

KAPITOLA 1

POVINNÁ MEDIACE

Spor je problém, který je potřeba vyřešit společně, není to souboj, který se musí vyhrát.

Autor neznámý³³⁴

Dělba moci ve státě je otázka, kterou se filozofové zabývají od středověku, nicméně Montesquieuho dělba moci na moc zákonodární, výkonnou a soudní se stala základem pro každé demokratické zřízení.³³⁵ Pro řešení soukromoprávních sporů s cizím prvkem je moc soudní stabilním fórem, které má oprávnění pravomocně o sporech rozhodovat. Toto nastavení však v současné době začíná být stále více narušováno mimosoudními způsoby řešení sporů, které vedle klasických soudů působí v oblasti řešení konfliktů. Není tak překvapením, že alternativní způsoby řešení, rozhodčí řízení a soudní rozhodování sporů se dostávají do vzájemného vztahu, ve kterém se hledá to nejideálnější skloubení tak, aby bylo dosaženo největší kvality výsledku. V posledních letech se do popředí zájmu staví především mediace, a je proto na místě ověřit subhypotézu, zda legislativní zakotvení mediace vede k podpoře přístupu ke spravedlnosti, a tím k zefektivnění řešení přeshraničních sporů.

1.1. Vývoj povinné mediace v Evropské unii

Evropská unie na mediační hnutí, které se rozmohlo v Spojených státech amerických,³³⁶ reagovala pozitivně a při formulování dalších výzev pro regulaci prostoru svobody, bezpečnosti a práva se snažila alternativní způsoby řešení sporů propagovat a začlenit do právní úpravy.³³⁷ Základem pro mediaci v rámci Evropské

³³⁴ Citováno dle HUTCHINSON, Campbell C. The Case for mandatory mediation. *The Loyola of Los Angeles Law Review*, 1996–1997, roč. 42, s. 85.

³³⁵ Srov. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*. Praha: OIKOYMENH, 2010. 378 s.

³³⁶ Např. VALENTOVÁ, Lucia. Mandatory mediation in family law issues with domestic violence – limits and experience from USA. *International and comparative law review*, 2015, roč. 15, č. 2, s. 101–120.

³³⁷ Společenství si stanovilo za cíl udržovat a rozvíjet prostor svobody, bezpečnosti a práva, ve kterém je zajištěn volný pohyb osob. K tomuto účelu má Společenství mimo jiné přijímat opatření v oblasti soudní spolupráce v občanských věcech, která jsou nezbytná pro řádné fungování vnitřního trhu. Velký význam má zásada přístupu ke spravedlnosti a Evropská

unie je směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech.³³⁸ Tato směrnice zavazovala členské státy Evropské unie mimo Dánska, aby do roku 2011 implementovaly cíle směrnice a zavedly základní strukturu pro přeshraniční mediaci.³³⁹ Vizí zavedení postupů upravených v Směrnici o mediaci byla nejen podpora řádného fungování vnitřního trhu, ale i zajištění přístupu ke spravedlnosti, zvýšení právní jistoty v přeshraničních vztazích a zachování přátelského a udržitelného vztahu.³⁴⁰ Navíc se Evropská unie tímto přidala ke globálnímu trendu bojujícímu s náklady a průtahy spojenými se soudním řízením, frustrací a nespokojeností se soudním systémem obecně, který vedl k přesvědčení, že musí existovat i lepší způsob jak vést soudnictví. Tyto tendence se projevíly při přijímání mediačních programů, jejich institucionalizaci na státní i federální úrovni ve Spojených státech až k jejich zavedení povinně.³⁴¹

Vzhledem k zavedení povinné mediace v USA se otevřela i debata nad možností povinné mediace v Evropě a nad její kompatibilitou s Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a svobod,³⁴² konkrétně s jejím čl. 6 odst. 1, podle kterého má každý právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu. Prvním zásadním mezníkem se v roce 2004 stalo rozhodnutí anglického odvolacího soudu ve věci *Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust and Steel*,³⁴³ podle kterého zavedení povinné mediace by bylo v rozporu s výše zmíněným čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy. Nicméně se nejedná přímo o rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva a samotnou debatu pro zavedení povinné mediace to ani zdaleka neukončilo.³⁴⁴

Klíčovým termínem se tedy stává přístup k soudům, potažmo ke spravedlnosti, který lze definovat jako individuální právo domáhat se nápravy před ne-

rada vyzvala na svém zasedání v Tampere konaném ve dnech 15. a 16. října 1999 členské státy, aby na podporu lepšího přístupu ke spravedlnosti zavedly alternativní, mimosoudní řízení.

³³⁸ Dále jen Směrnice o mediaci.

³³⁹ Čl. 12 Směrnice o mediaci.

³⁴⁰ Preambule bod 5 a 15 Směrnice o mediaci.

³⁴¹ Srov. BURGER, Warren E. Isn't There a Better Way? *ABA Journal*, 1982, roč. 68, s. 274.

³⁴² Dále jen Evropská úmluva.

³⁴³ Rozsudek Civilního odvolacího soudu ze dne 11. května 2004, *Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust and Steel*, [2004] EWCA. (Civ) 576.

³⁴⁴ NOLAN-HALEY, Jacqueline. Symposium: Against Settlement: Twenty-Five Years Later: Mediation Exceptionality. *Fordham Law Review*, 2009, vol. 78, s. 1258–1261.

stranným soudem nebo tribunálem.³⁴⁵ V evropském právním prostředí se právo na přístup k soudům v rámci práva na spravedlivý proces řadí mezi nejvýznamnější práva vedle práva na život, práva na respektování soukromého života, zákazu mučení, otroctví a nucené práce,³⁴⁶ tudíž jakýkoli zásah nebo omezení tohoto práva si vyžaduje legitimní právní základ. O ten se snažila Evropská unie v prováděcím usnesení ke směrnici o mediaci,³⁴⁷ kdy přístup k mediaci zahrnuje do koncepce spravedlnosti, která je jednou ze základních cílů politiky Evropské unie. Z tohoto postoje Evropského parlamentu se vyvozuje to, co vyslovila i Viviane Reding, bývalá eurokomisařka³⁴⁸ pro justici, že mediace se stane alternativní a dodatečnou možností přístupu ke spravedlnosti.³⁴⁹

1.1.1. Směrnice o mediaci

Jak již bylo uvedeno, mediace se v Evropě začala prosazovat ke konci 20. století, navazujíc na boom v Americe v 70. letech, který se přenesl do Kanady, Austrálie a na Nový Zéland.³⁵⁰ V Evropě se následně americké mediační programy dále vyvíjely a modifikovaly, což je patrné například na modelu soudem naří-

³⁴⁵ FRANCIONI, Francesco. The Rights of Access to Justice under Customary International Law. In FRANCIONI, Francesco (ed). *Access To Justice As A Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, 272 s., BARTOŇ, Michal, KOPA, Martin. Procesní práva – Právo na právní ochranu. In BARTOŇ, Michal, KRATOCHVÍL, Jan, KOPA, Martin, TOMOSZEK, Maxim, JIRÁSEK, Jiří, SVAČEK, Ondřej. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016. s. 509–518.

³⁴⁶ Srov. NOLAN-HALEY, Jacqueline. Is Europe Headed down the primrose path with mandatory mediation. *North Carolina Journal of International Law nad Commercial Regulation*, 2011–2012, roč. 37, s. 982–1011, POSPÍŠIL, Ivo. Čl. 36. In WAGNEROVÁ, Eliška, ŠIMÍČEK, Vojtěch, LANGÁŠEK, Tomáš, POSPÍŠIL, Ivo a kolektiv. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 725–770.

³⁴⁷ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 13. září 2011 o provádění směrnice o mediaci ve členských státech, jejím dopadu a využití ze strany soudů 2011/2026(INI), ve kterém je uvedeno, že zajištění lepšího přístupu ke spravedlnosti je jedním z hlavních cílů politiky Evropské unie, pokud jde o vytváření oblasti svobody, bezpečnosti a spravedlnosti, a že koncepce spravedlnosti by v této souvislosti měla zahrnovat přístup k náležitým procesům mediace v občanských a obchodních záležitostech.

