
h) Verfahrensdauer. Die durchschnittliche Verfahrensdauer eines Arzthaftungsverfahrens vor einer Gutachter- und Schlichtungsstelle beträgt 10 bis 18 Monate – je nach Komplexität des Falles und Arbeitsaufwand der Stelle.[29] Diese Verfahrensdauer ist erheblich geringer als diejenige vor Gericht, die bei Fällen, von hoher Streitintensität (mit mehreren Instanzen) 3-10 Jahre umfassen kann.

3.5 Erfolgsaussichten

Die Erfolgsaussichten liegen für den Patienten bei einem Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen etwa zwischen 25 und 30 %.[30] Insgesamt werden rund 90 % der Streitigkeiten im Arzt- und Patientenverhältnis durch die Gutachter- und Schlichtungsstellen beigelegt.[31]

Interessant ist, dass bei der Feststellung eines Behandlungsfehlers und dessen Kausalität für einen Schaden die Haftpflichtversicherer in den allermeisten Fällen tatsächlich den Patienten außergerichtlich befriedigen; [32] über die konkret auszuschüttende Schadenssummen wird jedoch regelmäßig verhandelt.

In den wenigen Fällen, in denen der Spruch der Gutachter- und Schlichtungsstelle die Angelegenheit nicht erledigt und es anschließend noch zu einem gerichtlichen Verfahren kommt, entscheiden die Gerichte i.Ü. in nur etwa 1% [33] der Fälle anders als die zuvor eingeschaltete Gutachter- und Schlichtungsstelle.

4 Vor- und Nachteile des Verfahrens vor den Gutachter - und Schlichtungsstellen

4.1 Unförmlichkeit des Verfahrens

Das Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen, das sich in Deutschland in Arzthaftungssachen etabliert hat, hat freilich Vor- wie Nachteile. Dazu möchte ich nun kommen:

Wie bei allen außergerichtlichen Streitbeilegungsinstrumenten bestehen für den Betroffenen (d.h. den Patienten) zunächst niedrige Zugangsschwellen. Diese sind für ihn von Vorteil. Denn das Verfahren läuft zwar schriftlich, aber i.Ü. weitgehend unförmlich ab. Die „Schlüssigkeitsschwelle“[\[34\]](#) wird beim Antrag an die Kommission gegenüber dem gerichtlichen Antrag herabgesetzt.[\[35\]](#) Die Kommission wird schon auf den vom Patienten geäußerten Verdacht des ärztlichen Fehlverhaltens tätig.

Die im Weiteren getroffene Aufklärungsarbeit der Kommission befreit den Patienten ferner aus der zumeist bestehenden vorprozessualen Beweisnot.[\[36\]](#)

Der Patient bekommt eine unabhängige, fachkundige Einschätzung, und zwar kostenlos. Damit ist es ihm möglich, auch seine evtl. Rechtsdurchsetzungschancen vor Gericht abzuschätzen, zumal ein anschließendes gerichtliches Verfahren ja möglich bleibt und die Verjährung gehemmt ist.

4.2 Kurze Verfahrensdauer, Freiwilligkeit der Teilnahme, Vertraulichkeit des Verfahrens

I.Ü. dauert das Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle nicht so lange, wie ein Gerichtsverfahren. Auch die Freiwilligkeit des Verfahrens ist nicht von Nachteil für den Patienten. Denn dass ein Arzt sich dem Schlichtungsverfahren entzieht, ist höchst selten der Fall.[\[37\]](#)

Das Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle vermeidet anders als ein gerichtliches Verfahren i.Ü. die „Öffentlichkeit“. Das ist für beide Parteien gut. Denn der Patient wird so in seiner Intimsphäre geschützt und der betroffene Arzt wird vor dem unweigerlich mit einem gerichtlichen Prozess verbundenen Imageverlust bewahrt.

4.3 Entlastung der Gerichte und präjudizielle Funktion der Entscheidungen

Ferner kommt dem Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle auch eine Filterfunktion zu – die Gerichte werden von kostenintensiven, langen Verfahren zu einem Großteil entlastet. Somit kommt dem Verfahren auch in gewisser Weise eine Rechtsdurchsetzungsfunktion zu, denn die Entscheidungen der Stellen münden regelmäßig in Regulierungsverhandlungen mit den Versicherern, die die Entscheidung zum Anspruchsgrund in den meisten Fällen akzeptieren. Die Entscheidungen der Gutachter- und Schlichtungsstellen haben somit präjudizielle Funktion für den Einstieg in die anschließende Regulierungsverhandlung.[\[38\]](#)

4.4 Problem: Keine Stellungnahme zur Höhe des zu zahlenden Schadensersatzes

Allerdings ist die anschließende Regulierungsverhandlung immer noch vonnöten. Das ist ein Nachteil gegenüber dem Gerichtsverfahren.

Die Gutachter- und Schlichtungsstellen äußern sich nämlich nicht zum Umfang des zu zahlenden Schadensbetrages.[\[39\]](#) Dessen Höhe bleibt den (anschließenden) internen Verhandlungen zwischen dem Patienten bzw. seinem Anwalt[\[40\]](#) und der Berufshaftpflichtversicherung des betroffenen Arztes überlassen.

Die dabei von der Versicherung angebotenen Beträge können auch weit unter denen der Beträge liegen, die in vergleichbaren Fällen gerichtlich ausgeurteilt werden. Ein gütlicher Ausgang vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen liefert damit keine (volumfängliche) Regulierungsgarantie durch den Haftpflichtversicherer.[\[41\]](#)

4.5 Veröffentlichung und Auswertung der Entscheidungen für die weitere Qualitätssicherung

Allerdings werden die Entscheidungen der Gutachter- und Schlichtungsstellen in Arzthaftungssachen gesammelt und von diesen

regelmäßig auch anonymisiert veröffentlicht. Damit bieten sie ähnlich wie Urteile auch eine gewisse Orientierung für ähnliche Fälle, die in Zukunft auftreten.

Die Stellungnahmen zum Fehlverhalten von Ärzten dienen im Weiteren, was sehr zu begrüßen ist, zur Herbeiführung von Qualitätssicherungsmaßnahmen vor Ort und werden in Fortbildungen besprochen, denn sie gehen in das sog. Medical Error System (kurz: MERS[\[42\]](#)) ein.

4.6 Problem: „Entschuldigung“ bei Feststellung von Fehlverhalten ist kein Verfahrensziel

Die Arbeit der Kommissionen ist – wie bereits festgestellt – auf die fachgutachterliche Auswertung des Falles ausgerichtet. Das schneidet freilich auch Konfliktebenen ab: Die Emotionalität und Emotionalisierung des Konflikts wird dadurch unterbunden, was einige als Vorteil sehen. Andere empfinden es durchaus als Nachteil, dass der emotionale Aspekt – auch mangels mündlicher Anhörung der Parteien – in diesen Verfahren nicht zur Geltung kommt.[\[43\]](#)

„Genugtuung“ – so wird gesagt – ist in vielen Fällen nicht nur über Geld, sondern vor allem auch über eine persönliche Konfrontation mit dem Problem und dem Betroffenen sowie durch Abgabe einer „Entschuldigung“ bei Feststellung einer schuldhaften Pflichtverletzung herstellbar.[\[44\]](#) Dazu kommt es aber in Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstellen nicht, hier geht es nur um die Feststellung des Bestehens von Schadensersatzansprüchen.

4.7 Fehlen eines Patientenvertreters

Von manchen wird weiter kritisiert, dass es auch von Nachteil sei, dass regelmäßig kein Patientenvertreter im Bord der Gutachter- und Schlichtungskommissionen anwesend sei.[\[45\]](#) Dem wird entgegengesetzt, dass es sich hierbei in erster Linie um ein „Sachverständigengremium“ handle. Eine paritätische Interessenvertretung sei deshalb nicht nötig; sie

könne der zu fällenden professionellen Entscheidung sogar entgegenstehen. [\[46\]](#)

4.8 Problem der Verhinderung der Leitentscheidungen

Ein großes Problem jeder außergerichtlichen Streitbeilegung (auch der vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle in Arzthaftungssachen) ist aber sicherlich darin zu sehen, dass es zu einer umfänglichen „Privatisierung“ des Rechts in dem Sinn kommt, dass die notwendige Rechtsfortbildung durch die Gerichte über noch herauszubildende Leitentscheidungen wohlmöglich be- bzw. verhindert wird. Denn wenn Streitigkeiten nicht mehr zu Gericht getragen werden, kommt es nicht zu leading-cases, die gerade für die „Lückenfüllung“ im Gesetz nötig sind.

Insofern wäre es m.E. dringend nötig, in allen Fällen der außergerichtlichen Streitbeilegung festzulegen, dass die rechtsdogmatisch interessanten Fälle (denen potentiell eine Breitenwirkung zukommt) zukünftig zwingend vor Gericht behandelt werden müssen, und insofern von der außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle nicht angenommen werden.

Hier bedarf es de lege ferenda der Etablierung eines weiteren Verfahrenshinderungsgrundes durch den Gesetzgeber, den Verbraucherschützer in Deutschland schon lange fordern – nicht nur in Arzthaftungsfällen. [\[47\]](#)

5 Chancen für die Mediation neben der außergerichtlichen Streitbeilegung durch Gutachter- und Schlichtungsstellen?

Im letzten Teil meines Beitrags möchte ich zu etwaigen Chancen der Mediation [\[48\]](#) Stellung nehmen, die als zweites mögliches außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren neben dem Beschreiten des Weges zur Gutachter- und Schlichtungsstelle in Arzthaftungsfällen andenkbar ist.

Hier gibt es aber ein Problem: Das Mediationsgesetz schließt in Deutschland zwar Arzthaftungsangelegenheiten nicht aus seinem Anwendungsbereich aus. Potentiell ist es daher möglich, auch in Arzthaftungsangelegenheiten, einen Mediator einzuschalten und die Parteien die Konfliktlösung moderiert durch den Mediator allein zu überlassen.

5.1 Fehlende Nachfrage an Mediation bei Arzthaftungsfällen mangels Akzeptanz

Allerdings werden mediative Verfahren in Arzthaftungsangelegenheiten in Deutschland kaum nachgefragt,[\[49\]](#) deshalb gibt es auch nur wenige ausgebildete Mediatoren[\[50\]](#) auf diesem Gebiet. Die fehlende Akzeptanz der Mediation auf diesem Gebiet beruht auf den guten Erfahrungen (und daher der hohen Akzeptanz), die in Bezug auf die Behandlung der Streitigkeiten vor Gutachter- und Schlichtungsstellen gemacht wurden.

5.2 Nicht ausreichend sichergestellter Einbezug von Sachverständigen

Ein wichtiger Grund für die hohe Akzeptanz der Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen ist, dass sich diese aus unabhängigen, juristischen und medizinischen Sachverständigen zusammen und notfalls noch weitere Fachgutachter zugezogen werden. Ein Mediator müsste insofern in beiden Gebieten bewandert (Jura und Medizin) sein,[\[51\]](#) und darüber hinaus noch kommunikative Fähigkeiten als Mediator unter Beweis stellen, was selten der Fall sein dürfte.

5.3 Großes Informations- und Machtgefälle unter den Parteien

Außerdem gibt es in Arzthaftungsfällen häufig ein sehr großes Informations- und Machtgefälle zwischen den Parteien.[\[52\]](#) Kann der Mediator dieses nicht beseitigen, etwa indem er die unterlegene Seite

informierend und sachverständig berät,[\[53\]](#) droht diese in einem Vergleich sehr weitgehend um ihr Recht gebracht zu werden.

Andererseits ist wegen der persönlichen Komponente und der höheren Flexibilität des Mediationsverfahrens, bei dem es nicht nur um die Analyse des Sachverhaltes und des Rechts geht, auch eine „Entschuldigung“[\[54\]](#) des sich fehlverhaltenden Arztes als Verfahrensziel mit denkbar – ganz im Gegensatz zum Verfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen.

5.4 Aufrechterhaltung der Parteibeziehung häufig nicht (mehr) Ziel

Ein weiteres Problem ist für die Mediation in Arzthaftungssachen auch, dass die Aufrechterhaltung der Beziehung unter den Parteien, die ja sonst wichtige Motivationsbasis der Mediation an sich ist, bei Behandlungs- und Aufklärungsfehlern, die Schäden verursacht haben, nicht im Mittelpunkt steht. Denn der Vertrauensverlust des Patienten, der mit dem Vorwurf des Fehlverhaltens bereits gegenüber dem Arzt eingetreten ist, ist häufig irreversibel. Ihm geht es nur noch um Kompensation.

5.5 Kostenpflichtigkeit der Mediation

Ein weiterer Nachteil der Mediation ist gegenüber dem Verfahren vor der Gutachter- und Schlichtungsstelle, dass ein Mediator nicht kostenlos arbeitet. Im Unterschied zu den Gutachter- und Schlichtungsstellen fallen damit Gebühren an, die der Patient zumindest erst mal vorentrichten müsste.

5.6 Kein Verhandlungsspielraum des Arztes wegen Sperrung durch den Versicherer

Von besonderer Bedeutung ist ferner, dass die Haftpflichtversicherer der Ärzte einer Mediation skeptisch gegenüberstehen, da sie befürchten, dass mediativ geschlossene Vergleiche (denen die fachliche Grundlage fehlt) zu ihrem wirtschaftlichen Nachteil gehen.

Daher ist auch ein Vergleich eines Arztes in einer Mediation nichts wert, weil der Haftpflichtversicherer dafür zumeist keine Deckungszusage gibt. [55] Für die Mediation ist aber ein gewisser Handlungsspielraum, der Ausfluss der Selbstbestimmtheit der Parteien ist, unumgänglich. [56]

Fazit

Abschließend ist festzustellen, dass sich in Deutschland in Arzthaftungsangelegenheiten seit langem die außergerichtliche Streitbeilegung über die Anrufung von Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen etabliert hat.

Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, die in Deutschland bei den Ärztekammern der Bundesländer angesiedelt sind, verschaffen dem Patienten einen unabhängigen, professionellen, kostenlosen, schnellen und auch ansonsten verfahrensniederschweligen Zugang zur Bewertung des erhobenen Vorwurfs der Pflichtverletzung gegen einen Arzt.

Die Erledigungsquote ist sehr hoch; dem korrespondiert die breite Akzeptanz, die dieses außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren in Deutschland genießt.

Demgegenüber steht in Zukunft wohl nicht zu erwarten, dass die Mediation als zweites denkbare außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren in Arzthaftungsangelegenheiten reüssiert: Das hat mit strukturellen Nachteilen des Verfahrens für den Patienten zu tun, etwa schon der Notwendigkeit, Kosten für den Mediator aufzubringen.

Das Hauptproblem der Mediation liegt aber in der durch den Haftpflichtversicherer des Arztes zumeist gänzlich beschnittenen Verhandlungsspielraum für den Arzt. Der Arzt kann de facto ohne Absprache mit seiner Haftpflichtversicherung keine verbindliche Erklärung in der Mediation abgeben. Wenn er dies tut, muss er befürchten, dass der Versicherer diesem Vorgehen nicht zustimmt und keine „Deckung“ übernimmt. [57]

De lege ferenda wird von Teilen der Wissenschaft in Deutschland zum stärkeren Ausbau mediativer Verfahren in diesem Bereich zwar vorgeschlagen, dass dem Versicherer, dem eine „Schlüsselposition“

zukommt, ein zwei-wöchiges Veto-Recht nach Abschluss des Verfahrens zustehen sollte.^[58] Damit würde zumindest zunächst ein gewisser der Verhandlungsspielraum für den Arzt gegeben sein, der erforderlich ist, um sich überhaupt in eine Mediation zu begeben.

An dem Problem, dass das Mediationsergebnis jedoch nicht zwingend durch juristischen und medizinischen Sachverstand präjudiziert ist, ändert das aber wenig.

Eine sachverständige Beurteilung ist aber gerade bei den hochkomplexen und mit hohen Streitwerten versehenen Materien (die für Arzthaftungssachen typisch sind) notwendig^[59] – so das Argument der Versicherer, was nach meinem Dafürhalten durchaus verständlich ist. Hier steht eben nicht die Kommunikationsproblematik im Mittelpunkt,^[60] wie es bei anderen mediationsgeeigneteren Sachverhalten der Fall ist.

Und insofern ist zu erwarten, dass die Haftpflichtversicherungen in Deutschland auch weiter kein Interesse an mediativen Verfahren in Arzthaftungsfällen haben werden.

Vor diesem Hintergrund wird in Deutschland die Mediation zwar in anderen Rechtsgebieten (etwa im Familienrecht) durchaus Erfolge verbuchen können. In Arzthaftungsangelegenheiten wird sie aber weiter wohl ein „Nischendasein“ fristen.

Literaturverzeichnis

1. Bodenburg/Matthies, VersR 1982, 729.
2. Wenzel-Laum, HB des FA Medizinrecht, 2. Aufl. (2009), S. 260.
3. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008), Rn. 568.
4. Duve-Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. (2004),
5. Es handelt sich um Kosten der notwendigen vorprozessualen Rechtsverfolgung i.S.v. § 249 II 1 BGB, vgl. dazu LG Baden-Baden, MedR 1987, 157; Laufs/Kern-Ulsenheimer, HB des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), §113 Rn. 9.
6. Fischer, SchlHA 2010, 310, 311.
7. Flintrop/Korzilius, DÄBl 2010, A 692.
8. Franke/Hart, Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen (2001), S. 198.
9. Haft, BB 1998, Beilage 10, S. 15, 18.
10. Hager, Konflikt und Konsens (1981), S. 197.
11. Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 142.
12. Hirschfeld/Stramphehl-Ehlers/Brogie, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. (2008), Rn. 206.
13. Ileri, Das Schweizer Modell der Patientenklasse, in: Laufs/Dierks et al (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung (1997), S. 269, 322.

14. Katzenmeier, AnwBl 2008, 819, 822.
15. Kilian, VersR 2000, 942, 946.
16. Laufs/Kern-Ulsenheimer, HB des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), §113 Rn. 15
17. Laum/Beck, Rh ÄBl 1/2001, 9, 12 ff.
18. Laum, MedR 2011, 230, 231;
19. Mediationsgesetz vom 21.7.2012, BGBl. I, S. 1577.
20. Meurer, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen (2008), S. 57 f.
21. Scheppokat/Neu, VersR 2002, 397, 403.
22. Schlichtungsstelle für Arzthaftplichtfragen der norddeutschen Ärztekammern.
23. Stegers, ZMGR 2006, 449, 454;
24. Stempel, Außergerichtliche Streitbeilegung, in: Gottwald/Stempel (Hrsg.), Streitschlichtung (1995), S. 187 ff.; Gottwald, Streitbeilegung ohne Urteil (1981). Zum Arzthaftungsrecht siehe Katzenmeier, NJW 2008, 1116 ff.
25. Tamm, Das VSBG ein mutiger Schritt, VuR 2016, Sonderheft 1, S. 51, 55.
26. Verfahrensordnung der Schlichtungsstelle für Arzthaftplichtfragen der norddeutschen Ärztekammern.
27. Vgl. den Wegweiser der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Ärztekammern, S. 8, einsehbar unter:
http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/Wegweiser_Gutachterkommission_082011.pdf, Stand August 2011 (Zugriff 3. April 2017).
28. Weidinger, MedR 2004, 289; Wenzel/Weidinger, HB des FA für Medizinrecht, 2. Aufl., (2009), Kap. 5, Rn. 140.
29. Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftplichtfragen (1999), S. 106.
30. Weltrich, DRiZ 1996, 473; Bodenburg/Matthies, VersR 1982, 729 ff.

Kontakt

Prof. Dr. Marina Tamm

marina.tamm@wismar.de

- [1] Stempel, Außergerichtliche Streitbeilegung, in: Gottwald/Stempel (Hrsg.), Streitschlichtung (1995), S. 187 ff.; Gottwald, Streitbeilegung ohne Urteil (1981). Zum Arzthaftungsrecht siehe Katzenmeier, NJW 2008, 1116 ff.
- [2] Mediationsgesetz vom 21.7.2012, BGBl. I, S. 1577.
- [3] Ileri, Das Schweizer Modell der Patientenklasse, in: Laufs/Dierks et al (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung (1997), S. 269, 322.
- [4] Kilian, VersR 2000, 942; Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 11.
- [5] Die Gesamtzahl der außergerichtlich erzielten Vergleiche ist nicht bekannt, vgl. dazu v. Hirschfeld/Stramphehl-Ehlers/Brogie, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. (2008), Rn. 206.

- [6] Fischer, SchlHA 2010, 310, 311.
- [7] Flintrop/Korzilius, DÄBl 2010, A 692.
- [8] BGH VersR 1981, 954; BGH, VersR 2005, 228; BGH VersR 2010, 627.
- [9] § 630 h V 1 BGB.
- [10] Weidinger, MedR 2004, 289; Wenzel/Weidinger, HB des FA für Medizinrecht, 2. Aufl., (2009), Kap. 5, Rn. 140.
- [11] Vgl. den Wegweiser der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Ärztekammern, S. 8, einsehbar unter :
http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/Wegweiser_Gutachterkommission_082011.pdf, Stand August 2011 (Zugriff 3. April 2017).
- [12] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 140 m.w.N.
- [13] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 141 m.w.N.
- [14] Weltrich, DRiZ 1996, 473; Bodenbug/Matthies, VersR 1982, 729 ff.
- [15] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 142.
- [16] Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008), Rn. 568.
- [17] Bodenbug/Matthies, VersR 1982, 729.
- [18] Scheppokat/Neu, VersR 2002, 397, 398.
- [19] Bodenbug/Matthies, VersR 1982, 729.
- [20] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 144.
- [21] Bodenbug/Matthies, VersR 1982, 729, 730.
- [22] Vgl. etwa § 5 der Verfahrensordnung der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen der norddeutschen Ärztekammern.
- [23] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 144.
- [24] Siehe etwa §6 III der Verfahrensordnung der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen der norddeutschen Ärztekammern.
- [25] Es handelt sich um Kosten der notwendigen vorprozessualen Rechtsverfolgung i.S.v. § 249 II 1 BGB, vgl. dazu LG Baden-Baden, MedR 1987, 157; Laufs/Kern-Ulsenheimer, HB des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), §113 Rn. 9.
- [26] Meurer, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen (2008), S. 33 f.
- [27] Laufs/Kern, HB des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), § 96 Rn. 14; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008), Rn. 583.
- [28] Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftpflichtfragen (1999), S. 106.
- [29] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 145 f.
- [30] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 140, 147.
- [31] Laum, MedR 2011, 230, 231.
- [32] Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftpflichtfragen (1999), S. 115 ff., 138 f. spricht von einer Anerkennungsquote von ca. 80 %.
- [33] Laum, MedR 2011, 230, 231; Katzenmeier, AnwBl 2008, 819, 822.
- [34] Vor Gericht muss das Begehren/Antrag schlüssig vorgetragen werden.
- [35] Bodenbug/Matthies, VersR 1982, 729, 730.
- [36] Laufs/Kern-Ulsenheimer, HB des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), §113 Rn. 15
- [37] Bodenbug/Matthies, VersR 1982, 729, 730.
- [38] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 157.
- [39] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 155.
- [40] Der Patient ist in etwa der Hälfte der Fälle anwaltlich vertreten, vgl. dazu Wenzel-Laum, HB des FA Medizinrecht, 2. Aufl. (2009) , S. 260.
- [41] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 151.

- [42] Meurer, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen (2008), S. 57 f.
- [43] Stegers, ZMGR 2006, 449, 454; Franke/Hart, Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen (2001), S. 198.
- [44] Haft, BB 1998, Beilage 10, S. 15, 18.
- [45] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 156.
- [46] Laum/Beck, Rh ÄBl 1/2001, 9, 12 ff.
- [47] Tamm, Das VSBG ein mutiger Schritt, VuR 2016, Sonderheft 1, S. 51, 55.
- [48] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 173.
- [49] Scheppokat/Neu, VersR 2002, 397 ff.
- [50] Mediativ tätig ist hier etwa das EUCON Institut. Gleiches gilt für den Verband der niedergelassenen Ärzte in Deutschland (NAV-Virchow-Bund).
- [51] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 187; Kilian, VersR 2000, 942, 946.
- [52] Kilian, VersR 2002, 942, 945.
- [53] Zu dieser Notwendigkeit siehe Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 198.
- [54] Zu Bedeutung der Entschuldigung vgl. Haft, BB 1998, Beilage 10, S. 15, 18 f.
- [55] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 193.
- [56] Hager, Konflikt und Konsens (1981), S. 197.
- [57] Zur Notwendigkeit der Beteiligung des Versicherers an der Mediation siehe Duve-Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. (2004), § 5 Rn. 40, 90; Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 197.
- [58] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 198.
- [59] Herzog, Mediation im Gesundheitswesen (2016), S. 201.
- [60] Scheppokat/Neu, VersR 2002, 397, 403.

Role mediátora v procesu Collaborative Law/Collaborative Practice

Mediator's Role in the Collaborative Law/Collaborative Practice Process

Eva Vaňková

1 Evropský institut pro smír, mediaci a rozhodčí řízení, o. p. s. Zámek Křtiny

2 Universita Pardubice, Studentská 94, Pardubice

Abstrakt: Příspěvek seznamuje se základními pravidly procesu práva spolupráce (Collaborative Law/Collaborative Practice), zkráceně CL/CP. Vysvětluje vznik metody a postupné zapojování jednotlivých spolupracujících odborníků. Zamýšlí se zejména nad možnostmi uplatnění mediátora v procesu CL/CP. Rozebírá jednotlivé fáze procesu a role jednotlivých spolupracujících odborníků. Zkoumá základní rozdíly mezi postavením advokáta při zastupování klienta v soudním řízení, které bylo přerušeno za účelem prvního setkání se zapsaným mediátorem, a spolupracujícího advokáta doprovázejícího klienta při misoudním vyjednávání vázaného uzavřenou smlouvou o spolupráci. Vysvětluje nutnost dalšího vzdělávání všech osob zúčastněných na procesu a upozorňuje na pravidelné pořádání výročních a networkingových konferencí IACP (International Academy of Collaborative Professionals) zaměřených na rodinné záležitosti a GCLC (Global Law Collaborative Council) propagující CL/CP v civilních a obchodních věcech. Nabízí různé úhly pohledu na úlohu mediátora při mimosoudním vyjednávání. Závěrem seznamuje s dalšími možnými metodami inspirovanými myšlenkou CL/CP – *cooperative practice* a komplementární praxi z dílny Evropského institutu pro smír, mediaci a rozhodčí řízení, o. p. s. Kolaborativní/spolupracující přístup představuje jako jeden ze základních pilířů postmoderního přístupu k mimosoudnímu řešení sporů a konfliktů.

Klíčová slova: Collaborative Law/Collaborative Practice, CL/CP, Mediátor, Spolupracující advokát, Vyjednávání.

Abstract: The paper introduces the basic principles of the process of legal cooperation (Collaborative Law/Collaborative Practice), abbreviated as CL/CP. It explains the origin of the method and consecutive engagement of individual cooperating professionals, especially the option of involving mediators in the process of CL/CP. Individual phases of the process and the role of individual cooperating specialists are analyzed.

Furthermore, examined are the differences between position of a lawyer representing a client in judicial proceedings that has been adjourned, so that the registered mediator and the lawyer may hold their first meeting, and the lawyer who assists his client during extrajudicial negotiations and is bound by a contract of cooperation. It explains why it is necessary that all the entities participating in the process be appropriately educated and points out the need for organizing regular annual and networking conferences of IACP (International Academy of Collaborative Professionals) with particular focus on family issues and GCLC (Global Law Collaborative Council) promoting CL/CP in civil and commercial matters. Various points of view are offered on the role of mediators in extrajudicial negotiations. In closing, the paper presents other possible methods inspired by the CL/CP ideology – cooperative practice and complementary practice, practices from the workshop of the European Institute for Reconciliation, Mediation and Arbitration (Evropský institut pro smír, mediaci a rozhodčí řízení, o.p.s.). Collaborative/cooperative approach constitutes one of the basic pillars of postmodern approach to extrajudicial resolution of disputes and conflicts.

Keywords: Collaborative Law/Collaborative Practice, CL/CP.Mediator.Collaborative Lawyer. Negotiation.

1 Představení metody CL/CP

1.1 Vznik CL/CP

Metoda *collaborative law* vznikla v roce 1989 z podnětu minnesotského právníka Stu Webba. Unaven rozvodovými kauzami typu „války Rooseových“ hledal lepší způsob, jak řešit rodinné konflikty. Přemýšlel, jak z jedné rodinné jednotky udělat dvě ekonomicky samostatné takovým způsobem, aby co nejméně byly konfliktem rodičů zasaženy jejich děti. Na počátku roku 1990 napsal dopis soudkyni, se kterou absolvoval mediační kurz, a předložil jí v něm koncept procesu, který nazval *collaborative law*. [1] Vysvětlil v něm, že v mediaci opouštějí právníci své klienty příliš brzy a nevyužívají tak jejich potencialu pro logické myšlení. Pokud by tito právníci sami pomáhali klientům vyjednávat v rámci mediačního procesu, mělo by to pro ně velkou výhodu. Pomohli by jim formulovat jejich myšlenky, sami by mohli přijít s nápady, které situace po právní stránce nabízí. Základem procesu je podpis smlouvy o spolupráci, ve které sjednají účastníci základy procesu. Jedná se zejména o otevřené sdílení veškerých dostupných informací při zachování jejich důvěrnosti proti třetím stranám. Zásada čestného jednání se závazkem upozornit na eventuální chyby v názoru druhé strany o určité skutečnosti.