³⁴⁸ I současná eurokomisařka Věra Jourová zastává pozitivní přístup k mediaci, viz EUROCHAMBERS. *EU Commissioner Věra Jourová on the importance of Mediation for Growth* [online]. youtube.com, 10. prosince 2014 [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <<https://www.youtube.com/watch?v=bmNgdFT0lsI>>.

³⁴⁹ EUROPEAN COMMISSION. European Commission calls for saving time *and money in cross-border legal disputes through mediation* [online]. europa.eu, 20. srpna 2010 [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1060_en.htm>.

³⁵⁰ Srov. ALEXANDER, Nadja. *International And Comparative Mediation: Legal Perspectives*. Leiden: Kluwer Law International, 2009. 536 s.

zené mediace v Nizozemí³⁵¹ nebo mediace přizpůsobené jednotlivým právním oblastem, jako je pracovní právo nebo rodinné právo. Nicméně jako společný jmenovatel pro mediaci v jakékoli podobě zůstává hodnota sebeurčení.³⁵² S touto hodnotou některé evropské země pracovaly dávno před účinností Směrnice o mediaci. První středoevropskou zemí, která uzákonila mediaci pro občanskoprávní a obchodní spory, bylo Polsko³⁵³ a zejména spotřebitelské spory se staly hlavní oblastí, kde došlo k využití alternativních způsobů řešení sporů v dalších státech Evropy.³⁵⁴ Zastřešujícím legislativním aktem je však již zmíněná Směrnice o mediace.

Vydání Směrnice předcházelo několik konferencí a projektů. V roce 1993 Evropská komise přijala Zelenou knihu o přístupu spotřebitelů ke spravedlnosti a o uzavírání dohod v jednotném trhu,³⁵⁵ na kterou navazoval Vídeňský akční plán z roku 1998, který uvedl mediaci jako prioritu při řešení rodinněprávních sporů.³⁵⁶ Význam zásady přístupu ke spravedlnosti si uvědomovala i Evropská rada, a proto vyzvala na svém zasedání v Tampere v roce 1999 členské státy, aby zavedly alternativní, mimosoudní řízení, které tuto zásadu podpoří. V květnu roku 2000 Rada přijala závěry o alternativních metodách urovnávání sporů v občanských a obchodních věcech, v nichž prohlásila, že stanovení základních zásad v této oblasti je důležitým krokem, který umožní náležitý vývoj a fungování mimosoudních řízení za účelem urovnávání sporů v občanských a obchodních věcech s cílem zjednodušit a zlepšit přístup ke spravedlnosti. O dva roky později představila Komise zelenou knihu o alternativním řešení sporů v občanských a obchodních věcech, která obsahuje přehled současného stavu alternativních metod řešení sporů v Evropské unii a dala podnět k rozsáhlým konzultacím s členskými státy a zúčastněnými subjekty o možných opatřeních na

³⁵¹ NIEMEIJER, Bert, PEL, Machtgeld. Court-Based Mediation in the Netherlands: Research, Evaluation and Future Expectations. *Penn State Law Review*, 2005, roč. 110, s. 346, kde autoři pojednávají o nizozemském soudním mediačním programu.

³⁵² EVROPSKÁ KOMISE. *Evropský kodex chování pro Zprostředkovatele* [online]. europa.eu, [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_cs.pdf>.

³⁵³ PIECKOWSKI, Sylwester. How the New Polish Civil Mediation Law Compares with the Proposed EU Directive on Mediation. *Dispute Resolution Journal*, 2006, roč. 61, s. 67. a PIECKOWSKI, Sylwester. Using Mediation in Poland to Resolve Civil Disputes: A Short Assessment of Mediation Usage from 2005-2008. *Dispute Resolution Journal*, 2009, roč. 64, s. 82. Polská právní úprava byla daleko širší než úprava ve Směrnici o mediaci.

³⁵⁴ CUTOLO, Daniele, SHALABY, Mark Alexander. Mandatory Mediation and the Right to Court Proceeding. *Dispute resolution International law*, 2010, roč. 1, s. 136.

³⁵⁵ Zelená kniha z listopadu 1993 o přístupu spotřebitelů ke spravedlnosti a o uzavírání dohod v jednotném trhu COM(93)576 final.

³⁵⁶ Akční plán Rady a Komise pro nejlepší implementaci ustanovení Amsterodamské smlouvy na Prostor svobody, bezpečnosti a práva O.J. (C 19) 23.1.

podporu využívání mediace.³⁵⁷ S tím souvisí i vytvoření pracovních skupin, které se podílely na zkoumání mediace a ulehčování její implementace.³⁵⁸ Zelená kniha z roku 2002 identifikovala alternativní způsoby řešení sporů jako politickou prioritu pro všechny instituce Evropské unie, na což navazovalo zkoumání, jakými způsoby by se dalo podpořit a propagovat mediaci v členských státech. Z výzkumu vnikl draft doporučení Rady ministrů,³⁵⁹ na který navazoval návrh Směrnice o mediaci v roce 2004.³⁶⁰ Konečně dokumenty k mediaci doplnil Evropský kodex chování pro mediátory, který se inspiroval americkými standardy, ale přizpůsobil je evropským podmínkám.³⁶¹

Samotná Směrnice o mediaci, kterou přijal Evropský parlament, je ve své působnosti více omezená, než předpokládaly návrhy, zejména proto, že se Směrnice o mediaci váže pouze na přeshraniční občanskoprávní a obchodněprávní spory, s výjimkou těch sporů, o kterých strany podle rozhodného práva nemohou rozhodovat samy.³⁶² S cílem sjednotit mediaci v členských státech je Směrnice vystavěná na šesti hlavních ustanoveních, která mají za cíl propagovat a podporovat zavedení mediace. Směrnice zavádí definici mediace,³⁶³ vyjadřuje se ke kvalitě mediace,³⁶⁴ k době, kdy se má přistoupit k mediaci,³⁶⁵ jaké jsou postupy pro výkon dohod uzavřených v mediaci,³⁶⁶ vyzdvihuje důvěrnost mediace³⁶⁷ a účinek mediace na běh promlčecích a prekluzivních lhůt.³⁶⁸ Členské státy do-

³⁵⁷ Preambule bod 2, 3, 4 Směrnice o mediaci.

³⁵⁸ RADA EVROPY. *European Commission for the Efficiency of Justice, Better Implementation of Mediation in the Member States of the Council of Europe* [online]. coe.int, [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes5-Ameliorer_en.pdf>.

³⁵⁹ Doporučení Rady Ministrů z 18. září 2002, Rec(2002)10, ohledně mediace v soukromoprávních věcech.

³⁶⁰ Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o některých aspektech mediace v občanskoprávních a obchodněprávních věcech SEC(2004)1314.

³⁶¹ KISER, Randall, GINDER, Nicole. Differences Between US. and European Mediator Standards. *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2011, roč. 4, č. 3, s. 56.

³⁶² Čl. 1 odst. 2 Směrnice o mediaci.

³⁶³ Čl. 3 Směrnice o mediaci. „Mediací“ se rozumí formální řízení, jakkoli nazvané nebo uváděné, ve kterém dvě nebo více stran sporu samy dobrovolně usilují o dosažení dohody o vyřešení sporu za pomoci mediátora. Toto řízení mohou zahájit strany sporu nebo může být navrženo či nařízeno soudem nebo stanoveno právem členského státu. Řízení zahrnuje mediaci vedenou soudcem, který není příslušný pro žádné soudní řízení týkající se dotčeného sporu. Tento pojem nezahrnuje pokusy příslušného soudu nebo soudce urovnat spor v průběhu soudního řízení týkajícího se dotčeného sporu.

³⁶⁴ Čl. 4 Směrnice o mediaci.

³⁶⁵ Čl. 5 Směrnice o mediaci.

³⁶⁶ Čl. 6 Směrnice o mediaci.

³⁶⁷ Čl. 7 Směrnice o mediaci.