Nejdůležitější je závazek stran vyjednávat tak dlouho, dokud se nedohodnou, a pokud by se nedohodli a některá ze stran by chtěla zahájit/obnovit soudní jednání, je advokát povinen vypovědět klientovi plnou moc a nezastupovat jej v navazujícím soudním jednání. Tutéž povinnost má i advokát protistrany. Ve své podstatě se jedná o metodu cukru a biče, kdy na jedné straně klienti čerpají výhody z toho, že advokáti namísto, aby obstarávali důkazy pro soud, se plně soustředí na možnosti dohody a hledání společných zájmů klientů. Na druhou stranu, pokud se nedohodnou, pak musí začít od začátku s jiným advokátem, což jim pak spor celkově prodraží. Úplně jinak bude vypadat vztah rodičů po absolvování procesu snažícího se o nalezení smírného uspořádání poměrů než po prohrané bitvě či pocitu Pyrhova vítězství.

1.2 Rozvoj CL/CP

O svých myšlenkách přesvědčil Stue Webb svého kolegu Rona Ouského a postupně spolu začali model zkoušet v praxi. Hovořili o svých zkušenostech při každé příležitosti – mezi kolegy, u soudu, nabízeli své služby dalším potencionálním klientům. Metoda se pomalu začala šířit napříč Spojenými státy americkými. Velmi záhy se ukázalo, že model vyjednávání klientů za přítomnosti jejich advokátů je pro vysoce konfliktní situace nepostačující. Klienti ve vysokém stupni konfliktu nejsou schopni racionálního uvažování a na společnou schůzku potřebují být lépe připraveni. Potřebují si nejprve promyslet, co vlastně chtějí, a uvědomit, si co potřebují pro svůj další život po rozpadu manželství/partnerství. V roce 1992 v Kalifornii začali do procesu zvat další spolupracující odborníky a začali uplatňovat interdisciplinární přístup k řešení sporů.[\[2\]](#)

1.3 Spolupracující odborníci

Kouč

Nejprve přizvali kouče, aby pomohli rozvádějícím se manželům zvládat své rozjitřené emoce a připravit je na společné jednání. Uvědomili si, že právníci často nemají odpovídající vzdělání či výcvik k tomu, aby mohli

být v těchto záležitostech pro klienty náležitým zdrojem cenného poučení. Právníci často nemají dostatečnou trpělivost k tomu, aby opakovaně vyslechli tentýž příběh a přitom si uvědomovali, jak je pro klienta důležité, aby jim někdo naslouchal a pomohl jim překonat bolest, zlobu, pocit ukřivdění. Aby jim někdo poradil, jak se vyrovnat se zradou a pocitem zklamání. Aby je naučil, jak v konfliktní situaci reagovat, jak odpovídat na nepříjemné otázky či reagovat na útoky na svou osobu a své blízké způsobem, který nebude vzniklý konflikt vyhrocovat, ale naopak převede je do neutrálního tónu či věcné roviny, aby bylo možné řešit záležitosti, které je třeba řešit. Kouč má nástroje a metody k tomu, jak naučit klienta přemýšlet o svém budoucím životě, soustředit se na to, co by si přál v budoucnosti, a přestat se utápět v lítosti sám nad sebou. Tento proces vyžaduje svůj čas, změna nenastane mávnutím kouzelného proutku a čím dříve klient začne s koučem pracovat, tím je větší šance, že konflikt nepřeroste do neřešitelných rozměrů, ale postupně se sám rozpustí tím, jak se klienti učí vzájemně komunikovat prostřednictvím nenásilné komunikace. Kouč pomůže klientovi nalézt nefunkční vzorce v jeho komunikaci a učí jej nahradit je novými, zaměřenými na schopnost zřetelně vyjádřit své potřeby způsobem, který je pro druhou stranu akceptovatelný. Kouč má pro klienta velký přínos a jeho zapojení přispívá k celkovému zefektivnění procesu. Klienti se postupně učí lépe komunikovat. Při individuálních setkáních se připraví na společné jednání a následně s koučem znova vyhodnocují, co se v komunikaci s druhou stranou osvědčilo a co je třeba napříště změnit. Pro právníky je přítomnost kouče při společném jednání neocenitelným přínosem, neboť jim pomohou zvládat situaci v okamžiku, kdy se klienti dostanou do konfliktu přímo při společném jednání. Role kouče může být různorodá. Někdy je jen nestranným pozorovatelem a později s klientem rozebere, co fungovalo a co příště udělat jinak. Někdy naopak může být velmi aktivní a sám pomáhá vést klientům jednání, aby nesklouzlo do neefektivního vzájemného obviňování bez příležitosti slyšet, co druhá strana vlastně říká. V tu chvíli naopak právníci přecházejí do role pozorovatelů, aby poté mohli promyslet, jaký zvolit další postup a jaká řešení pro jejich klienty připadají v úvahu po právní stránce. Tím, že se nemusí zabývat emocionální stránkou konfliktu, mohou se soustředit na věcné řešení a to posléze s klienty projednat.

Dětský specialista

Je smutným faktem, že rodiče v průběhu konfliktu jsou zahlceni svými starostmi a nemají kapacitu věnovat se zájmům a potřebám svých dětí, a proto do procesu dále přizvali tzv. dětského specialistu – psychologa, sociálního pracovníka, který plní funkci „průvodce dětí během rozvodu“. Dětský specialista jako neutrální osoba v konfliktu si může promluvit s dětmi, vysvětlit jim, co se kolem nich děje a být dětem spřízněnou duší, člověkem, kterému mohou říct, co je trápí, co by si přály, jak by si ony představovaly uspořádat svůj život po rozchodu rodičů. Získané cenné informace pak dětský specialista může sdílet s rodiči na další společné schůzce, a to buď za přítomnosti právních zástupců, nebo na odděleném přípravném jednání. Dětský specialista poskytne rodičům náhled na to, co jejich děti prožívají a co potřebují. Rodiče se pak mohou lépe rozhodnout, co udělají v nejlepším zájmu svých dětí. V této souvislosti je důležité si uvědomit základní rozdíl mezi tím, když rodiče individuálně navštěvují různé oddělené služby, které spolu vzájemně nekomunikují, a zapojením spolupracujících odborníků v procesu CL/CP. Tady naopak spolupracující odborníci tvoří tým, který se podle potřeby schází za účelem výměny informací a projednání dalšího postupu ve věci. Rodiče tak získávají shodné informace od všech členů týmu a naopak jsou srozuměni s tím, že každý člen týmu sdílí informace se všemi ostatními spolupracujícími odborníky. Nemůže se tedy stát, že by doporučení dětského specialisty se dostalo do rozporu s tím, jak situaci vidí kouč či advokát. Tito spolupracující odborníci si ještě před společným setkáním s klienty vydiskutují své úhly pohledu a vzájemně promyslí vhodnou strategii dalšího postupu. Veškerá rozhodnutí přijímají klienti na společném setkání za přítomnosti jak advokátů, tak koučů a pokud se jedná o záležitosti dětí, tak i za přítomnosti dětského specialisty. Všichni odborníci v přímém přenosu slyší, jak klienti k rozhodnutí dospěli, co je k tomu vedlo a sami jsou připraveni bezprostředně zareagovat, pokud by se jednání ubíralo směrem, který je pro klienty destruktivní.

Finanční specialista

Další osobou v týmu může být finanční specialista jako neutrální odborník, který pomůže rodičům orientovat se v jejich aktuální finanční situaci a společně s nimi vymyslet model rozdělení původní jedné

domácnosti do dvou domácností s co nejmenší finanční ztrátou. Do procesu mohou být zapojeni další spolupracující odborníci podle náročnosti případu a potřeb jednotlivých klientů. Zkoušení jednotlivých modelů v praxi přineslo cenné poznatky, které specialisté sdílejí na svých každoročních setkáních. Z původního modelu dva klienti a jejich právní zástupci (model založený na čtyřstranných setkáních) se postupně vyvinulo mnoho možných modelů podle zapojení jednotlivých spolupracujících odborníků. Pokud se do procesu přizve kouč, může to být neutrální odborník pro oba klienty nebo každý z klientů může mít svého vlastního kouče. Obvykle do procesu bývá zapojen jeden neutrální dětský specialista, ale nelze vyloučit, že tuto roli bude plnit více odborníků, zejména jestliže děti mají mezi sebou výrazný věkový rozdíl. Obdobně to platí o finančním specialistovi. Obvykle se jedná o jednoho finančního poradce, který zaujme neutrální roli pro oba rozvádějící se manžele společně. Avšak nelze vyloučit, že každý z manželů bude chtít mít vlastního finančního poradce. Výběr spolupracujících odborníků závisí plně na vůli účastníků vyjednávání, zejména jejich ochotě úhrady za tyto nadstandardní služby.

2 Proces CL/CP

2.1 První setkání

Základní vyjednávání se děje na čtyř a vícestranných setkáních. Na prvním setkání se podepisuje smlouva o spolupráci a stanoví základní pravidla celého procesu, zejména se domluví časový harmonogram a jací spolupracující odborníci budou přizváni ke spolupráci [\[3\]](#). O každém setkání se sepisuje zápis, ve kterém se stručně shrne obsah jednání a zejména stanoví úkoly do příštího společného setkání. Na každé setkání se advokát se svým klientem řádně připraví, zejména proberou aktuální palčivé otázky a jejich možná řešení. Po skončení každého jednání advokát se svým klientem vyhodnotí přínos setkání, co bylo užitečné a co bude napříště nutno řešit jinak. Výsledky tohoto zhodnocení proberou advokáti na společné schůzce mezi sebou, eventuálně při využití jiných

komunikačních prostředků – telefon, skype apod., kdy zároveň stanoví strategii dalšího postupu.[\[4\]](#)

2.2 Zapojení spolupracujících odborníků

Podle aktuální situace a v souladu se závěry proběhlého jednání jsou ke spolupráci osloveni vybraní spolupracující odborníci a tito pak s klienty uzavírají samostatné smlouvy o poskytnutí svých odborných služeb a nastavují časový harmonogram jejich spolupráce. Spolupracující odborníci uskuteční individuální schůzky s klienty, o jejichž výsledku informují oba advokáty. Většinou se tak děje na společném setkání spolupracujících odborníků, při kterém si vzájemně vymění informace a nastaví další průběh podle aktuálních potřeb klientů. Další společné setkání proběhne buď opět pouze za přítomnosti advokátů, nebo je na jednání přizván příslušný spolupracující odborník/odborníci, jejichž téma klienti aktuálně řeší. Může to být pětistranné setkání za přítomnosti neutrálního kouče nebo šestistranné setkání za přítomnosti dvou koučů v případě vysoce vyhroceného konfliktu. Další setkání může být pětistranné za přítomnosti dětského specialisty, jestliže je na programu úprava další péče o děti, eventuálně vypracování harmonogramu rodičovské péče, popřípadě styku s druhým rodičem, u kterého dítě není v péči. Další pětičlenné setkání může proběhnout za přítomnosti neutrálního finančního specialisty, pokud je na programu vypořádání společného jmění manželů nebo nastavení pravidel odděleného hospodaření do doby, než rozsudek o rozvodu manželství nabude právní moci. V případě potřeby mohou být společná setkání různě kombinována, v pokročilejším stadiu vyjednání může nastat situace osmistranného setkání – dva klienti a jejich koučové, advokáty, dětský specialista a finanční specialista.

2.3 Příprava na vyjednávání

Takové setkání může být velmi efektivní za předpokladu, že každý z účastníků je na ně řádně připraven a proto takovému závěrečnému jednání předchází opakované individuální schůzky klientů s jednotlivými spolupracujícími odborníky, o jejichž výsledku se tito vzájemně informují.

S tímto postupem klienti vyslovují souhlas podpisem dohody o spolupráci. Mohou však nastat situace, kdy klienti z jakéhokoli důvodu vysloví zákaz sdílení poskytnutých informací s druhou stranou. V té chvíli nastává pro spolupracující odborníky velké etické dilema. Na jedné straně jsou vázáni etickým kodexem své profese, kde povinnost mlčenlivosti je standardem, na druhé straně klienti podepsali závazek otevřeného sdílení veškerých relevantních informací. Spolupracující odborníci pak hledají cesty, jak nenarušit důvěru klientů a zároveň dostát svým závazkům vůči kolegům v procesu CL/CP. Většinou se snaží s klienty probrat důvody, pro které nechtějí příslušnou informaci sdílet s ostatními, a pak se snaží nalézt řešení této patové situace. Je to obdoba potřeby odděleného jednání v mediaci, kdy klient svěří mediátorovi své stanovisko, ale zároveň jej zaváže k závazku mlčenlivosti před druhou stranou. Poskytnutá informace je pro mediátora důležitá, neboť mu umožňuje lépe pochopit stanovisko klienta a při vhodně formulovaných otázkách může přivést druhou stranu k poznání, aniž by bylo porušeno tajemství / důvěrné sdělení prvního klienta. Při sebelepší přípravě však může nastat situace, kdy se jednání „zadrhne“. Někdy pomůže odložit rozhodnutí o sporné otázce na další setkání, avšak v okamžiku narušení důvěry či ve stadiu slepé uličky je vhodné změnit hru. A to je příležitost přizvat do týmu zkušeného mediátora, který vhodně položenými otázkami může klientům i spolupracujícím odborníkům nabídnout nové úhly pohledu na situaci.