³⁶⁸ Čl. 8 Směrnice o mediaci.

staly čas do května 2011, aby směrnici implementovaly, dodaly informace o soudech, které budou schopné přijímat žádosti o potvrzení vykonatelnosti mediační dohody. V květnu roku 2016 měla Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru předložit zprávu o uplatňování Směrnice. Tato zpráva posoudí vývoj mediace v celé Evropské unii a dopad Směrnice v členských státech a v případě potřeby bude sloužit jako návrh na její změnu,³⁶⁹ pakliže v současnosti můžeme v Evropě vidět hned několik způsobů její implementace.³⁷⁰

Zásadním rysem Směrnice o mediaci je důraz na dobrovolnost mediace. Rozhodnutí podrobit se mediaci musí vyjít ze společného a dobrovolného rozhodnutí stran a i samotná mediace musí být dobrovolná a založená na zásadě sebeurčení stran.³⁷¹ Nicméně ve stejném bodu preambule Směrnice o mediaci je pro soudy zakotvená možnost v případech, kdy je to vhodné, upozornit strany sporu na možnost mediace. Tento bod otevírá možnost ingerence soudu a nechává otevřenou otázku, jakými prostředky a s jakou intenzitou má soud právo strany na možnost mediace upozornit. O tom, že Směrnice o mediaci, byť neupravuje, ale předvídá i povinné zavedení mediace, svědčí následující bod preambule, podle kterého nic ve Směrnici o mediaci by se 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.³⁷² Evropská unie na tomto místě vyjádřila bezproblémovost existence institutu povinné mediace v členských státech za garance práva na přístup k soudům.

1.1.2. Některé zkušenosti s povinnou mediací

A) Pokus o zavedení povinné mediace v Německu

Od 1. ledna 2000 spolková vláda Německa umožnila na úrovni jednotlivých zemí zavést povinnou mediaci u vybraných soukromoprávních sporů. Ustanovení § 15a EGZPO³⁷³ sleduje dva cíle, a to propagaci alternativních způsobů ře-

³⁶⁹ Čl. 11 Směrnice o mediaci.

³⁷⁰ Blíže viz Exkurz.

³⁷¹ Preambule bodu 10 Směrnice o mediaci – Tato směrnice by se měla vztahovat na řízení, v němž dvě nebo více stran přeshraničního sporu samy dobrovolně usilují o urovnání svého sporu s pomocí mediátora; preambule bodu 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.

³⁷² Čl. 14 Směrnice o mediaci.

³⁷³ Prováděcí zákon k Občanskému soudnímu řádu – Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung, Introductory law of the Code of Civil Procedure.

šení sporů mezi účastníky konfliktu a reprezentanty právních povolání a snížení nápadu na soudy na straně druhé. Spor, který bylo možné podle navrhované regulace řešit povinnou mediací, je peněžitý spor o výši do 1500 německých marek příslušný okresním soudům, sousedské spory a spory na ochranu osobnosti, konkrétně proti pomluvě, která neproběhla v médiích. Podle spolkového návrhu si země ve své právní úpravě měly zavést povinnou účast na mediaci jako prerekvizitu k zahájení formálního soudního řízení bez ohledu na to, zda je spor pro mediaci vhodný nebo ne.³⁷⁴

Danou možnost využila vláda spolkové země Bavorsko a předložila návrh zákona o mediaci.³⁷⁵ Ten je založen na principech svobody a dobrovolnosti stran, co se týče výběru mediačního servisu, flexibility mediačního procesu, profesionality mediátora, použití stávající infrastruktury řešení sporů a na principu dalekosáhlé privatizace mediace.³⁷⁶ Pouze právníci a notáři mohou být mediátory v případech povinné mediace v Bavorsku a stávající struktura pro konciliaci a rozhodčí řízení, kterou nabízí Obchodní komora v Bavorsku, má být využívána pro mediaci prioritně. V zájmu flexibility mediačního procesu, návrh zákona o mediaci obsahuje pouze několik pokynů týkajících se zájmu stran, společných a samostatných sezení a možnosti mediátora předložit stranám svůj návrh řešení sporu.³⁷⁷ Odměna mediátora se pohybuje v rozmezí 50 až 200 Euro a obecně ji hradí žalobce.³⁷⁸ Další náklady se přičtou té straně, která je vynaložila.³⁷⁹ Svědci a znalci se nemohou účastnit mediace s výjimkou toho, že strany budou souhlasit s tím, že ponесou jejich náklady a že provádění důkazů výsledkem svědků a znalců neúměrně neprodlouží mediaci.³⁸⁰

Celková účinnost zákona je stanovena na 5 let, po kterých zemský parlament provede průzkum, zda se za dobu účinnosti zákona jeho cíle naplnily. Při pohledu na návrh zákona je zřejmé, že některé zvolené body jsou kontroverzní. Byť se zákon hlásí k přístupu, který propaguje zájmy stran, některá ustanovení ho řadí spíše mezi legalistickou a na výsledek orientovanou legislativu. Profesionalismus mediátora, který se projevuje v jeho právní odbornosti, nemusí být zcela v zájmu stran, když mediace řeší problém, pro který by byl interdisciplinární přístup

³⁷⁴ ALEXANDER, Nadja. German law paves the way for mandatory mediation. *The ADR Bulletin*, 2000, roč. 2, č. 9, s. 88–89.

³⁷⁵ Návrh bavorského zákona o mediaci – Bayerisches Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen (Bayerisches Schlichtungsgesetz – BaySchlG).

³⁷⁶ ALEXANDER, Nadja. German law paves the way for mandatory mediation. *The ADR Bulletin*, 2000, roč. 2, č. 9, s. 88–89.

³⁷⁷ § 10 odst. 1 BaySchlG.

³⁷⁸ § 14 BaySchlG.

³⁷⁹ § 17 BaySchlG.

³⁸⁰ § 10 odst. 3 BaySchlG.

vhodnější.³⁸¹ Dalším momentem, který koliduje s pojetím propagujícím zájem stran, je možnost mediátora navrhnout stranám řešení a možnost vést mediaci pouze na základě výměny dokumentů. Odměna pro mediátora je na německé poměry stanovená celkem nízká, což může motivovat méně zkušené mediátory, aby si brali více případů, což vzhledem k tomu, že méně zkušení mediátoři mají tendenci aplikovat více legalistický přístup, obavu o odklonění od zájmu stran jen posiluje. O rizicích výběru sporů pro povinnou mediaci bez zhodnocení jejich vhodnosti pojednáváme dále.

V současnosti je pro otázku povinné mediace v Německu klíčové rozhodnutí frankfurtského vyššího zemského soudu ve věci povinné mediace ve sporech z pojištění.³⁸² Žalovanou stranou v tomto případě byla pojišťovna, která ve svých smluvních podmínkách měla uvedeno, že poskytne plnění za pojistnou událost, ale pouze pokud se strany zúčastní nejdříve mediace, jež bude neúspěšná. Soud toto ustanovení označil za ujednání tvořící nerozumnou nevýhodu. Povinný pokus o mediaci přináší pojištěnému nevýhody, které nejsou jasně pochopitelné, proto je pokus o povinnou mediaci neplatný.³⁸³ Německý soud, když byl konfrontován s případem povinné mediace, ji vyhodnotil spíše jako překážku při uplatňování práv účastníků řízení. Tento přístup lze pozorovat i u dalšího evropského soudu ve Velké Británii.

B) Povinná mediace ve Velké Británii

Ještě před pokusem v Německu bylo zavedení povinné mediace rovněž diskutováno ve Velké Británii, argumenty nabyly konkrétní podoby po vyhlášení rozhodnutí ve věci *Dunnett proti Railtrack*.³⁸⁴ V tomto rozhodnutí entuziasmus soudů ohledně alternativních způsobů řešení sporů byl transformovaný do intenzivnější podpory.³⁸⁵ Soud v rozhodnutí uvedl, že úspěšná strana, která se odmítla účastnit mediace, nemusí být odměněná celou výši nákladů řízení, která by jí v soudním sporu na základě úspěchu ve věci náležela. S legitimitou zave-

³⁸¹ Podle výzkumů z Austrálie, USA a Velké Británie mají mediátoři-právníci větší tendenci používat intervenční přístup. Viz ALEXANDER, Nadja. German law paves the way for mandatory mediation. *The ADR Bulletin*, 2000, roč. 2, č. 9, s. 89.

³⁸² ALEXANDER, Nadja. German law paves the way for mandatory mediation. *The ADR Bulletin*, 2000, roč. 2, č. 9, s. 88–89.