2.4 Rozdílné přístupy advokátů

V této souvislosti je třeba upozornit na zásadní rozdíl mezi úlohou advokáta při setkání s mediátorem v rámci přerušného soudního jednání a advokáta pomáhajícího vyjednávat klientovi v rámci procesu CL/CP. Litigační advokát přijímá často s nevolí soudní rozhodnutí o povinnosti klienta účastnit se prvního setkání se zapsaným mediátorem. Nerozumí smyslu takového rozhodnutí. Většinou má za to, že vyčerpал možnosti před podáním žaloby a nyní již je na soudci, aby ve věci rozhodl a nezdržoval odkladem pokusu mimosoudního vyjednávání. Časté doporučení litigačního advokáta zní: „Můžete si přijít pokecat, ale rozhodně se k ničemu nezavazujte.“ Někteří advokáti trvají na tom, že se takového setkání s mediátorem také musí zúčastnit a mají tendenci

v rámci setkání jednat za klienta, tak jak jsou zvyklí ze soudního řízení. Úloha advokáta při prvním setkání se zapsaným mediátorem je však jiná. Měl by klientovi umožnit, aby pochopil, jaké výhody mu mediace přináší, a pomoci mu orientovat se v situaci po právní stránce. Rozhodnutí o postupu ve věci by však mělo zůstat v rukou klienta. Toho však mnozí litigační advokáti nejsou schopni a mají tendenci ovlivňovat klientovo rozhodnutí svým vlastním přesvědčením, bohužel často z důvodů, že nerozpoznají skutečné zájmy svých klientů. Mnozí litigační advokáti nejsou schopni ve svém nabitém pracovním programu vyčlenit si čas na prostý rozhovor s klientem, který může advokátovi přinést cenné informace a úplně jiný náhled na situaci. Často advokát ulpí na prvotních informacích o situaci a ztrácí přehled o aktuálním dění v nitru svého klienta. Zejména ženy jsou zpočátku velmi útočné a mají tendenci chtít zadupat svého partnera prostřednictvím advokáta do země. Časem ale přehodnotí své stanovisko, uvědomí si, že ať je jejich partner, jaký chce, stále zůstává otcem jejich dětí a ona se na něj může zlobit sebe víc, ale jestliže děti vyjadřují svůj upřímný zájem o svého otce, mají tendenci hledat jiné cesty. Jejich litigační advokát bohužel často tuto změnu nezaznamená a svým chováním zavdává příčinu dalších zbytečných konfliktů. Spolupracující advokát naopak klade důraz na to mít neustále aktuální informace o vnitřním rozpoložení svého klienta. Na rozdíl od svého kolegy, litigačního advokáta, vystupuje způsobem, který má za cíl pochopit stanovisko druhé strany a hledat přijatelné řešení pro oba rodiče. Pro advokáta je někdy obtížné trpělivě vyslechnout klienta a respektovat jeho přání o dalším postupu ve věci.[\[5\]](#)

2.5 Úloha mediátora

Přizvaný mediátor může v procesu CL/CP plnit různé funkce. Nejtypičtější je pomoc při překonání slepé uličky ve vyjednávání. Jakými dalšími způsoby se může tento zkušený vyjednávač zapojit? V první řadě to může být od počátku mediátor, kdo plní úlohu rozvodového kouče – koordinátora případu. V počátcích CL tuto úlohu plnili advokáti, avšak s přibývajícím zapojením dalších spolupracujících odborníků se ukázala potřeba koordinovat činnost neutrální osobou a mediátor je jednou z možných alternativ. Svým vzděláním může plnit úlohu skutečného kouče

pro jednoho nebo oba klienty. Pokud to původní vzdělání mediátora umožňuje, může hrát roli dětského nebo finančního specialisty.

Možnosti uplatnění mediátora

Zpočátku uplatňování procesu CL/CP v praxi zavládla mezi advokáty a mediátory určitá rivalita[6]. Mediátoři měli pocit, že jim advokáti berou práci, naopak advokáti měli za to, že jsou schopni si poradit sami. Velice brzy ale přišli na to, že každý si může najít své místo na slunci. Mediátoři mají podstatně více zkušeností s vyjednáváním s lidmi v konfliktu a s možnými způsoby mimosoudního řešení. Díky svým znalostem z oblasti psychologie a sociologie si umí poradit i v situacích, kde advokáti ztrácejí dech. Tam, kde se advokáti snaží situaci spíše zklidnit, mediátor se nebojí rozbouřených emocí, u nichž je třeba, aby vyplavaly napovrch zejména na počátku procesu, aby později neovlivňovaly proces možné dohody. Jakmile advokáti vyčerpají svůj potenciál, je na čase přizvat mediátora, aby pomohl změnit atmosféru vyjednávání a svou autoritou a neutrálním přístupem přispěl k nalezení nových možných úhlů pohledu jako základu možné dohody. Čím dříve se mediátor do procesu zapojí, tím je proces zejména u vyhrocených konfliktů efektivnější. Od počátku tedy může mediátor hrát roli manažera případu a facilitátora společných setkání. To zejména za situace, kdy se jedná o čtyřstranný model CL/CP, tedy dva klienti a jejich advokáti, a není navázána spolupráce s kouči. V průběhu procesu může být mediátor přizván k otázce výběru společného neutrálního experta v otázce právní či finanční nebo v otázce dalších spolupracujících odborníků. Na začátku procesu hledání řešení může přispět k reálnému pohledu stran na možná řešení a poté pomoci vyhodnotit uskutečnitelnost navrhovaných řešení v rámci brainstormingu. Jestliže se jednání dostanou do slepé uličky, může mediátor být klíčovou osobou, která pomůže klientům a jejich advokátům znova obnovit jednání o určité otázce. Pokud toho není možné dosáhnout na společné schůzce, může se mediátor po dohodě stran pokusit o tzv. *shuttle diplomacy* a na oddělených setkáních s jednotlivým klientem, eventuálně klientem a jeho advokátem, zjistit limity možné dohody a poté vrátit strany konfliktu zpět k jednacímu stolu. V rámci oddělených jednání lze více do hloubky probrat jednotlivé návrhy, eventuálně přetlumočit stanovisko druhé strany tak, aby působilo jako nápad mediátora vzniklý

z aktuálního projednávání, ke kterému se druhý účastník připojí. Sám mediátor může přispět s myšlenkou, která mu vyplyne z informací při oddělených jednáních, zejména za situace, kdy si strana výslovně vymíní, že určité informace nemají být sdíleny s druhou stranou, a přesto mediátor cítí, že právě neinformovanost druhé strany v tomto směru může být příčinou, proč se jednání nemůže pohnout z místa[7].

Kolaborativní přístup

Na druhou stranu je třeba dbát na to, aby výsledné řešení bylo skutečně řešením stran. Skvělý nápad kteréhokoli ze spolupracujících odborníků může být sice inspirací pro ostatní, avšak pokud s ním strany nejsou vnitřně ztotožněny, pak nelze reálně očekávat, že v praxi takové řešení bude funkční. Jestliže se strany zaváží k něčemu, co nejsou schopny realizovat, pak taková dohoda pro ně není uspokojivým výsledkem z dlouhodobého hlediska. Z těchto důvodů je užitečné proces rozdělit na postupné fáze a domluvit se na částečném řešení po omezenou dobu, při které si účastníci navrhovaný model vyzkoušejí a poté se opět vrátí k jednacímu stolu, aby vyhodnotili, co se jim v praxi osvědčilo a co by potřebovali jinak. Svou roli zde hraje i faktor času. V počátečních fázích bývají účastníci neústupní, později se postupně vyrovnávají se vzniklou situací a podle toho, jak se jim skládá perspektiva dalšího života, jsou ochotni připustit i jiné možné varianty, o kterých dříve nebyli ochotni vůbec uvažovat. Právě v těchto okamžicích může být zkušený mediátor klíčovou osobou, která pomůže stranám uvědomit si své priority a přehodnotit původně nesmiřitelné stanovisko k určité otázce. V této souvislosti je třeba mít na paměti, že celý proces je důsledně v rukou účastníků sporu a jsou to oni, kdo rozhodují o tom, jaké kroky chtějí v zájmu svých nejbližších uskutečnit. Není to ani advokát, ani mediátor, ani žádný z dalších spolupracujících odborníků, kdo rozhodne o tom, co se bude v životě účastníků dále odehrávat. Mediátor v roli kouče může účastníky vést k tomu, aby si sami uvědomili, co potřebují, co od života očekávají a kam chtějí směřovat. Teprve až si udělají jasno sami v sobě, mohou přistoupit k jednacímu stolu a vyjednávat o své představě dalšího směřování. Bez toho, aniž by účastníci měli svoji jasnou reálnou představu o tom, jak chtějí naložit se svým životem, nelze efektivně vést jakákoli

další jednání, a proto týmová spolupráce koučů a advokátů může přispět k výrazné efektivitě celého procesu.

2.6 Vstupní brány do procesu CL/CP

Každý ze spolupracujících odborníků musí přihlédnout k tomu, že jedním z klíčových faktorů úspěchu je vhodné načasování společného jednání. Účastníci musí být na takové jednání řádně připraveni, aby jim mohlo přinést očekávaný výsledek. Jestliže strany stále ještě nezvládly zpracovat své rozjitřené emoce, nejsou schopni se společného jednání zúčastnit a pokud přesto souhlasí a k jednání se dostaví, nejsou schopni reálně uvažovat o možných následcích svých rozhodnutí. V této fázi je proto užitečné, aby bylo se stranami intenzivně individuálně pracováno na zvládání vzniklé situace, a je třeba pečlivě vážit, v jakém stadiu konfliktu se každá ze stran nachází. Co předcházelo tomu, než navštívili poprvé vaši kancelář? Jednalo se o dlouhodobý vleklý konflikt, který vyústil v rozhodnutí, že takhle dále není možné fungovat, nebo to byl blesk z čistého nebe, kdy jedna ze stran vůbec neměla tušení, co druhý partner prožívá a jaké má důvody k tomu, aby chtěl radikální změnu?

Záleží také, se kterým ze spolupracujících odborníků začnou klienti spolupracovat jako první. Pokud nejdříve navštívili kancelář advokáta, musí si vyhodnotit, zda situace je řešitelná prostým vyjednáváním mezi klienty a jejich advokáty. Jakmile zachytí signály nesouladu se sebou samým, nepohody při odpovědích na další směřování, je vhodné oslovit kouče, aby klientovi pomohl ujasnit si své priority. Jestliže kouč zachytí potřebu vypořádání se s prožitým traumatem, může doporučit vhodného terapeuta, který bude s klientem pracovat tak, aby byl schopen dalšího fungování. Je to ale klient sám, který se rozhoduje o tom, zda bude tuto podpůrnou síť spolupracujících odborníků využívat, nebo zda se spolehne na své vlastní zdroje – původní rodinu, přátele, spolupracovníky, kteří jsou mu oporou a kteří mu pomohou situaci ustát. Svou roli může také hrát dostupnost těchto služeb a jejich finanční náročnost. Pokud je v místě, eventuelně v dojezdové vzdálenosti, potřebná služba hrazená pojišťovnou nebo spadající do systému sociálních služeb s volnou kapacitou, pak je

situace výrazně jednodušší, než pokud takové služby nejsou dostupné nebo jsou mimo finanční možnosti konkrétního klienta.

Teprve až se advokát ujistí, že jeho klient je připraven na společné jednání, měl by navrhnout druhé straně společné setkání za účelem řešení konkrétní otázky. Kolaborativní přístup znamená důslednou participaci klientů na přijatých rozhodnutích i na postupu dalšího vyjednávání. Při prvním společném setkání klientů a jejich advokátů je tedy důležité projednat závazek klientů účastnit se na řešení jejich sporu metodou CL/CP a poté stanovit časový harmonogram jednotlivých kroků. Vysvětlit, že tato schůzka se koná za účelem stanovení pravidel postupu, neslouží k tomu, aby na ní byla přijímána jakákoli rozhodnutí, ke kterým klienti nejsou připraveni. Již v této fázi je užitečné přizvat mediátora jako facilitátora společného setkání a neutrální osobu, která pomůže nastavit základní pravidla a následně spolupracuje jako manager případu se všemi na procesu zainteresovanými odborníky a zajišťuje plynulé předávání informací o stadiu vývoje a hlídá správné načasování dalších kroků.^[8]

Může to být naopak mediátor, který bude prvním odborníkem, jež se s klienty setká. Na prvním mediačním jednání nebo již v rámci přípravy na mediaci může vyhodnotit, že pro dané klienty by bylo užitečné zapojit do procesu advokáty, a to pokud možno spolupracující, kteří by byli schopni klienty provést celým procesem CL/CP. Pokud klienti tento návrh přijmou, mohou se advokáti připojit a být jim oporou při formulování jejich požadavků na další uspořádání a zejména hlídat právní stránku výsledku procesu. Jindy může iniciátorem být terapeut, ke kterému jeden z klientů dochází a řeší s ním svá trápení, nebo poradce v manželské poradně, který vyhodnotí, že je třeba do procesu zapojit i právníka. Některé manželské poradny s právníky spolupracují externě, výjimečně mají přímo svého zaměstnance. Pro rozvodové kauzy s vyhozeným stupněm konfliktu však nestačí prostá právní rada, klient potřebuje průvodce, a proto volí advokáta. Někdy klienti osloví společně jednoho advokáta, který jim pomůže vytvořit „papíry pro soud“, v klasickém modelu CL/CP má však každý klient svého advokáta, který je jeho osobním průvodcem a vzdělavatelem. V procesu CL/CP se zejména jedná o neustálé učení, jak se vypořádat se vzniklou situací. Klient se učí komunikovat prostřednictvím nenásilné komunikace, učí se zvládat svoje emoce, aby

zůstal platným rodičem pro své děti. Učí se převzít odpovědnost za svá rozhodnutí a respektovat, že můžeme mít na věc různé úhly pohledu a zvolená cesta odpovídá našemu vnitřnímu přesvědčení o tom, jak mají být záležitosti uspořádány. Druhá osoba však může mít zcela odlišný názor a přesto se musíme naučit spolu vycházet, protože i když jsme se rozešli jako partneři, do smrti zůstaneme rodiči svých dětí a děti si většinou přejí mít k dispozici oba rodiče v co největším možném rozsahu. Tým spolupracujících odborníků může tedy být rodičům velkou oporou v době, kdy sami ztratili glanc a hledají kudy dál.

3 Předpoklady rozvoje CL/CP

3.1 Vzdělávání

Proces CL/CP je založen na vzdělávání klientů v oblasti komunikace, znovuzískávání rodičovských kompetencí a zvládání každodenních konfliktních situací způsobem, které co nejméně narušují jejich vztah k dětem. Vzdělávat se potřebují i spolupracující odborníci, a to zejména v týmové spolupráci. Každý z nich vystudoval příslušnou vysokou školu ve svém oboru, avšak to samo o sobě nestačí. Praxe přináší situace, které se tito učí zvládat v průběhu procesu a své zkušenosti pak mohou sdílet s ostatními kolegy. Psychologové i koučové považují za přirozené, že po absolvování příslušné vysoké školy dále pokračují ve zvoleném výcviku, lékaři procházejí různými stupni atestací, aby byli schopni vykonávat specializované činnosti samostatně apod. A co právníci? Po ukončení studií nastupují svou justiční nebo koncipientskou praxi, aby po justičních/advokátních zkouškách mohli samostatně vykonávat své povolání. A dál? Neexistuje žádné další povinné nadstavbové vzdělávání. Advokátní komora nabízí různé semináře na různá, většinou právní témata, existují i malé vlaštovky tzv. *soft skills*, ale základem je ochota každého právníka doplnit si své vzdělání ať již samostudiem nebo účastí na nějakém kurzu či semináři seberozvoje. Spolupracující odborníci zapojení do procesu CL/CP si velmi záhy uvědomili, že bez společného vzdělávání se neobejdou. Krásný teoretický koncept může v praxi selhat právě díky nedostatečným zkušenostem některého z členů týmu.

3.2 Úloha profesních organizací

IACP

Za účelem vzájemné podpory týmové spolupráce vznikla International Academy of Collaborative Professionals (IACP) jako nezisková organizace se sídlem (nyní) ve Phoenixu, která každoročně na konci měsíce října organizuje v některém z velkých měst USA nebo Kanady tzv. Výroční a vzdělávací a networkingové fórum (viz www.collaborativepractice.com). Na něm se setkávají advokáti, koučové, psychologové, sociální pracovníci, mediátoři, finanční poradci a další spolupracující odborníci z celého světa a vzájemně si předávají své zkušenosti. Přednášky střídají většinou devadesátiminutové workshopy vedené interaktivním způsobem. U kulatých stolů sedí 8–12 účastníků, lektor je provází vzájemnou diskuzí na zvolené téma a následně společně sdílejí své závěry debaty, nakonec lektor shrne poznatky účastníků a přidá své vlastní závěry. Připravené prezentace s teoretickou průpravou pak střídají praktická cvičení, kdy účastníci u stolu simulují reálné situace z praxe. Velmi populární je i způsob tzv. *fish bowl*, kdy lektor společně s vybranými účastníky uprostřed sálu přehrává pro ostatní modelové situace, přičemž účastníci se ve svých rolích střídají, aby si každý mohl vyzkoušet na vlastní kůži, jaké je být v roli klienta, nebo naopak advokáta, kouče, mediátora. Před samotnou konferencí, která obvykle začíná v pátek večer a končí v neděli v poledne, probíhá tzv. *pre-forum institut* – jedno až dvoudenní celodenní semináře zaměřené na konkrétní téma nebo určené jako výcvik lektorů pro *basic training*. Každý, kdo se chce stát spolupracujícím odborníkem, by měl nejprve absolvovat základní trénink v rozsahu 21 vyučovacích hodin v metodě CL/CP, kterému by měl předcházet mediační výcvik v rozsahu minimálně 80 hodin. Zejména pro právníky je důležité nejprve absolvovat mediační výcvik, neboť ten umožní změnit náhled na možný způsob komunikace a naučí je vnímat zájmy a potřeby i druhé strany. V odborné literatuře se mluví o potřebě litigačního právníka udělat tzv. *paradigma shift*, tzn. změnit úhel pohledu, bez kterého nelze o zapojení se do spolupráce vůbec uvažovat.[9]

Výcvikové skupiny

Po celém světě vznikly tzv. *practice group* – výcvikové skupiny složené z absolventů základního kurzu, kteří se společně scházejí minimálně jednou měsíčně a dále se společně vzdělávají, diskutují, nacvičují modelové situace a řeší organizační a marketingové záležitosti. Advokáti, kteří chtějí nabízet služby mimosoudního řešení sporů metodou CL/CP se takto sdružují, aby vytvořili společný seznam spolupracujících odborníků a nabízeli své služby široké veřejnosti. Pokud advokáta navštíví klient a vybere si z možných řešení právě metodu CL/CP, pak je třeba, aby i „protistrana“ si vybrala advokáta, který je vyškolen v této metodě. Ve větších městech mají klienti na výběr i ze členů několika praktických skupin. V menších regionech není výjimkou, kdy jeden advokát, který školením prošel, pak mentoruje druhého advokáta, který sice výcvik neabsolvoval, avšak je ochoten zásady CL/CP dodržovat. Jeho pozice je však výrazně složitější, neboť právě výcvik má připravit advokáta na situace, které s klientem běžně prožívá. Učí se, jak vysvětlit proces CL/CP klientovi, jak získat ke spolupráci druhou stranu, jakým způsobem vykonat přípravu na jednání s klientem, jak má vypadat společná schůzka advokátů a dalších spolupracujících odborníků, jak vyhotovovat zápisy z jednání a hlavně jakým způsobem komunikovat s klientem i ostatními kolegy v mezidobí.

Etická pravidla

IACP přijala etická pravidla chování pro jednotlivé profese a různé praktické skupiny mají svá vlastní pravidla „správného“ postupu procesu CL/CP^[10]. Ve své podstatě se jedná o obdobu standardů, na které jsou zvyklí pracovníci neziskových organizací ze sociálních služeb či pracovníci OSPOD. Je to vlastně kuchařka, návod, jak se zachovat v určitých situacích, co může klient očekávat a jak by měl vystupovat spolupracující odborník. Tato doporučení se samozřejmě vyvíjejí, jak se vyvíjí život sám. Změna technologií v komunikaci přinesla samozřejmě i výraznou změnu do způsobu práce jednotlivých spolupracujících odborníků, avšak přímá komunikace klientů a jejich advokátů a přímá komunikace s ostatními spolupracujícími odborníky je nezastupitelná. Na druhou stranu již dnes existují různé počítačové programy, které pomáhají spolupracujícím odborníkům vést jejich agendu či provádějí procesem např. při sestavování rodinného rozpočtu či rodičovského plánu. Je tedy na

každé praktické skupině, zda bude vymýšlet vymyšlené nebo se bude inspirovat od ostatních kolegů z celého světa. Je třeba si uvědomit, že každá země má svá specifika. Není to jenom jiná platná právní úprava rodinného práva, ale také jiné kulturní zvyklosti, jiná mentalita, která se může lišit i podle regionu či krajových zvyklostí.

Týmová spolupráce

Dále je třeba respektovat, že každý případ je jiný, tak jako každý z nás je jedinečný, a nelze použít jednotnou šablonu bez dalšího. Procesní doporučení je užitečné následovat kvůli nastavení pravidel, která dávají účastníkům vyjednávání pocit jistoty toho, co se bude dít a kdy se to bude dít. Každý případ však vyžaduje modifikaci podle aktuální situace klientů. Také způsob zapojení spolupracujících odborníků bude jedinečný. Důležité je však respektovat základní pravidla vzájemné komunikace a otevřené sdílení veškerých relevantních informací. Praxe ukazuje, že právě nejvíce konfliktů vzniká z nedostatečné informovanosti a z neúplného sdílení prožitků. Jestliže je třeba něco udělat, je užitečné vysvětlit nejen, co je třeba udělat, ale také z jakého důvodu, jaké jsou motivy pro určitý postup, neboť pak je zvolená metoda daleko lépe přijímána. Zkušenosti mediátora mohou spolupracujícím odborníkům pomáhat udržovat ducha týmové spolupráce, a proto jednou z dalších možností, jak zapojit mediátory do procesu CL/CP je využívat jejich služeb při facilitaci společných jednání odborníků ať už nad konkrétním případem, či na setkání výcvikové skupiny.

Osobnost mediátora

Při zapojení mediátora je třeba také zvažovat, jaký typ mediace mediátor nabízí. Zpočátku se vyučovala na výcvicích facilitativní mediace, kdy mediátor byl přísně veden k tomu, aby žádným způsobem nezasahoval do možného řešení a byl pouze průvodcem a překladatelem pro vzájemné pochopení stran při jednání. Mnoho právníků si osvojilo styl evaluativní mediace, kdy mediátor je více direktivní a sám přichází s návrhy možných řešení. V poslední době je velmi rozšířený a populární transformativní styl, který se překvapivě dá uplatnit nejen při přímém vyjednávání klientů v rodinných kauzách. Mediace samotná může být i s terapeutickými prvky, založená na narativním přístupu, kolaborativním přístupu apod. Každý

z mediátorů si postupně vytvoří svůj jedinečný styl odpovídající jeho osobnosti, a proto při výběru mediátora je třeba přihlédnout ke všem těmto shora uvedeným faktorům, aby jeho služby byly odpovídající konkrétnímu účelu, pro který je přizván ke spolupráci. Často je diskutována otázka, zda má být mediátor zároveň expertem na projednávanou problematiku, nebo zda to má být naopak někdo s širokým nadhledem. Co potřebuje pracovní skupina? Co potřebují klienti? Někoho s autoritou, kdo je provede procesem jako lodivod bez zaváhání nebo raději někoho s vysokou mírou empatie pro vzniklou situaci? Někteří mediátoři preferují pracovat ve dvojici. Pro rodinné spory se pro běžnou mediaci doporučuje, aby komediátoři byli muž a žena, nejlépe právník a psycholog, aby byli genderově i profesně vyrovnaní. Ve specifických případech, zejména v multikulturních sporech, je užitečné, aby druhý komediátor byl příslušníkem stejné rasy/pohlaví apod. Pro proces CL/CP je to záležitostí manažera případu, aby klientům doporučil výběr vhodných spolupracujících odborníků. Podle čeho se klienti rozhodují? Často dají na doporučení známých, v dnešní době sociálních sítí jsou často ovlivněni referencemi z různých zdrojů. Důležité bývají i celkové odhadované náklady na proces, a to jak finanční, tak časové.

4 Metody vycházející z CL/CP

4.1 Cooperative practice

Metoda CL/CP se v praxi rozvíjí více než 28 let a postupně se rodí různé hybridy a varianty podle místních poměrů či nálady ve společnosti. Málokdy se podaří realizovat celý proces podle učebnicového příkladu postupných čtyř a vícestranných setkání při zapojení úplného týmu spolupracujících odborníků. V jednodušších případech jsou to skutečně jen klienti a jejich advokáti při několika čtyřstranných setkáních. Inspirováni metodou CL/CP za účelem snížení celkových nákladů v Rakousku využívají model komediace právníka a psychologa, kteří klientům pomohou dosáhnout smírného řešení rodinného sporu. Mnozí advokáti, kteří se seznámí s metodou CL/CP, v praxi aplikují její pravidla, avšak nejsou ochotni podepsat závazek vypovědět klientovi plnou moc, jestliže

jednání selže, a tak deklarují, že používají metodu *cooperative practice*, přičemž i oni využívají tým spolupracujících odborníků. Po celém světě právníci, psychologové, sociální pracovníci, koučové a různí poradci vytvářejí různé procesy – experimenty šité na míru inspirované základní myšlenkou dosažení smíru mezi účastníky konfliktu pro lepší budoucnost pro konkrétní rodinu i pro celou planetu. Úspěšnost těchto metod je často závislá na společenském prostředí, ve kterém se odehrává.

4.2 Komplementární praxe

Evropský institut pro smír, mediaci a rozhodčí řízení, o. p. s. v rámci projektu Grundtvig na konferenci v Římě v roce 2012 představil myšlenku komplementární praxe, která vychází ze zásad CL/CP, avšak zapojuje do procesu i orgány státní a veřejné správy (OSPOD, soudy), neboť bez jejich součinnosti by soukromá snaha rodičů mohla být zmařena. Jestliže rodiče dospějí k dohodě o dětech, kterou pracovník OSPOD nedoporučí a soud neschválí a sám rozhodne jinak, může práce celého týmu přijít nazmar. Kolaborativní přístup s participací dětí a spolupráce všech zainteresovaných odborníků by měla být základem každého modelu směřujícího ke smírnému řešení sporů.

Použitá literatura

1. CAMERON, J. Nancy. *Collaborative Practice: Deepening the Dialogue*. Vancouver, Canada: The continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004. ISBN 1-55258-351-1.
2. HOLÁ, Lenka. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Praha: Grada, 2013. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-4109-3.
3. MOSTEN, Forrest S. *Collaborative divorce handbook: helping families without going to court*. San Francisco: Jossey-Bass, 2009. ISBN 978-0470395196.
4. SHIELDS W. Richard, RYAN P. Judith, SMITH L. Victoria. *Collaborative Family Law. Another Way to Resolve Family Disputes*. Ontario. Canada. 2003. Thomson Canada Limited. ISBN 0-459-24043-9
5. TESLER, H. Pauline. *Collaborative Law. Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation*. Second Edition. Chicago 2008. American Bar Association. ISBN: 978-1-59031-974-1
6. VAŇKOVÁ, Eva. *Řešení sporů v 21. století*. Praha, 2010. Advokátní almanach. ISSN 1803-4357.
7. WEBB, Stuart G. a Ron. OUSKY. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to*

- court. New York: Hudson Street Press, 2006. ISBN 9781594630224,
8. HOFFMAN A. David. *All in the Family*. The Role of Mediation in Collaborative Practice. DRAFT – August 7, 2017
 9. MAXWELL Lary. *Opportunities for Mediators in the Collaborative Process*. Dallas Bar Association.
 10. IACP Standards and Ethics. <https://www.collaborativepractice.com/professional/resources/iacp-standards-and-ethic>

Kontakt

JUDr. Eva Vaňková

eva.vankova@esi.cz.eu

- [1] WEBB, Stuart G. a Ron. OUSKY. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to court*. New York: Hudson Street Press, 2006. ISBN 9781594630224
- [2] TESLER, H. Pauline. *Collaborative Law: Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation*. Second Edition. Chicago 2008. American Bar Association. ISBN: 978-1-59031-974-1
- [3] MOSTEN, Forrest S. *Collaborative divorce handbook: helping families without going to court*. San Francisco: Jossey-Bass, 2009. ISBN 978-0470395196.
- [4] SHIELDS W. Richard, RYAN P. Judith, SMITH L. Victoria. *Collaborative Family Law*. Another Way to Resolve Family Disputes. Ontario. Canada. 2003. Thomson Canada Limited. ISBN 0-459-24043-9
- [5] CAMERON, J. Nancy. *Collaborative Practice: Deepening the Dialogue*. Vancouver, Canada: The continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004. ISBN 1-55258-351-1
- [6] HOFFMAN A. David. *All in the Family*. The Role of Mediation in Collaborative Practice. DRAFT – August 7, 2017
- [7] MAXWELL Lary. *Opportunities for Mediators in the Collaborative Process*. Dallas Bar Association.
- [8] VAŇKOVÁ, Eva. *Řešení sporů v 21. století*. Praha, 2010. Advokátní almanach. ISSN 1803-4357
- [9] HOLÁ, Lenka. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Praha: Grada, 2013. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-4109-3
- [10] IACP Standards and Ethics. <https://www.collaborativepractice.com/professional/resources/iacp-standards-and-ethic>

Metodologie výběru případů vhodných pro aplikaci práva spolupráce

A Methodology of the Selection of Cases Suitable for Collaborative Law Application

Martina Vašátková

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, Tř. 17. listopadu 8, Olomouc

Abstrakt: Právo spolupráce neboli *collaborative law* je jednou z alternativních metod řešení sporu, která v České republice není prozatím tolik známá. Metoda vznikla v USA v souvislosti s rozvodovým řízením, proto se i v tomto příspěvku zaměřuji na oblast rodinněprávní, kde má metoda nejdelší historii. Její potenciál je dle mého názoru značný, a to především v souvislosti s pomocí odbřemeňování soudů v rámci rozvodových řízení. Rodinněprávní oblast je založena na vztazích a emocích^[1], proto je právě zde velký prostor pro práci tzv. spolupracujícího advokáta, který se nezaměřuje pouze na právní stránku věci, ale vnímá případ zcela komplexně. Prostředkem, který by mu mohl pomoci rozlišit, zda se případ klienta hodí řešit pomocí práva spolupráce, by mohl být dotazník. Zakladatel *collaborative law* Stue Webb takový dotazník pro klienty vytvořil, poté na něj navázala i mediátorka a spolupracující právnička Katherine Stoner. Příspěvek by se měl zabývat jak analýzou těchto dvou dotazníků a vytvořením konečného, který by se dal aplikovat v České republice, tak problematikou, zda je pro daný případ vhodnější právo spolupráce nebo mediace.