³⁸³ WIRTH, Christian, ECKSTEIN, Daniel. *Mandatory mediation in the EU* [online]. *financierworldwide.com*, říjen 2015 [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <<http://www.financierworldwide.com/mandatory-mediation-in-the-eu/#.V0Mt8ZGLSUk>>.

³⁸⁴ Rozsudek Civilního odvolacího soudu ze dne 22. února 2002, *Dunnett vs. Railtrack*, [2002] EWCA (Civ) 303 (Eng.).

³⁸⁵ NOLAN-HALEY, Jacqueline. Symposium: Against Settlement: Twenty-Five Years Later: Mediation Exceptionality. *Fordham Law Review*, 2009, vol. 78, s. 1258.

dení povinné mediace se toliko nespájelo možné omezení nebo porušení práva na přístup k soudům, ale oprávněnost zavedení sankčního opatření v podobě snížení nákladů řízení pro stranu, která se alternativního způsobu řešení sporu odmítla účastnit.

Na soudní rozhodnutí Dunnett navazovalo rozhodnutí Halsey,³⁸⁶ které na otázky položené v rozhodnutí Dunnett dalo odpověď. Tou odpovědí bylo, že soud nemá právo nutit strany, které nechtějí alternativní způsoby řešení sporů ani zkusit, aby se mediaci podrobily, protože tím soud porušuje jejich základní lidská práva v podobě práva na přístup k soudům.³⁸⁷ Soud se dále vyjádřil v tom smyslu, že i kdyby měl právo strany do mediace přinutit, bylo by těžké rozpoznat situace, kdy by uplatnění tohoto práva bylo vhodné. Soud změnil postoj z entuziastického na pragmatický, kdy podle rozhodnutí by se zavedením povinné mediace nedosáhlo nic, pouze by se navýšily náklady stran a de facto by se prodloužilo celé řízení vedené za cílem vyřešení konfliktu, což je v přímém rozporu s principem efektivnosti, na kterém jsou alternativní způsoby řešení sporů založeny.³⁸⁸

Na druhou stranu ale není problém v tom, pokud jsou strany informovány o možnostech alternativních způsobů řešení sporů. K sankční povaze nákladů řízení se soud rovněž nestaví odmítavě, ale zaměřuje možnou odpovědnost strany vedoucí k postihu nákladů řízení k situaci, kdy i úspěšná strana bezdůvodně odepírá svůj souhlas s mediací. Důkazní břemeno je na neúspěšné straně, která má soudu prokázat, že došlo k odchýlení se od obecné zásady úspěchu ve věci. Soud v rozhodnutí nabídl i demonstrativní výčet faktorů, které mohou vypovídat o tom, zda odmítnutí účastnit se mediace bylo oprávněné. Mezi tyto faktory patří povaha sporu, meritum sporu, v jakém rozsahu byly vyzkoušené jiné metody pro dosažení dohody ve věci, zda by náklady spojené s alternativními způsoby řešení sporů byly disproporční k nákladům soudního řízení, zda by zpoždění, které souvisí s přípravou a s účastí na mediačním řízení, dokázalo ovlivnit soudní řízení a zda je zde rozumné očekávání, že alternativní způsob řešení předloženého sporu bude mít úspěšný konec.³⁸⁹

³⁸⁶ Rozsudek Civilního odvolacího soudu ze dne 11. května 2004, Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust and Steel, [2004] EWCA. (Civ) 576.

³⁸⁷ Viz též HRNČÍŘÍKOVÁ, Miluše. Vynutitelnost mediačních doložek. *Právní fórum*, 2012, roč. 9, č. 12, s. 525–531.

³⁸⁸ Rozsudek Civilního odvolacího soudu ze dne 11. května 2004, Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust and Steel, [2004] EWCA. (Civ) 576.

³⁸⁹ Tamtéž.

Část britské odborné veřejnosti vyhodnotila závěry případu Helsey jako rozumný kompromis,³⁹⁰ jiní ho hodnotili jako zklamání, zejména vzhledem k evropské tendenci reprezentované Belgií, Řeckem a Německem v té době.³⁹¹ Nicméně demonstrativní výčet, který obsahovalo rozhodnutí Helsey, se v navazující britské judikatuře rozšířil o další důvody a začal se aplikovat jako sankce i v případech, že jedna strana odmítla vyjednávání s protistranou. Další důvody odchýlení se od zásady úspěchu jsou např. i zdržování při rozhodování se, zda se strana podrobí mediaci, zaujetí nerozumné pozice při mediaci a i požadování omluvy od protistrany jako podmínku pro dání souhlasu s mediací.³⁹² Nejdůležitějším faktorem při posuzování, zda tím, že se úspěšní účastníci řízení postaví do pozice proti pokusu o alternativní způsob řešení předloženého sporu, se stala šance na úspěch vyřešení sporu menší. Není však jisté, co se rozumí úspěchem vyřešení sporu. Může to být uzavření dohody, vyřešení všech sporných bodů či jenom některých, nebo je úspěchem při mediační dohodě i vyjednání spravedlivého obsahu, a zda došlo i k nápravě vztahu mezi stranami sporu.³⁹³ O tom, že názorově je otázka povinné mediace ve Velké Británii nejednotná, svědčí i zavedení povinné mediace v rozvodových sporech, která byla následně zrušena.³⁹⁴

1.2. Právo na spravedlivý proces a povinná mediace

Jednou ze základních otázek koexistence alternativních způsobů řešení sporů³⁹⁵ a soudního řízení je míra povinnosti těchto způsobů a jejich institucionální za-

³⁹⁰ PLIENER, David. At last, clarity for mediation. *New Law Journal*, 2004, roč. 154, č. 7132, s. 878.

³⁹¹ CLARKE, Anthony. *The Future of Civil Mediation* [online]. civilmediation.org, 8. květen 2008 [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <www.civilmediation.org/downloads-get?id=128>. Ve svém příspěvku Sir Anthony Clarke poznamenal, že Belgie a Řecko úspěšně zavedly povinné alternativní řešení sporů a že v Německu je dovoleno požadovat od stran, aby se před soudním řízením zúčastnily soudní nebo soudem schválené konciliace.

³⁹² NOLAN-HALEY, Jacqueline. Symposium: Against Settlement: Twenty-Five Years Later: Mediation Exceptionality. *Fordham Law Review*, 2009, vol. 78, s. 1261–1262.

³⁹³ Srov. NOLAN-HALEY, Jacqueline. Is Europe Headed down the primrose path with mandatory mediation. *North Carolina Journal of International Law nad Commercial Regulation*, 2011–2012, roč. 37, s. 1002.

³⁹⁴ JACKSON, Rupert. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report* [online]. Judiciary.gov.uk, prosinec 2009 [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/.../Reports/jackson-final-report-140110.pdf>>. Avšak je potřeba poznamenat, že zpráva souhlasí se závěry rozhodnutí Halsey, že nahrazení nákladů řízení může být uloženo straně, která neopodstatněně odmítá mediaci, viz strany 361–362.

³⁹⁵ K definicím pojmů viz část I. této publikace, dále pro dělení založené na dohodě, jako je mediace a konciliace, a založené na rozhodnutí třetí strany, jako je rozhodčí řízení, viz MCGREGOR, Lorna. *Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing*

členění do soudního řízení. Zde totiž dochází k potencionálnímu střetu s právem na spravedlivý proces, především s jeho složkou práva na přístup k soudu. V současnosti je povinná mediace novotou, ke které neexistuje jednotný názor. Čím dál tím více soudů naráží na tento fenomén a snaží se jej efektivně uchopit. Evropský soud pro lidská práva nevyjímaje.

1.2.1. Evropský soud pro lidská práva a čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy

Základem štrasburské judikatury k čl. 6 Evropské úmluvy o lidských právech je rozsudek *Golder vs. Spojené království*.³⁹⁶ V tomto rozsudku soud vyslovil názor, že nelze existovat v právním státě bez přístupu k soudům. Toto pojetí je základní, ale ve světle alternativních řešení sporů i docela široké. Mediace obzvláště získává hodně pozornosti, a to nejen na národní úrovni, ale i v souvislosti s vydáním Směrnice o mediaci a Nařízení o ODR³⁹⁷ mediace získala evropskou pozornost, a to i na úrovni ochrany lidských práv.³⁹⁸ Proto, aby mediace mohla fungovat řádně v právním státu, musí být zodpovězeny dvě základní otázky. Nejprve jaký standard spravedlnosti je od mediace očekáván a dále za jakých okolností je možné od stran sporu požadovat, aby se účastnily mediace před samotným soudním řízením, čili jaké nástroje donucení je možné stranám uložit.³⁹⁹

O definování základních standardů mediace se již snažilo vícero autorů,⁴⁰⁰ nicméně pojetí, se kterým by přišel sám ESLP, by bylo důležité i z hlediska toho,

a Rights-Based Approach through the ECHR. *The European Journal of International Law*, 2015, roč. 26, č. 3, s. 607.