Klíčová slova: právo spolupráce, vhodnost, dotazník

Abstract: Collaborative law is one of the alternative dispute resolution methods, which is in the Czech Republic is not so well-known. The method was created in the United States in connection with divorce proceedings, so I also focus on the area of family law, where the method has the longest history. Its potential is considerable in my view, especially in connection with the helping courts in the divorce proceedings. The family law area is based on relationships and emotions, so there is a lot of room for a so-called collaborating lawyer who does not only focus on the legal aspect but perceives the case completely. A questionnaire could be a tool which could help to determine whether the client's case might be dealt with collaborative law. Collaborative law founder Stue Webb created such a questionnaire for clients, followed by a mediator and a collaborating lawyer Katherine Stoner. The article should deal with the analysis of these two

questionnaires and the creation of the final one, which could be applied in the Czech Republic too.

Keywords: Collaborative Law, Suitability, Questionnaire.

Úvod

Právo spolupráce je jednou z alternativních metod řešení sporu. Jeho základní pilíře jsou velmi podobné s mediací. Přirovnání Katherine Stoner se mi zdá trefné – nazvala právo spolupráce sestřenicí mediace.^[2] „Obě jsou totiž strukturovanými metodami, postavenými na kooperaci všech účastníků, řeší konflikt konstruktivně, hledají možnosti, které by uspokojovaly zájmy a potřeby stran v konfliktu, stejně jako se neomezují na řešení problému pouze z právního hlediska, ale rozšiřují je do oblasti sociálních a psychických potřeb klientů. Rozdíl je naopak v komunikačním uspořádání, v kontextu jednání a pojmenování rolí odborníků.“^[3]

Pro účinné aplikování metody *collaborative law* v České republice je nejdříve potřeba zajistit dostatečný mechanismus, který by pomohl advokátovi rozpoznat, zda je daný případ vhodný pro použití práva spolupráce. Proto, pokud se chceme zaměřit na problematiku vhodnosti a nevhodnosti, můžeme se v základních bodech opřít o úpravu mediace – vhodné jsou např. případy, kdy spolu strany potřebují v budoucnu kooperovat. Typicky to mohou být právě manželé, kteří spolu vychovávají děti, a je nezbytně nutné, aby spolu komunikovali (ba co více, aby se spolu naučili efektivně komunikovat). Naopak nevhodné jsou případy, kdy je nerovné postavení stran, a dále případy, kdy jde o psychické poruchy, závislosti nebo o domácí násilí.^[4] Metoda práva spolupráce není vhodná pro každého klienta. Jestliže klient není ochoten převzít odpovědnost do svých vlastních rukou a spoléhá na zásah autority, pak nezbyvá, než aby za něho rozhodl někdo jiný. „Je plně na odpovědnosti advokáta, aby využití této metody doporučil pouze takovému klientovi, který je schopen a ochoten plně akceptovat zásady otevřené spolupráce založené na sdílení veškerých relevantních informací pro přijetí rozhodnutí.“^[5] Advokát po zjištění relevantních informací seznámí klienta s možnými cestami, kterými se může vydat. Pro jeho usnadnění vytvořili Stue Webb, otec

práva spolupráce, a Katherine Stoner, americká mediátorka a spolupracující právnička, dotazníky, které pomáhají jak spolupracujícímu advokátovi, tak klientům.

1 Dotazník jako pomocník při výběru vhodných případů

Z výzkumných metod jsem se zaměřila na dotazník jakožto základní a rychlou orientaci pro klienta i spolupracujícího právníka, jestli je zde vhodnost použití a v jaké míře. Dotazník je definován jako soubor písemných otázek, sledujících poznání určitých jevů, které mají být uspořádány přehledně.^[6] Mimo jiné by to měl být i prostor pro klienta zamyslet se hlouběji nad svou situací. Mezi jeho výhody patří možnost hromadného zpracování, stejně formulované otázky, nevýhodou je však eventuální nepochopení otázky. Výsledkem dotazníku zaměřeného na právo spolupráce nemá být rozlišení na případy vhodné a nevhodné, ale určit míru vhodnosti daného případu pro aplikaci práva spolupráce.

Dotazník je koncipovaný pro klienty, kteří mají zájem řešit svou situaci prostřednictvím práva spolupráce, v tomto případě pro rozvádějící se manžele. Ideální je, aby manželé vyplňovali dotazník odděleně a v klidu, aby měli prostor pro zamyšlení se a pravdivé zodpovězení. Dotazník si mohou vyhodnotit samotní manželé, nebo jim může pomoci advokát, který má s výsledky dotazníku pracovat. Výsledek by měl advokátovi orientačně pomoci s vyhodnocením situace, zodpovědět základní problematické okruhy a navrhnout klientovi postup, který bude pro něj nejvíce vhodný. Při své práci na dotazníku, který by byl v České republice aplikovatelný v rámci posuzování míry vhodnosti k řešení pomocí *collaborative law*, jsem vycházela ze dvou dotazníků vytvořených předními odborníky na právo spolupráce. Dotazníky vytvořili již zmínění právníci Stue Webb a Katherine Stoner.

1.1 Dotazník Stua Webba

Dotazník zveřejnil Stuart Webb ve své publikaci *The Collaborative Way to Divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs,*

and happier kids, without going to court v roce 2006.[7] Dotazník obsahuje deset krátkých stanovisek, kdy na každé odpovídá manžel nebo manželka zakroužkováním od jednoho do pěti bodů, podle toho, jak moc s daným tvrzením souhlasí. Jeden bod je úplný nesouhlas, pět bodů značí úplný souhlas a tři body značí neutrální odpověď. Stanoviska se týkají osobních postojů klienta (např. zda je klient ochoten vidět věci pohledem druhého manžela), potenciálního násilí (např. nebojím se svého manžela/manželky), dětí (např. věřím, že je důležité, aby naše děti měly zdravý a silný vztah s oběma rodiči). Pojdme se podívat, na co Stuart Webb svými stanovisky míří:

a) Převzetí osobní zodpovědnosti za řešení problému. Zcela zásadní stanovisko, bez kterého by nejen právo spolupráce nefungovalo[8]: „Jsem ochotná/ý připustit si, že jsem zcela zodpovědná/ý za vyřešení své situace pomocí práva spolupráce.“[9] S tím úzce souvisí i role spolupracujícího advokáta při využití metody *collaborative law*. Pokud bych věřila, že můj advokát najde řešení mého problému a vyřeší ho za mě, byla bych z průběhu, ale i z výsledku práva spolupráce nešťastná. Vždy je zde někdo, koho můžeme vinit z rozvodu: náš manžel/ka, jeho nebo její právník, soudce, náš právník, systém – stačí si jen vybrat. Pokud budu schopná/ý přijmout osobní zodpovědnost stejně jako můj manžel/ka, výsledek bude stát za to.[10]

b) Umění nadhledu, porozumění a empatie. Mít nadhled je i v životě velmi ceněnou vlastností, která se většinou nabývá lety a zkušenostmi. Náhled můžeme definovat jako schopnost člověka povznést se nad svou omezenou perspektivu, podívat se na věci jako nezúčastněná osoba, mít nezaujatý pohled.[11] Pokud se rozvádíme, ve většině případů to pro nás bude situace značně emotivní, schopnost racionálně uvažovat bude omezená a být „nad věcí“ pro nás bude těžké. Pomocí v tomto ohledu mohou být otázky vázané na budoucnost, jako např.: „Když se zamyslíte nad svým rozvodem za dvacet let, co si myslíte, že bylo nejdůležitější? Bude to přesná částka, která vám z rozvodu připadla, či fakt, že jste se vypořádal/a s rozvodem s důstojností?“[12] Schopnost naslouchat, otevřenost a snaha porozumět druhému je v právu spolupráce jednou z klíčových. Bez nich se nedá vést konstruktivní jednání, které by vedlo ke společné dohodě. Jednoduše řečeno: „Nemusíš souhlasit s tím, co bylo

řečeno – ale je potřeba, abys tomu rozuměl.“[\[13\]](#) Pokud člověk nechce porozumět, či chce, ale nesnaží se, měl by pravděpodobně velké problémy v průběhu aplikace práva spolupráce.

c) Emoce. Rodinné právo je jednou z nejvíce emotivních oblastí a advokát zde musí uplatňovat nejen své právní dovednosti, ale i dovednosti odlišné, jako jsou například tzv. *soft skills*. Rozvod může být v některých případech pro manžele jednou z nejtěžších emočních výzev, které kdy čelili. Právníci, kteří chtějí aplikovat právo spolupráce, musí být advokáti zapsaní v České advokátní komoře, musí projít výcvikem v mediaci a taktéž výcvikem v právu spolupráce. Poté, co nabydou znalosti potřebné k výkonu práva spolupráce, by měli být kompetentní řešit i situace emočně náročnější. Pokud emoce eskalují, je vhodné přizvat specialistu – psychologa, kouče či jinou osobu, která pomůže klientovi zvládat emoce. Právo spolupráce, jak již název napovídá, vítá účast externích odborníků, kteří se do procesu mohou zapojit. Je tak možné najednou vyřešit více problémů, které by jinak řešily osoby bez potřebných znalostí případu a jeho okolností.[\[14\]](#)

d) Strach a zastrahování. K aplikování práva spolupráce je nezbytně nutné vytvořit bezpečné prostředí pro všechny zúčastněné osoby. Pokud mezi manžely dochází či docházelo k násilí, je vždy nutné být k spolupracujícímu advokátovi upřímný a následně zohlednit aktuální situaci. Pokud je klient doopravdy vyděšen z druhého manžela, právo spolupráce nemůže fungovat a je nutné vyhledat právní ochranu a více tradiční způsob řešení sporu.[\[15\]](#) Ve vztahu dvou manželů však nemusí docházet k násilí, přesto zde může dojít k nerovnováze. Je žádoucí zohlednit míru nerovnosti sil mezi partnery a navrhnout pro ně nejvhodnější řešení. Menším nerovnostem může pomoci to, že obě strany jsou zastoupeny advokátem, při větších nerovnostech je nutné změnit styl chování (za pomoci spolupracujících advokátů či psychologů a koučů), pokud je to možné. Pokud by však člověk nebyl ochoten změnit styl svého chování, měl by zvážit, zda metoda práva spolupráce je s ohledem na jeho osobnost vhodnou volbou.

f) Budování důvěry a přijetí rozvodu. Při vstupu do manželství je pro nás partner blízkou osobou, které věříme. Důvěra je ale křehká věc, a tak může utrpět všemi možnými způsoby. „Je zde ale obecné nepochopení, že

důvěra je pouze černobílou věcí – buď je přítomna zcela, nebo ve vztahu úplně chybí.“^[16] Ve skutečnosti je zde ale široká škála a míra důvěry se na ní mění. Mohu tvrdit, že už partnerovi nevěřím, přesto mu, byť na malou chvíli, svěřím dítě – což je přece ukázka jistého stupně důvěry.^[17] Právo spolupráce se snaží naučit strany mezi sebou spolupracovat, budovat mezi nimi důvěru, což není otázka jedné schůzky, ale cíl, na kterém je potřeba pracovat dlouhodobě. Druhou problémovou oblastí může být to, že jsme se jednoduše s rozvodem nesmířili. Rozvod se děje ve více rovinách. Můžeme ho dělit na rozvod právní, emoční, sociální a finanční. Aby bylo možno jednat o společně uzavírané dohodě, je potřeba, aby klienti dospěli do určitého stadia. Může se stát, že jeden z manželů „je připraven hodit bolestné období za hlavu, zatímco druhý z manželů zatím teprve začal čelit realitě rozvodu“.^[18] Je proto vhodné nechat jednomu z manželů čas na vstřebání a netlačit na něj s procesem práva spolupráce.

g) Přistoupení na proces práva spolupráce. „Pokud je člověk připraven pracovat tvrdě na věcech, jako je naslouchání a přemýšlení nad nejlepšími možnými řešeními, a je ochoten věnovat procesu nezbytný čas a peníze, má mnohem větší šanci na pozitivní výstup,“^[19] tedy dohodu, která bude jak pro něj, tak pro druhého z manželů přijatelná. Klient někdy může přistoupit na aplikování metody z důvodu, že je rychlejší a levnější než soudní spor. Pokud jsou to ale jeho hlavní zájmy a vnitřně se neztotožňuje s alternativními metodami a jejich myšlenkami, spokojen nebude. Náklady budou pravděpodobně nižší, než kdyby se roky soudil s druhým manželem, ale i právo spolupráce nevyřeší vše za jedno sezení. Je nutné mít na paměti, že práva spolupráce se na rozdíl od mediaci, kde vystupuje jeden nestranný mediátor, účastní dva spolupracující advokáti, kterým vznikají náklady. Někdy je také nutné přizvání odborníků, kteří rovněž zvyšují náklady.

h) Porozvodový vztah mezi manžely. Některé manžele pojí děti, jiné byznys, jiné třeba společní přátelé. V případech, kdy bude v budoucnu docházet ke kooperaci bývalých partnerů, je nutné naučit se spolu znovu jednat. Budoucí společná rozhodnutí budou přicházet v úvahu obzvláště v případě nezletilých dětí či společné práce. Rodiče by si měli uvědomovat dopady, které situace kolem rozvodu zanechává na dětech. „Studie odhalily, že to, jak se k sobě pár navzájem chová v průběhu rozvodu, má

mnohem větší dopad na jejich děti než samotný rozvod.“^[20] U menších dětí bude následovat nespočet interakcí, ke kterým budou rodiče nuceni, a je v zájmu rodičů, aby se spolu co nejdříve naučili komunikovat pro usnadnění jejich budoucího života. I rozvádějící se manželé, kteří mají děti již zletilé, se mohou dostat do svízelných situací, pokud spolu nedokážou vycházet. Promoce, svatba, narození vnoučat a další události mohou znamenat pro jednoho z manželů události, na které se nemůže dostavit či se jich účastnit. Ať už klienty svazuje cokoliv, stojí za to se naučit spolu vycházet. Naopak pokud mě s partnerem již nic nepojí, mohu rozvod vyřešit smírnou cestou, bez hádek, zbytečných emocí a důstojně především sám pro sebe.