³⁹⁶ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 21. února 1975, *Golder vs. Spojené království*, žaloba č. 4451/70.

³⁹⁷ Vedle Směrnice o mediaci srov. Směrnici Rady 2000/43/ES ze dne 29. června 2000, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ, Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2009/52/ES ze dne 18. června 2009 o minimálních normách pro sankce a opatření vůči zaměstnavatelům neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí a nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 524/2013 ze dne 21. května 2013, o řešení spotřebitelských sporů on-line a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES (nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line).

³⁹⁸ 6.–7. prosince 2012 se na půdě Evropského parlamentu konala konference pořádaná Agenturou pro základní práva (Fundamental Rights Agency) s názvem Spravedlnost v Strohosti (Justice in Austerity), viz projev Vysoké komisařky pro Lidská práva PILLAY, Navanethem. Justice in austerity – challenges and opportunities for access to justice [online]. europa.eu, 6. prosince 2012 [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <<http://fra.europa.eu/sites/default/files/hc-pillay-frc-speech.pdf>>.

³⁹⁹ Rozsudek Civilního odvolacího soudu ze dne 11. května 2004, *Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust and Steel*, [2004] EWCA. (Civ) 576.

⁴⁰⁰ Např. HOPT, Klaus, STEFFEK, Felix (eds.). *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013. 1000 s., DE PALO, Giuseppe

že alternativní způsoby jsou založeny na výhodách jako autonomie stran, posílení rozhodování samotných stran a kreativní, na míru ušité rozhodnutí. Kritici alternativních způsobů však upozorňují na rizika řešení sporů mimo soudy, jako orgány veřejné moci, a risk prohloubení nerovnosti zbraní a nevyváženého postavení stran při řešení sporu. Národní soudy, rovněž jako SDEU, se totiž obracejí na judikaturu štrasburského soudu při střetu se základními právy, právo na spravedlivý proces a přístup k soudům nevyjímaje.⁴⁰¹

Základem pro posouzení toho, za jakých okolností je možné strany podrobit mediaci, je vyřešení sporu mezi společenskou hodnotou soudního rozhodnutí a rozhodnutí z alternativního způsobu řešení sporů. Alternativní způsoby řešení sporu se do společnosti dostaly i díky poptávce po způsobu, který by byl rychlý, jiný, levný a ulehčil by soudům. Tudíž jeho přidaná hodnota je i v odlehčení nápadu na soud. Na druhé straně je zde apel na to, že soudy jsou nezávislé a nestranné orgány, reprezentující dělbu moci a i soudní rozhodnutí, opatřené státním znakem, nese společenskou hodnotu v závaznosti a vymahatelnosti. Nakonec soudní rozhodnutí je založeno více na společenské odpovědnosti než na individuálnosti rozhodování, je vyjádřením společenského blahobytu a odráží a podporuje veřejné hodnoty více než soukromé.⁴⁰² Proto se mezi názory na to, zda se má udělat hranice mezi spory, které je možno vyřešit alternativně, a spory, o kterých musí rozhodnout soud, na základě výše hodnoty sporu, objevují i postoje, že schopnost se domluvit není o předmětu sporu, ale o faktorech, které jsou mnohem náročnější identifikovat. Mezi tyto faktory patří například bohatství stran, nároky na fungování vztahu po rozhodnutí a potřeba autoritativního výkladu práva k vyřešení právní otázky.⁴⁰³ V neposlední řadě svěřením rozhodování do rukou alternativních způsobů může ovlivnit vývoj a interpretaci práva v rozhodujících oblastech, hlavně pokud jde o občanská práva, která jsou otázkou veřejného práva, ale často je jejich základem soukromoprávní spor.⁴⁰⁴

pe, TREVOR, Mary B. *EU Mediation: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. 656 s.

⁴⁰¹ MCGREGOR, Lorna. Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR. *The European Journal of International Law*, 2015, roč. 26, č. 3, s. 609.

⁴⁰² COHEN, Amy J. Revisiting Against Settlement: Some Reflections on Dispute Resolution and Public Values. *Fordham Law Review*, 2009, roč. 78, č. 3, s. 1151.

⁴⁰³ FISS, Owen M. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, 1984, roč. 93, s. 1087–1088.

⁴⁰⁴ EDWARDS. Alternative dispute resolution: panacea or anathema? 99 *Harvard law review*, 1985, 668, na straně 679.

I o rozhodčím řízení se mluví jako o privatizaci justice, kde nejsou dodržovány stejné standardy spravedlnosti jako u řízení před soudem.⁴⁰⁵ Za největší odchylky od standardů soudního řízení můžeme považovat hlavně formu rozhodování a možnost následného soudního přezkumu, i když institucionalizované rozhodčí řízení představuje krok směrem k právnímu státu, selhává v propagaci a podpoře hodnot právního státu.⁴⁰⁶ Rozhodčí řízení se z pohledu společnosti zaměřuje spíše na komerční aspekty sporu a nepracuje se společenskými potřebami, což se může projevit v způsobu aplikace práva na daný spor.⁴⁰⁷

Přirozeně se na autory tohoto pohledu vznesla kritika. Základním argumentem pro alternativní způsoby řešení sporů je, že právo a spravedlnost nejsou synonyma.⁴⁰⁸ Alternativní způsoby nabízejí mnohem víc, a to souhlas, dohodu, aktivní účast, posílení, důstojnost, respekt, empatii, emoční katarzi, soukromí, účinnost, kvalitní řešení, ekvitu, přístup a i spravedlnost.⁴⁰⁹ Alternativní způsoby řešení sporů podporují autonomii a sebeurčení stran, tudíž kritika těchto způsobů, co se týče soukromí a důvěrnosti, není na místě, protože tyto jsou výběrem a vůlí stran, které přebírají kontrolu nad výsledkem sporu.⁴¹⁰

Ne každý spor má však takovou společenskou hodnotu, aby musel být řešen v soudním řízení. Základním kritériem je fiskální pohled, přičemž soudní řízení nejlíp plní svou veřejnou funkci, když se nepoužívá excesivně na každý spor.⁴¹¹ Alternativní způsob řešení sporů zvyšuje šanci v udržení původního vztahu i po konfliktu, a to jak osobního, tak profesionálního, a v ochraně pověsti stran. Za tímto účelem alternativa nabízí i kreativnější řešení sporů, zejména nefiskální, která vyhovují stranám a nejsou omezené jako ty, které mají k dispozici soudy.⁴¹² Nakonec nedostatky, které jsou alternativním způsobům často vyčítané,

⁴⁰⁵ Srov. část I. a dále FRANCIONI, Francesco. Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law. *The European Journal of International Law*, 2009, roč. 20, č. 3, s. 729–747.

⁴⁰⁶ HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca, TYLER, Tom R. Procedural Justice and Rule of Law: Fostering legitimacy in Alternative Dispute Resolution. *Journal of Dispute Resolution*, 2011, roč. 1, s. 14.

⁴⁰⁷ MAIN, Thomas O. ADR: The New Equity. *University of Cincinnati Law Review*, 2005, roč. 74, s. 367.

⁴⁰⁸ SHAFFER Thomas L., MCTHENIA, Andrew W. For Reconciliation. *Yale Law Journal*, 1984, roč. 94, s. 1664.

⁴⁰⁹ MENKEL-MEADOW, Carrie. Whose dispute is it anyway? A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases). *Georgetown Law Journal*, 1995, roč. 83, s. 2669.

⁴¹⁰ ALLEN, Dominique. Against settlement? Owen Fiss, ADR and Australian Discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 2009, roč. 10, č. 4, s. 195.