1.2 Dotazník Katherine Stoner

Druhý dotazník vypracovala americká mediátorka a spolupracující advokátka Katherine Stoner ve své knize *Divorce Without Court: a guide to mediation & collaborative divorce*.^[21] Katherine Stoner se v publikaci mimo jiné zaměřuje na rozlišení, zda si má klient vybrat mediaci, či právo spolupráce. Touto otázkou se bude příspěvek podrobněji zabývat v kapitole 4, kdy by objasnil dosavadní procesy volby mezi těmito dvěma metodami. Dotazník K. Stoner má jinou hodnotící škálu než dotazník Stua Webba. Škála má rozpětí od jednoho do čtyř bodů. Dotazník obsahuje dvanáct stanovisek, která se obsahově podobají stanoviskům v dotazníku Stua Webba. Dotazník nejen pomáhá manželům v zamyšlení se nad jejich aktuální situací, ale také definuje jejich postoje, které je např. potřeba změnit, aby se mohli společně vydat cestou mediace či práva spolupráce. I Katherine Stoner rozebírá jednotlivá stanoviska a objasňuje, jaké změny může člověk provést. V tématech, jako je důvěra, emoce, porozvodový vztah mezi manžely, strach a zastrasování, svými stanovisky stejně jako Stue Webb cílí na stejné potencionální problémy, které mohou vzniknout v průběhu aplikace práva spolupráce. Do svého dotazníku však zařazuje i nová témata jako:

a) Finanční situace. Problematika rozdělování majetku je velmi citlivým tématem. Pokud je situace komplikovaná, je účelné přizvat do procesu finančního specialistu. Finančního specialistu si může přizvat každá ze

stran, či se mohou dohodnout na jednom společném. „Právo spolupráce upřednostňuje jednoho finančního specialistu, který poskytne neutrální hodnocení, raději než bitvu ‚expertů‘.“^[22] Finanční specialista hodnotí majetkovou situaci komplexně, připravuje podklady, analyzuje příjmy a výdaje, doporučuje vhodná řešení z oblasti daňové nebo pojišťovací.^[23] Jeho role je však i preventivní – snaží se zabezpečit finanční situaci s ohledem na budoucnost (pomáhá vypracovat rodinný rozpočet, stanovuje finanční cíle, vypracovává dluhové plány atd.).^[24] Pokud není finanční situace tak komplikovaná, lze ji vyřešit pouze za účasti rozvádějících se manželů a spolupracujících advokátů. Stoner otázkou na finance míří na povědomí manželů o jejich finanční situaci. V případě, že má jejich odpověď málo bodů, a tudíž nejsou strany plně seznámeni se svými majetkovými poměry, Stoner navrhuje sehnat relevantní dokumenty, povzbuzuje samotné manžele, aby byli aktivní, a v příloze publikace jim poskytuje přehledný seznam finančních oblastí, které je obvykle nutno vyřešit.

b) Alkohol a jiné závislosti. Zařazení kategorie závislostí považují všeobecně za dobrý nápad. Je to oblast, se kterou se potřebuje spolupracující advokát seznámit. S ohledem na současný vývoj společnosti, již nejde jen o alkohol a drogovou problematiku či gamblerství. Objevují se zde i nové závislosti jako je např. závislost na počítačových hrách, mobilním telefonu či internetu. Právě závislost je často důvodem, proč se jeden z manželů rozhodne pro rozvod. „Problémy s alkoholem nebo drogami mohou narušit schopnost člověka myslet jasně a dělat dobrá rozhodnutí. To může oslabit úspěch vyjednávání.“^[25] I v takových případech nelze zcela zavrhnout proces mediace či práva spolupráce. Pokud mají oba manželé vůli zvolit si alternativní metody, nejsou pro ně dveře zavřené. Je ale příhodné, aby se manžel, který trpí závislostí, začal léčit, aby byl schopný následného procesu.

c) Dobrý rodič. Také Katherine Stoner zvolila do svého dotazníku otázku týkající se dětí a rodičovství. Otázka zní: „(pokud máte děti) můj manžel/ka je dobrým rodičem.“^[26] Problémovým aspektem soudního řízení je, že rodiče nechávají o svém dítěti autoritativně rozhodnout soud. Právo spolupráce a mediace nechávají prostor pro rodiče, kteří své dítě znají nejlépe. Co se týče formulované otázky, nemyslím, že byla zvolena

zcela šťastně. Pojem „dobrý rodič“ může pro každého znamenat něco jiného. Závisí to na množství času, které dítěti věnujeme? Nebo na tom, zda ho dokážeme dobře zabezpečit? Na způsobu výchovy? Stanovisko, ale míří jinam – na možné zneužívání či týrání dítěte. Pokud mám o takovém jednání podezření, nebo o takovém jednání druhého partnera dokonce vím, je nutné o tom spolupracujícího advokáta informovat a probrat s ním následující kroky (např. nahlášení případu veřejným orgánům atd.). Proto je lepší formulovat otázku, zda je druhý manžel schopen postarat se o děti.

1.3 Výsledný dotazník

Po přiblížení obou dotazníků, můžeme oba dotazníky zhodnotit a určit jejich výhody a nevýhody. Mezi přednosti Webbova dotazníku patří možnost odpovědět neutrálně, což souvisí s větší hodnotící škálou. Jako pozitivní beru uvedení stanoviska, které se týká odpovědnosti za vyřešení problému. Jakožto jeden z hlavních principů práva spolupráce a mediace, by měl mít v dotazníku své místo. Dále je vhodná otázka na vztah dítěte k druhému rodiči – „věřím, že je velmi důležité, aby naše děti měly vybudovaný silný a zdravý vztah s oběma rodiči.“^[27] Nevýhodou dotazníku Stuarta Webba je, že dotazník nezohledňuje manžele, kteří nemají děti – ti musí odpovídat i na otázky týkající se dětí, byť neutrálně. Naopak dotazník Katherine Stoner byl vytvářen i pro aplikaci na páry, které by měly zájem o mediaci. Stoner uvádí, že již výsledný počet bodů může pomoci při výběru, zda zvolit právo spolupráce či mediaci. Nižší počet bodů naznačuje, že by mohlo být vhodnější právo spolupráce. Může být totiž snadnější pracovat s advokátem po svém boku.^[28] Dalším kladem je, že ve formulaci stanoviska zohledňuje Stoner páry, které nemají děti, a taktéž se zabývá problematikou závislosti.

DOTAZNÍK STUARTA WEBBA	DOTAZNÍK KATHERINE STONER
možnost odpovědět neutrálně	absence neutrální odpovědi
absence stanoviska na závislosti	stanovisko zaměřující se na závislosti
určen výhradně pro právo spolupráce	aplikovatelný na mediaci
absence stanoviska o schopnosti pečovat o dítě	stanovisko o schopnosti pečovat o dítě
stanovisko o odpovědnosti za vyřešení problému	absence stanoviska o odpovědnosti za vyřešení problému

nutné odpovídat na otázku o dětech, i když je zohlednění párů, co nemají děti nemám

Tabulka 1. Porovnání dotazníků

Následně jsem ze dvou výše uvedených dotazníků vytvořila jeden konečný. Nejprve jsem všech 22 stanovisek roztrídila do skupin podle oblastí, na které se zaměřovaly, a to konkrétně na čtyři skupiny – stanoviska týkající se dětí, násilí či závislosti, samotné osoby manžela a vztahu mezi manžely navzájem. Stanoviska, která se v dotazníku Webba a Stoner obsahově překrývaly, jsem použila pouze jednou a do konečného dotazníku vybrala 13 výsledných stanovisek. Stanoviska bylo příhodné seřadit podle již zmiňovaných oblastí, aby dotazník působil strukturovaně. Některé otázky bylo nutné přeformulovat, což se týkalo např. otázky o „dobrém rodiči“ (ta byla rozebírána v poslední části kapitoly 2.2). Finální dotazník obsahuje šest otázek týkající se osoby klienta, které jsou uvedeny jako první, tři otázky týkající se vztahu mezi partnery, jednu otázku na násilí, dále jednu otázku na závislosti a poslední dvě otázky se zaměřují na děti, pokud je manželé mají.[\[29\]](#)

Co se týká postupu, jak mají konečný dotazník klienti, v našem případě rozvádějící se manželé, vyplňovat – k vyplnění dochází na prvním setkání se spolupracujícím advokátem, či si ho manželé mohou vyplnit v pohodlí domova. Důležité nicméně je, že manželé vyplňují dotazníky odděleně. Vyhodnocení testu probíhá ihned po vyplnění dotazníku, kdy je k němu připojeno i řešení, takže si může klient ihned spočítat body a vyhodnotit si dotazník sám. Poté následuje konzultace každého manžela s advokátem o následujícím postupu. A jak se dotazník vyhodnocuje? Na třináct stanovisek klient reaguje zakroužkováním příslušného počtu bodů z hodnotící škály od jednoho do pěti bodů podle toho, v jaké míře s daným tvrzením souhlasí, či nesouhlasí. Následně klient sečte body a dle výsledkové tabulky zjistí míru vhodnosti. Páry, které nemají děti, jsou zohledněny a mohou dosáhnout nižšího maximálního výsledku, což je popsáno i v hodnocení. Dotazník slouží také k nalezení slabších stránek klientů. Otázky, u kterých klient zakroužkuje jeden nebo dva body, totiž značí oblasti, na kterých je nutno zapracovat, pokud by měli oba manželé zájem zkusit metodu práva spolupráce. Pokud jeden či oba manželé dotazník vyplnili doma, mohou si nyní domluvit schůzku s advokátem,

který jim dle výsledku může doporučit vhodnou metodu a také uvidí slabší místa, o kterých si může s klientem promluvit a prodiskutovat je. Jestli naopak klient dostal prostor vyplňovat dotazník přímo na první schůzce se spolupracujícím advokátem, mohou spolu výsledek projít okamžitě. Pro manžele je vyplňování dotazníku prostorem, jak se hlouběji zamyslet nad svou situací. Pokud se mu budou zdát otázky až moc intimní, odpovídat nemusí – dotazník je dobrovolný, stejně tak jako právo spolupráce či mediace.

1.4 Aplikace dotazníku v České republice

Výsledný dotazník byl prozatím vytvořen k tzv. pilotáži, tedy jakémusi „ověření dotazníku na malém vzorku respondentů ke zjištění srozumitelnosti položek“, [\[30\]](#) a měl by pak sloužit ke kritickému zhodnocení dotazníku a jeho vylepšení. Proto jsou na konci dotazníku také situovány otázky pro respondenty: jedna otázka o právu spolupráce, jedna otázka zamýšlející se nad účelem dotazníku (konkrétně zda klientovi pomohl v zamýšlení se nad jeho situací), tři otázky o formální stránce dotazníku (otázky o jeho délce, srozumitelnosti a vyhodnocování). Po pilotáži by došlo k zhodnocení otázek, které se týkají dotazníku a jeho případné korekci tak, aby se dala finální verze využívat v praxi spolupracujících advokátů. Smyslem jeho zavedení pro praktikování je souhrn několika důvodů, a to především:

- pomoci advokátovi v náhledu na případ a zjištění základních informací, týkajících se rozvádějících se manželů,
- pomoci advokátovi v rozlišení, zda je případ vhodný řešit metodou práva spolupráce,
- pomoci advokátovi v rozhodnutí, zda je vhodnější aplikovat mediaci nebo právo spolupráce,
- pomoci advokátovi v identifikaci problémových oblastí,
- pomoci klientovi v zamýšlení se nad svou aktuální situací,
- pomoci klientovi v seznámení se s jednou z alternativních metod řešení sporu,
- pomoci klientovi ve zjištění, jestli je pro něj vhodné vydat se cestou práva spolupráce,

- pomoci klientovi v nalezení svých slabších stránek.

2 Mediace nebo právo spolupráce?

Již v úvodu bylo řečeno, jak blízké jsou si tyto dvě metody a jejich provázanost je zřejmá i z celého textu. „Mnoho klientů chce využít neutrality mediace, ale také chce právní radu a ochranu spolupracujícího advokáta.“^[31] Obě metody mají své výhody a nevýhody, kritické zhodnocení situace a doporučení jedné z nich je však na spolupracujícím advokátovi. Výběr vhodných případů pro mediaci je v odborné literatuře zpracováván, o stejnou věc v právu spolupráce se pokouší i tento příspěvek. Stejně tak, jak jsou si ale tyto dvě metody blízké, je i tenká hranice mezi rozlišením, který případ by bylo vhodné řešit pomocí práva spolupráce a který pomocí mediace. Pokud došli klienti spolu s advokátem, který se zabývá těmito alternativními způsoby řešení sporu, do fáze, ve které advokát přemýšlí, k jaké metodě se přiklonit, může mu následující kapitola pomoci v rozhodování, kterou metodu pro rozvádějící se manžele doporučit.

2.1 Výběr dle Katherine Stoner

První ze způsobů výběru souvisí s dotazníkem Katherine Stoner, o kterém pojednává kapitola 2.2. Stoner totiž v dotazníku počítá právě se situací, ve které se bude spolupracující advokát rozhodovat, kterou metodu aplikuje. Tuto situaci řeší ve výsledku dotazníku tak, že již výsledný počet bodů může pomoci při výběru, zda zvolit právo spolupráce či mediaci. Nižší počet bodů naznačuje, že by mohlo být vhodnější právo spolupráce. Může být totiž snadnější pracovat s advokátem po svém boku.^[32] Pokud má člověk obavy, že proces sám nezvládne, a ocenil by vedle sebe advokáta, bude pro něj vhodnější právo spolupráce – to je uspořádáno tak, „aby zajistilo, že budou po celou dobu na obou stranách zapojeni profesionálové“.^[33] Dotazník tak rozlišuje, nejen jestli je případ klienta vhodný pro právo spolupráce, ale také jestli může výsledek ukázat na mediaci. Vždy je nutné zohlednit veškeré okolnosti konkrétního případu. Dále uvádí faktory ve prospěch obou metod:

a) Faktory ve prospěch práva spolupráce. Prvním faktorem je potřeba nebo chuť právního zastoupení. Má-li klient po právní stránce složitější případ, mohlo by být vhodnější právo spolupráce. To samé bude platit, pokud potřebuje vedení advokáta, který bude sledovat jeho zájmy v průběhu celého procesu. Tato potřeba může vyvstat i v případě, že je v klientově vztahu jistá nerovnováha. Ta je uváděna právě jako druhý faktor ve prospěch práva spolupráce. „Mít po svém boku dobrého spolupracujícího advokáta může člověku někdy dodat sebejistotu ve vyjádření, co je pro člověka důležité, i když u toho bude čelit manželově nesouhlasu.“^[34] Spolupracující advokát zde plní roli podpory, ochránce, aby ve vztahu slabší strana zvládla proces vyjednávání.

b) Faktory ve prospěch mediace. Flexibilita a kontrola nad samotným procesem je na druhé straně faktor uváděný ve prospěch mediace. Minimální počet účastníků je nižší než u práva spolupráce, což má za následek lepší koordinaci např. časových rozvrhů zúčastněných osob. „Mediace je po procedurální stránce více flexibilní než právo spolupráce.“^[35] Druhým, neméně atraktivním faktorem je efektivita a menší náklady. Nižší náklady i efektivita mají opět spojitost s potencionálně menším počtem účastníků. Třetím faktorem je povinnost mlčenlivosti, která plyne mediátorovi v České republice ze zákona o mediaci^[36]. V právu spolupráce je mlčenlivost upravena pouze smluvně.