⁴¹¹ MOFFITT, Robert E. Three things to be against („settlement“ not included). *Fordham Law Review*, 2009, roč. 78, s. 1212.

⁴¹² MOFFITT, Robert E. Three things to be against („settlement“ not included). *Fordham Law Review*, 2009, roč. 78, s. 1212, BERNSTEIN, Lisa. Understanding the limits of court

jsou právě reakcí na přílišný formalismus a kontradiktornost v soudním řízení.⁴¹³ Proto je otázkou, zda zapojení těchto způsobů zpět do soudního řízení podmíněním účasti stran sporu na mediaci není vlastně krokem zpět ve vizi, která stála za jejich zrozením.

1.2.2. Standard spravedlnosti v alternativních způsobech řešení sporů

Alternativní způsoby řešení sporů jsou založeny na premise spravedlnosti, kterou pociťují strany, když mají moc nad řešením svého sporu. Nicméně zda je řešení dosažené v průběhu mediace skutečně spravedlivé, je kontroverzní. U mediace se setkáváme se stranami, které si nejsou rovny, a riziko prohloubení nerovnosti zbraní se zvyšuje při nepřítomnosti právních zástupců, což je u mediace víc než vítané.⁴¹⁴ Tato nerovnost však ve svém důsledku může znamenat to, že se strany dostanou pod tlak uzavřít dohodu, která neodpovídá možnostem merita věci z ekonomických důvodů, z důvodu, že jsou v sázce děti, nebo z důvodu nedostatečných zdrojů zažalovat spor před soudem, kdy není možnost osvobození od poplatků nebo zastoupení ex offo.⁴¹⁵ Důležitá je i role mediátora v této rovnici, kdy jeho metoda může být facilitativní, evaluační, transformativní, narativní a pokaždé ovlivňuje mediaci a strany jinak. Čím více se mediátor podílí na formování dohody a i prostředí, ve kterém se mediace odehrává, včetně hrozby možných sankcí, které se pojí s nevyužíváním mediace řádně, tím více mohou být strany pod tlakem jakoukoli možnou dohodu uzavřít.⁴¹⁶ Nedostatek procedurálních záruk a riziko neregulovaného nátlaku mohou vizi spravedlnosti alternativních způsobů řešení sporů důrazně narušit.⁴¹⁷

Protože nelze neprůstřelně určit hranici mezi spory, které jsou vhodné pouze pro soud, a ty, které jsou vhodné pouze pro alternativní řešení, je na místě vyslovit, které hodnoty jsou vyjádřeny v soudním řešení sporu, a pro každý případ posoudit, zda jsou dodrženy i v případě, když se spor řeší mimosoudním

connected ADR: A critique of federal court- annexed arbitration programs. *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, roč. 141, č. 6, s. 2239.

⁴¹³ MAIN, Thomas O. ADR: The New Equity. *University of Cincinnati Law Review*, 2005, roč. 74, s. 359.

⁴¹⁴ Srov. CAPPALETTI, Mauro. Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement. *The Modern Law Review*, 1993, roč. 56, s. 290.

⁴¹⁵ FISS, Owen M. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, 1984, roč. 93, s. 1076.

⁴¹⁶ GENN, Hazel. What is civil justice for? Reform, ADR and Access to Justice. *Yale Journal of Law and Humanities*, 2012, roč. 24, č. 1, s. 404.

⁴¹⁷ ROBERTS, Simon. Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship. *The Modern Law Review*, 1993, roč. 56, č. 3, s. 462.

způsobem.⁴¹⁸ Zejména je potřeba u každého případu posoudit, zda alternativní způsob řešení sporu je volbou stran, nebo zda je nařízený, zda je výsledek společnou dohodou nebo rozhodnutím třetí strany, jak formální je proces dosažení výsledku, zda je tato alternativa začleněna do soudního procesu, nebo probíhá samostatně, zda rozhodnutí, které je jejím výsledkem, je závazné, zda je řízení veřejné, nebo probíhá bez veřejnosti a zda se na něm podílí osoby zainteresované v konfliktu.⁴¹⁹

Samozřejmě, nelze ani glorifikovat soudní řízení, aniž by byl definován rozsah minimálního očekávaného standardu pro soudní řízení. Například důvěrný model alternativního způsobu řešení diskriminačních sporů v Austrálii vede k potvrzení premisy, že dosahování neveřejných dohod zabraňuje stranám budoucích sporů získat informace o řízení a vzory takových rozhodnutí, a tím ještě prohlubuje zranitelnost stran, které jsou v diskriminačních sporech z povahy věci nerovné.⁴²⁰

Postoj štrasburského soudu je ovlivněn i vnitřními postupy, při posuzování přípustnosti jednotlivých žalob. Základem je, aby žalobce měl pozici oběti, které byly porušeny její základní práva a svobody. Toto může být problematické, když se dovolává porušení svých práv na podkladu dohody, ke které přistoupil z vlastní vůle. V takovém případě soud rozpoznává i právo vzdát se práva na přístup k soudům podle čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy, za předpokladu, že nedošlo k žádnému nátlaku nebo omezení,⁴²¹ vzdání se práva je jednoznačné⁴²² a je učiněné za dodržení minimálních záruk úměrně k jeho důležitosti.⁴²³ Nicméně není možné vzdát se všech aspektů práva na spravedlivý proces, zejména práva na nezá-

⁴¹⁸ MCGREGOR, Lorna. Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR. *The European Journal of International Law*, 2015, roč. 26, č. 3, s. 615.

⁴¹⁹ MENKEL-MEADOW, Carrie. Dispute Resolution. In CANE, Peter, KRITZER, Herbert (eds.). *The Oxford Handbook on Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 596–603.

⁴²⁰ ALLEN, Dominique. Against settlement? Owen Fiss, ADR and Australian Discrimination law. *International Journal of Discrimination and the Law*, 2009, roč. 10, č. 4, s. 192.

⁴²¹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 27. února 1980, Deweer vs. Belgie, žaloba č. 6093/75.

⁴²² Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 21. května 1991, Oberschlick vs. Rakousko, žaloba č. 11662/85, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. února 1992, Pfeifer and Plankl vs. Rakousko, žaloba č. 10802/84, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 23. listopadu 1993, Poitrimol vs. Francie, žaloba č. 14032/88.

⁴²³ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 23. února 1999, Osmo Suovaniemi a ostatní vs. Finsko, žaloba č. 31737/96.

vislý a nestranný tribunál.⁴²⁴ Koneckonců ESLP se k této otázce vyjádřil v případě, který se sice týkal rozhodčího řízení,⁴²⁵ ale je pravděpodobné, že tento postoj bude aplikovat i na alternativní způsoby řešení sporů.

Procesní spravedlnost, tedy minimální standard toho, jak má probíhat řešení sporu, bezpochyby přispívá k férovosti samotného výsledku. Jako taková stojí na čtyřech základních pilířích, a to faktická účast, neutralita, respekt vůči vyjadřování názorů a pozic a vůči braní těchto vyjádření vážně⁴²⁶ a důvěra, zejména v toho, kdo rozhoduje, což je primárním faktorem při hodnocení, zda se postupovalo procesně férově.⁴²⁷ Nicméně ESLP ještě nemá zcela vyvinutý systém hodnocení procesní spravedlnosti. Čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy je možné použít pro promítnutí těchto kritérií do posuzování práva na spravedlivý proces, protože férovost je výslovným kritériem přístupu ke spravedlnosti. Avšak ani tento přístup není bez problémů.

Jednou z největších výzev procesní spravedlnosti je otázka právního zastoupení a právní pomoci. V alternativních způsobech řešení sporu se preferuje participace účastníků bez právního zastoupení z důvodu jak preference práce přímo s klienty, tak z důvodu záměrně jednodušších procesních pravidel. Nicméně i z rozhodovací praxe štrasburského soudu je zřejmé, že jednodušší procesní pravidla neznamenají automatické vyloučení role právních zástupců při férovém průběhu řízení.⁴²⁸ Na základě judikatury ESLP je možné říct, že v některých případech má právní zastoupení i v alternativních způsobech řešení sporu větší důležitost právě pro způsobilost aktivně na řešení sporu participovat, i když ne přímo.⁴²⁹ Podobná konstrukce je aplikovatelná na otázku nákladů řízení, které mají značný dopad na právo na přístup ke spravedlnosti.⁴³⁰ Zvláště když si strany obecně nesou své vlastní náklady při dobrovolné a povinné participaci na vybraném alternativním způsobu řešení sporu, je možné, že bude potřeba umožnit

⁴²⁴ Viz SHIPMAN, Shirley. Waiver: Canute against the Tide. *Civil Justice Quarterly*, 2013, roč. 32, s. 470, viz rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. února 1992, Pfeifer and Plankl vs. Rakousko, žaloba č. 10802/84.