2.2 Výběr dle Forresta Collinse

Touto problematikou se zabývá i spolupracující advokát a mediátor Forrest Collins, který vykonává v Portlandu svou praxi zaměřenou na rodinné právo. V praxi se klienti často ptají, kterou z metod si vybrat, přičemž Collins výběr zvažuje na základě následujících metod. Rovněž Collins považuje za důležité, že spolupracující advokát může poskytnout klientům právní rady. Proto klienty informuje o tom, že spolupracující advokát může poskytovat právní rady (co byste ve vaší konkrétní situaci měli či neměli dělat) a že mediátor poskytuje pouze právní informace. Dále se ptá na oblast asistence při vyjednávání – je klient schopen vyjednat sám, či potřebuje vedle sebe asistenta? Odpověď určuje vhodnější metodu. Pokud

je mezi manželi již zmiňovaná nerovnováha sil, opět je vhodnější využít právo spolupráce, kde spolupracující advokáti mohou tuto nerovnováhu vyrovnat. Posledním faktorem je týmový přístup. Skupina odborníků, která je přizvaná a účastna samotného procesu, je typická pro právo spolupráce. „Mediace může taky přizvat odborníky, ale je to méně běžné mít celý tým profesionálů.“^[37]

Na závěr ještě uvádím tabulku, která přehledně ukazuje odpovědi na tři otázky: Kolik advokátů je zapojeno do procesu, při kterém se využívá právo spolupráce, a kolik do metody mediace? Dále poskytuje informaci o tom, jak se procesy navzájem liší, poslední oblastí je otázka na výdaje při aplikaci mediace nebo práva spolupráce.

	PRÁVO SPOLUPRÁCE	MEDIACE
Kolik advokátů je zapojeno?	Každá strana je zastoupena advokátem.	Jeden mediátor, který může být advokátem (možnost přizvání).
Jak se proces liší?	Vyjednávání probíhá na čtyřstranných jednáních mezi oběma stranami a jejich advokáty.	Strany komunikují přímo mezi sebou za účasti mediátora.
Jaké jsou rozdíly ve výdajích?	Výdaje za advokáta vznikají každé ze stran.	Výdaje jsou spojeny s jedním advokátem – mediátorem.

Tabulka 2. Porovnání mediace a práva spolupráce^[38]

Závěr

Na závěr bych ráda uvedla, že „exponenciální růst práva spolupráce v rodinněprávních věcech je jeden z nejvíce významných rozvojų v poskytování právních služeb v posledních 25 letech.“^[39] Právo spolupráce si tedy dokázalo vybudovat své místo ve světě mimosoudních metod řešení sporu. Co je k aplikaci *collaborative law* potřebné? Umět rozlišit, který případ je pro aplikování metody vhodný. Vypracovaný dotazník by mohl sloužit jako rychlý zdroj informací o případu klienta a jako pomocník při zjišťování míry vhodnosti, ale také k tomu, jestli má spolupracující advokát doporučit právo spolupráce nebo mediaci. Stanoviska, která dotazník obsahuje, vybrali s ohledem na svou dlouholetou praxi zkušení odborníci v právu spolupráce, proto z nich můžeme vycházet i my. Pro budoucí aplikaci dotazníku je nyní potřebná

jeho pilotáž a následná revize – poté snad bude plnohodnotným pomocníkem jak v komunitě spolupracujících advokátů, tak mezi rozvádějícími manželi, kteří zvolili cestu mimosoudního řešení sporu.

Použitá literatura

1. HOLÁ, Lenka. *Mediace v teorii a praxi*. Praha: Grada, 2011. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-3134-6.
2. HOLÁ, Lenka a kolektiv. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Praha: Grada, 2013. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-4109-3.
3. VAŇKOVÁ, Eva. Řešení sporů v 21. století. Praha, 2010. Advokátní almanach. ISSN 1803-4357.
4. WEBB, Stuart G. a Ron. OUSKY. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to court*. New York: Hudson Street Press, 2006. ISBN 9781594630224, str. 35, vlastní překlad.
5. STONER, Katherine E. *Divorce without court: a guide to mediation & collaborative divorce*. 3rd edition. Berkeley, Calif.: Nolo, 2012. ISBN 9781413317138.
6. GUTTERMAN, Sheila M. *Collaborative law: a new model for dispute resolution*. Denver, Colo.: Bradford Pub. Co., 2004. ISBN 978-1883726959.
7. NOVOTNÝ, Petr, Jitka IVIČIČOVÁ, Ivana SYRŮČKOVÁ a Pavlína VONDRÁČKOVÁ. *Nový občanský zákoník*. 2., aktualizované vydání. Praha: Grada Publishing, 2017. Právo pro každého (Grada). ISBN 978-80-271-0431-4.
8. VESELÁ, Jana a Petra KANIOKOVÁ VESELÁ. *Sociologické aspekty managementu*. Praha: Grada, 2011. Sociologie (Grada). ISBN 978-80-247-2792-9, str. 168.
9. *Slovník současné češtiny*. V Brně: Lingea, 2011. ISBN 978-80-87471-27-2.
10. CAMERON, J. Nancy. *Collaborative Practice: Deepening the Dialogue*. Vancouver, Canada: The continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004. ISBN 1-55258-351-1.
11. PRŮCHA, Jan. *Andragogický výzkum*. Praha: Grada, 2014. Pedagogika (Grada). ISBN 978-80-247-5232-7.
12. MOSTEN, Forrest S. *Collaborative divorce handbook: helping families without going to court*. San Francisco: Jossey-Bass, 2009. ISBN 978-0470395196.
13. MacFARLANE, Julie. *The Emerging Phenomenon of Collaborative Family Law (CFL): A qualitative Study of CFL Cases* [online], 2005 [cit. 2017-11-22]. Dostupné z: http://canada.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/2005_1/pdf/2005_1.pdf
14. MILLER, Julia. *The Role of Financial Professionals in a Collaborative Divorce*. *Lancaster Law Blog* [online]. 2010-04-22 [cit. 2017-11-22]. Dostupné z: <https://www.lancasterlawblog.com/2010/04/articles/collaborative-law/the-role-of-financial-professionals-in-a-collaborative-divorce/>
15. KERIAN, Christine. *How do I choose between Mediation or Collaborative Law?* *Harmony Family Law Mediation Group* [online]. [cit. 2017-11-22]. Dostupné z: <http://harmonydivorcemediation.com/faq/how-do-i-choose-between-mediation-or-collaborative-law/>

16. COLLINS, Forrest. Mediation vs. Collaborative Law – What Should You Choose? *KeepOutofCourt.com* [online]. 2013-2-18 [cit. 2017-11-22]. Dostupné z: <http://www.keepoutofcourt.com/entry/-mediation-vs-collaborative-law-what-should-you-choose->
17. zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Kontakt

Martina Vašátková

martinavasatkova@email.cz

- [1] NOVOTNÝ, Petr, Jitka IVIČIČOVÁ, Ivana SYRŮČKOVÁ a Pavlína VONDRÁČKOVÁ. *Nový občanský zákoník*. 2., aktualizované vydání. Praha: Grada Publishing, 2017. Právo pro každého (Grada). ISBN 978-80-271-0431-4, str. 9.
- [2] STONER, Katherine E. *Divorce without court: a guide to mediation & collaborative divorce*. 3rd edition. Berkeley, Calif.: Nolo, 2012. ISBN 9781413317138, str. 113, překlad vlastní.
- [3] HOLÁ, Lenka. *Mediace v teorii a praxi*. Praha: Grada, 2011. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-3134-6, str. 71.
- [4] GUTTERMAN, Sheila M. *Collaborative law: a new model for dispute resolution*. Denver, Colo.: Bradford Pub. Co., 2004. ISBN 978-1883726959, str. 314, překlad vlastní.
- [5] VAŇKOVÁ, Eva. Řešení sporů v 21. století. Praha, 2010. Advokátní almanach. ISSN 1803-4357, str. 28.
- [6] VESELÁ, Jana a Petra KANIOKOVÁ VESELÁ. *Sociologické aspekty managementu*. Praha: Grada, 2011. Sociologie (Grada). ISBN 978-80-247-2792-9, str. 168.
- [7] WEBB, Stuart G. a Ron. OUSKY. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to court*. New York: Hudson Street Press, 2006. ISBN 9781594630224, str. 35, vlastní překlad.
- [8] Převzetí zodpovědnosti za řešení vlastního problému je jedním ze základních principů, jak práva spolupráce, tak mediace. K tomu více: HOLÁ, Lenka. *Mediace v teorii a praxi*. Praha: Grada, 2011. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-3134-6, str. 69.
- [9] WEBB, Stuart G. a Ron. OUSKY. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to court*. New York: Hudson Street Press, 2006. ISBN 9781594630224, str. 36, vlastní překlad.
- [10] Tamtéž, str. 39, vlastní překlad.
- [11] *Slovník současné češtiny*. V Brně: Lingea, 2011. ISBN 978-80-87471-27-2.
- [12] WEBB, Stuart G. a Ron. OUSKY. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to court*. New York: Hudson Street Press, 2006. ISBN 9781594630224, str. 41, vlastní překlad.
- [13] Tamtéž, str. 47, vlastní překlad.

- [14] HOLÁ, Lenka a kolektiv. *Mediace a možnosti využití v praxi*. Praha: Grada, 2013. Psyché (Grada). ISBN 978-80-247-4109-3, str. 453, příloha č. 6.
- [15] WEBB, Stuart G. a Ron. OUSKY. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to court*. New York: Hudson Street Press, 2006. ISBN 9781594630224, str. 46, vlastní překlad.
- [16] Tamtéž, str. 48, vlastní překlad.
- [17] Tamtéž, str. 48, vlastní překlad.
- [18] STONER, Katherine E. *Divorce without court: a guide to mediation & collaborative divorce*. 3rd edition. Berkeley, Calif.: Nolo, 2012. ISBN 9781413317138, str. 18, vlastní překlad.
- [19] WEBB, Stuart G. a Ron. OUSKY. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to court*. New York: Hudson Street Press, 2006. ISBN 9781594630224, str. 50, vlastní překlad.
- [20] Tamtéž, str. xiii, vlastní překlad.
- [21] STONER, Katherine E. *Divorce without court: a guide to mediation & collaborative divorce*. 3rd edition. Berkeley, Calif.: Nolo, 2012. ISBN 9781413317138.
- [22] MILLER, Julia. The Role of Financial Professionals in a Collaborative Divorce. Lancaster Law Blog [online]. 2010-4-22 [cit. 2017-11-22]. Dostupné z: <https://www.lancasterlawblog.com/2010/04/articles/collaborative-law/the-role-of-financial-professionals-in-a-collaborative-divorce/>
- [23] MOSTEN, Forrest S. *Collaborative divorce handbook: helping families without going to court*. San Francisco: Jossey-Bass, 2009. ISBN 978-0470395196, str. 57, překlad vlastní.
- [2] CAMERON, J. Nancy. *Collaborative Practice: Deepening the Dialogue*. Vancouver, Canada: The continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004. ISBN 1-55258-351-1, str. 225, překlad vlastní.
- [25] STONER, Katherine E. *Divorce without court: a guide to mediation & collaborative divorce*. 3rd edition. Berkeley, Calif.: Nolo, 2012. ISBN 9781413317138, str. 111, překlad vlastní.
- [26] Tamtéž, str. 101, vlastní překlad.
- [27] WEBB, Stuart G. a Ron. OUSKY. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to court*. New York: Hudson Street Press, 2006. ISBN 9781594630224, str. 37, vlastní překlad.
- [28] STONER, Katherine E. *Divorce without court: a guide to mediation & collaborative divorce*. 3rd edition. Berkeley, Calif.: Nolo, 2012. ISBN 9781413317138, str. 102, překlad vlastní.
- [29] Stanoviska týkající se osoby klienta cílí na jeho smíření se s rozvodem, na možnost ústupků při vyjednávání, vinu z rozvodu, na odpovědnost za vyřešení své situace, je o ochotě vidět věci z pohledu manžela, touze vrátit se. Stanoviska spojená s osobou manžela řeší budoucí kooperaci manželů, společné rozhodnutí o rozvodu, o důvěře mezi manžely. Další stanovisko se zaměřuje na zjištění fyzického nebo psychického násilí ve vztahu mezi manžely a navazuje na něj stanovisko spojené se závislostmi, ať už jde o alkohol či jakoukoliv jinou závislost. Poslední dvě stanoviska řeší děti – schopnost rodiče postarat se o dítě a důležitost dobrého vztahu s oběma rodiči.
- [30] PRŮCHA, Jan. *Andragogický výzkum*. Praha: Grada, 2014. Pedagogika (Grada). ISBN 978-80-247-5232-7, str. 117.
- [31] MOSTEN, Forrest S. *Collaborative divorce handbook: helping families without going to court*. San Francisco: Jossey-Bass, 2009. ISBN 978-0470395196, str. 68, vlastní překlad.

- [32] STONER, Katherine E. *Divorce without court: a guide to mediation & collaborative divorce*. 3rd edition. Berkeley, Calif.: Nolo, 2012. ISBN 9781413317138, s. 102, překlad vlastní.
- [33] Tamtéž, s. 102, vlastní překlad.
- [34] Tamtéž, s. 116, vlastní překlad.
- [35] Tamtéž, str. 117, vlastní překlad.
- [36] § 9 zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů
- [37] COLLINS, Forrest. Mediation vs. Collaborative Law – What Should You Choose? *KeepOutofCourt.com* [online]. 2013-2-18 [cit. 2017-11-22]. <http://www.keepoutofcourt.com/entry/-mediation-vs-collaborative-law-what-should-you-choose->
- [38] KERIAN, Christine. How do I choose between Mediation or Collaborative Law? *Harmony Family Law Mediation Group* [online]. Překlad vlastní [cit. 2017-11-22]. Dostupné z: <http://harmonydivorcemediation.com/faq/how-do-i-choose-between-mediation-or-collaborative-law/>
- [39] MacFARLANE, Julie. *The Emerging Phenomenon of Collaborative Family Law (CFL): A qualitative Study of CFL Cases* [online], 2005, s. 1, překlad vlastní [cit. 2017-11-22]. Dostupné z: http://canada.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/2005_1/pdf/2005_1.pdf