⁴²⁵ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 23. února 1999, Osmo Suovaniemi a ostatní vs. Finsko, žaloba č. 31737/96, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. ledna 2010, Suda vs. Česká republika, žaloba č. 1643/06.

⁴²⁶ BREMS, Eva, LAVYRENS, Laurens. Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 2013, roč. 35, s. 181.

⁴²⁷ Tamtéž, s. 176 a TYLER, Tom R. What Is Procedural Justice? Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures. *Law and Society Review*, 1988, roč. 22, s. 129.

⁴²⁸ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 15. února 2005, Steel and Morris vs. Spojené království, žaloba č. 68416/01.

⁴²⁹ SHIPMAN, Shirley. Compulsory Mediation: The Elephant in the Room. *Civil Justice Quarterly*, 2011, roč. 30, č. 2, s. 163.

⁴³⁰ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 7. června 2001, Kress vs. Francie, žaloba č. 39594/98.

právní pomoc a snížení nebo neuložení nákladů řízení pro některé strany, pro které by to znamenalo efektivní zabránění v přístupu k soudu,⁴³¹ nebo by to odradilo strany od vyzkoušení alternativního způsobu řešení sporu, jehož využití vyžaduje nebo doporučuje stát.

I když je zásadně možná sebereprezentace, zranitelnější strany si vyžadují větší podpůrný systém, proto aby mohly participovat efektivně. Mezi takové skupiny mohou patřit zaměstnanci v oblastech, kde je zaměstnanost velice nízká a riziko ztráty práce má výrazný vliv na jejich participaci v diskriminačních sporech nejen z pozice slabší strany, ale i z obtížnosti řešeného tématu. Takové skupiny mají problém se sebereprezentací a zároveň často nedostatek prostředků pro právní zastoupení nebo reprezentaci zástupcem odborů. Řešení těchto sporů je zhmotněním bariéry v cestě ke spravedlnosti.⁴³² Mezi další podobně zranitelné skupiny se řadí ještě děti, osoby se zdravotním postižením, osoby zadržené, oběti domácího násilí a skupiny, u kterých se tyto rysy setkávají, například zadrženi nezletilí.⁴³³

Štrasburský soud respektuje zásady autonomie vůle a sebeurčení, když se strany rozhodnou pro alternativní způsob řešení sporu dobrovolně, může navíc pomoci k rozvoji a k institucionalizaci takového způsobu řešení sporu tím, že definuje minimální standardy spravedlnosti a zdůrazní potřebu participace a rovnosti zbraní jako základ pro všechny způsoby řešení sporů, čímž ochrání strany sporu před riziky jak alternativy, tak nakonec i soudního řízení.⁴³⁴

1.2.3. Povinná mediace před Evropským soudem pro lidská práva a Soudním dvorem Evropské Unie

Alternativní způsoby řešení sporů nabízí odklon od soudního řízení za propagace toho, že výsledek, ke kterému strany dojdou, je spravedlivý. Je však potřeba posoudit, zda je tento odklon legitimní a proporční v konfrontaci s právem na

⁴³¹ GOLANN, Dwight. Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues. *Oregon Law Review*, 1989, roč. 68, s. 501.

⁴³² BUSBY, Nicole, MCDERMONT, Morag. Workers, Marginalised Voices and the Employment Tribunal System: Some Preliminary Findings. *Industrial Law Journal*, 2012, roč. 41, s. 167.

⁴³³ TIMMER, Alexandra. A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights. In FINEMAN, Martha, GREAR, Anna (eds.). *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*. Surrey: Ashgate Publishing, 2013, s. 147–162, citující Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 27. listopadu 2008, *Salduz vs. Turecko*, žaloba č. 36391/02.

⁴³⁴ MCGREGOR, Lorna. Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR. *The European Journal of International Law*, 2015, roč. 26, č. 3, s. 622.

spravedlivý proces. ESLP ve svém rozhodnutí *Golder vs. Spojené království* zařadil právo na přístup k soudům mezi univerzálně rozpoznatelná základní práva.⁴³⁵ Nicméně, právo na přístup k soudům není absolutní a je možné ho omezit, limitem však zůstává veřejné slyšení před nezávislým a nestranným tribunálem, který vydá své rozhodnutí v rozumném čase a férovým způsobem. Dalším limitem, který dotvořila judikatura soudu, je interpretace práva na přístup k soudu, které musí být praktické a efektivní, ne teoretické a iluzorní.⁴³⁶

Pro posouzení střetu alternativních způsobů řešení sporů s lidskými právy se setkáváme s omezenými zdroji. Evropský soud pro lidská práva ještě takový případ sám neřešil, co se týká nadnárodních soudů, SDEU projednával případ *Rosalba Alassini vs. Italia Telecom*. V případě C-317/08 šlo zejména o komptabilitu požadavku pokusit se o mimosoudní řešení sporu po dobu 30 dnů před tím, než by bylo možné obrátit se s nárokem na národní soudy podle čl. 47 Listiny základních práv a svobod Evropské unie.⁴³⁷ Pokus o mimosoudní řešení sporů byl zakotven do národního italského práva jako výraz implementace Směrnice o univerzální službě,⁴³⁸ která vyžaduje, aby členské státy zajistily pro vyřizování nevyřešených sporů, jejichž účastníky jsou spotřebitelé a které se týkají zá-

⁴³⁵ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 21. února 1975, *Golder vs. Spojené království*, žaloba č. 4451/70, paragraf 35.

⁴³⁶ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 23. února 1994, *Fredin vs. Švédsko*, žaloba č. 18928/91, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 3. března 2005, *Brudnicka a ostatní vs. Polsko*, žaloba č. 54723/00, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. března 2001, *DN vs. Švýcarsko*, žaloba č. 27154/95, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 8. února 2000 *McGonnell vs. Spojené království*, žaloba č. 28488/95, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. října 2000, *Daktaras vs. Litva*, žaloba č. 42905/98, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. května 2000, *Sander vs. Spojené království*, žaloba č. 34129/96, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 23. září 1997, *Robins vs. Spojené království*, žaloba č. 118/1996/737/936, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. října 1979, *Airey vs. Irsko*, žaloba č. 6289/73, Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 31. ledna 2013, *Valeri Hariev Belov vs. ChEZ Elektro Bulgaria AD a ostatní*, C-394/11.

⁴³⁷ Právo na účinnou právní ochranu a spravedlivý proces. Každý, jehož práva a svobody zaručené právem Unie byly porušeny, má za podmínek stanovených tímto článkem právo na účinné prostředky nápravy před soudem. Každý má právo, aby jeho věc byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, předem zřízeným zákonem. Každému musí být umožněno poradit se, být obhajován a být zastupován. Bezplatná právní pomoc je poskytnuta všem, kdo nemají dostatečné prostředky, pokud je to nezbytné k zajištění účinného přístupu ke spravedlnosti. Listina základních práv Evropské unie, (2010/C 83/02), 30. 3. 2010.

⁴³⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/22/ES ze dne 7. března 2002 o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací (směrnice o univerzální službě).

ležitostí, na které se vztahuje tato směrnice, přístupné průhledné, jednoduché a ne příliš nákladné mimosoudní postupy. Členské státy měly přijmout opatření, kterými zajistí, aby takové postupy umožňovaly spravedlivé a rychlé urovnání sporu, a popřípadě přijmout systém odškodnění a/nebo náhrad. Členské státy dále mohly rozšířit tyto povinnosti i na spory týkající se jiných koncových uživatelů.⁴³⁹

Při stanovování limitů pro přístup k soudům SDEU vycházel z rozsudku *Dokter a ostatní* a z rozsudku *ESLP Fogarty vs. Spojené království*.⁴⁴⁰ Vycházel ze závěrů, že základní práva nepředstavují absolutní výsady a mohou být omezena za předpokladu, že tato omezení skutečně odpovídají cílům obecného zájmu sledovaného daným opatřením a že nepředstavují s ohledem na cíl, který sledují, nepřiměřený a neúnosný zásah, který porušuje samotnou podstatu takto zaručených práv.⁴⁴¹ V tomto konkrétním případě soud dospěl k závěru, že bylo pro Itálii legitimní si do národního práva zavést mimosoudní řešení pro spotřebitelské spory z telekomunikačních služeb, protože zdůrazňovalo tendenci odlehčit soudům, ale i možnost se po uplynutí lhůty na soud obrátit. Tato možnost byla pouze pooddálena po dobu 30 dnů a nespojovaly se s ní žádané další soudní poplatky a náklady.

Z postupu SDEU lze vyvodit několik klíčových faktorů, na základě kterých lze zjistit, zda povinná účast na alternativním způsobu řešení sporu porušuje čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy, tedy právo na spravedlivý proces. Mezi tyto klíčové faktory se řadí délka alternativního řešení sporu,⁴⁴² požadavek extra nákladů a zda může strana následně řešit svůj spor před soudem, pokud alternativa nebude úspěšná.⁴⁴³ Tento přístup se považuje za minimum u alternativních způsobů řešení sporů, pokud by se jednalo o povinné rozhodčí řízení, kritéria by měla být ještě striktnější z důvodu přítomnosti třetí rozhodující strany a vzhledem k tomu, že rozhodce by rovněž měl být nezávislý a nestranný, se ke stávajícím

⁴³⁹ Čl. 34 Směrnice o univerzální službě.

⁴⁴⁰ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 15. června 2006, *Dokter a další*, C28/05, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 21. prosince 2001, *Fogarty vs. Spojené království*, žaloba č. 37112/97.

⁴⁴¹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 18. března 2010, *Rosalba Alassini vs. Telecom Italia*, C-317/2008.

⁴⁴² Tento faktor je stejný jako pro soudní řízení, srov. Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 23. září 1997, *Robins vs. Spojené království*, žaloba č. 118/1996/737/936.

⁴⁴³ Tento bod je zejména důležitý, protože v Americe existují případy, kdy se není možné obrátit na soud, pokud alternativní způsob selže, viz GOLANN, Dwight. Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues. *Oregon Law Review*, 1989, roč. 68, s. 495.

třem faktorům přidá čtvrtý, a to zda a jak se předešlé rozhodnutí dosažené v rozhodčím řízení použije v řízení před soudem.⁴⁴⁴

Vedle tří až čtyř základních klíčových faktorů, které se týkají zejména procesní stránky, je potřeba zhodnotit ještě faktor výběru případů pro alternativní způsoby řešení sporů. Podle výkladu čl. 13 Evropské úmluvy, soud sám není vázán opatřením nápravy a rovněž odškodnění, které soud přiznává, nemusí být judiciální povahy, čímž dává smluvním státům možnost zvolit si své způsoby nápravy široce. Navíc orgán, který o těchto způsobech nápravy rozhoduje, je definován několika zárukami, zejména nezávislostí kompetentního orgánu, způsobilostí rozhodnout o nápravném opatření, rychlostí rozhodování a vynutitelností rozhodnutí tohoto orgánu.⁴⁴⁵ Ve specifických případech se přidává ještě kritérium závažnosti předmětu případu.⁴⁴⁶ Je proto logické, že si soud bude muset vytvořit toto kritérium v judikatuře i pro případy povinné účasti na alternativních způsobech řešení sporů.

1.2.4 Možné přístupy Evropského soudu pro lidská práva

Jedním z možných přístupů je tzv. kurativní neboli zhojující přístup, který štrasburský soud aplikuje v některých správněprávních případech. V případě *Albert a Le Compte*⁴⁴⁷ soud uznal, že první orgán, který vydává rozhodnutí, nemusí nutně naplňovat všechny požadavky podle čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy, pokud je následně možné podat odvolání k soudu. Soudní přezkum v takovém případě znamená soudní dohled nad alternativními způsoby řešení sporů, otázkou pak zůstává nastavení tohoto přezkumu. V dalších svých rozhodnutích štrasburský soud, co do zmíněných správněprávních sporů, upřesnil, že soud, ke kterému je možné se odvolat, musí být způsobilý věc přezkoumat po právní i skutkové

⁴⁴⁴ GOLANN, Dwight. Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues. *Oregon Law Review*, 1989, roč. 68, s. 540.

⁴⁴⁵ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 14. října 2003, *Číž vs. Slovensko*, žaloba č. 66142/01, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 12. května 2000, *Khan vs. Spojené království*, žaloba č. 35394/97, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26. října 2000, *Kudla vs. Polsko*, žaloba č. 30210/96, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. ledna 2003, *Peck vs. Spojené království*, žaloba č. 44647/98.

⁴⁴⁶ Takovým příkladem může být Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 4. července 2006, *Ramirez Sanchez vs. Francie*, žaloba č. 59450/00, kdy soud uznal, že v případě nezákonného držení v samotce dochází k tak závažným porušením základních práv, že si tato situace vyžaduje soudní zjednání nápravy.

⁴⁴⁷ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. února 1983, *Albert a Le Compte vs. Belgie*, žaloba č. 7299/75 a 7496/76.

stránce a svým rozhodnutím nahradit prvostupňové rozhodnutí.⁴⁴⁸ Dále soud uvedl další podmínky pro odvolací řízení, zejména důvody a složení soudu.⁴⁴⁹ Pokud by se aplikoval tento přístup na alternativní způsoby řešení sporů, jejich alternativnost by byla pořád zachována za garance soudního přezkumu v případě překročení stanovených mezí.⁴⁵⁰

Další možný přístup se primárně váže na rozhodčí řízení, kdy pro případy, že je rozhodčí řízení vyžadované ze zákona, stane se z rozhodčího tribunálu soud ve smyslu čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy. Tzv. konformní přístup počítá s tím, že orgán splňující kritéria podle čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy nemusí být vysloveně soud nacházející se v klasické soudní soustavě smluvního státu,⁴⁵¹ a proto když zákon stanoví pravomoc pro rozhodčí orgán v některých věcech, bude se mít za to, že tento orgán splňuje lidskoprávní standardy kladené na soudy, čímž se stává součástí odvětví řešícího spory. Tento přístup je sice velice nakloněn ochraně práva na spravedlivý proces, ale ubírá tomu, co je typické pro rozhodčí řízení, zejména při požadavku veřejnosti jednání.⁴⁵²

Poslední možný přístup je založený na rovnosti. Pro posouzení povinné účasti na alternativních způsobech řešení sporů se u jednotlivých případů vyhodnotí pomocí tříkrokového testu, zda daný zásah snižuje vůbec smysl práva na přístup k soudům, zda sleduje legitimní cíl a zda je k tomuto cíli proporční. Typickým příkladem legitimního omezení přístupu k soudům je zavedení soudních poplatků.⁴⁵³

Všechny výše zmíněné přístupy reagují na skutkové okolnosti případů, které se ocitly před ESLP, v případě mimosoudních způsobů řešení sporu pravděpodobně však bude ESLP muset vytvořit přístup nový nebo test proporcionality pro případy alternativních způsobů řešení sporů upravit. Na druhou stranu i stát samotný bude muset argumentovat, že zavedením prvku obligatornosti nedošlo k porušení žádných základních hodnot a ke ztrátě na straně stran sporu a ani

⁴⁴⁸ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. května 2002, *Kingsley vs. Spojené království*, žaloba č. 35605/97, Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 23. října 1995, *Schmautzer vs. Rakousko*, žaloba č. 15523/89.

⁴⁴⁹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 24. listopadu 1995, *Bryan vs. Spojené království*, žaloba č. 19178/91.

⁴⁵⁰ Srov. MCGREGOR, Lorna. *Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR. The European Journal of International Law*, 2015, roč. 26, č. 3, s. 626.

⁴⁵¹ Viz Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 8. července 1986, *Lithgow vs. Spojené království*, žaloba č. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81.

⁴⁵² STERNLIGHT, Jean R. *Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?* *Stanford Law Review*, 2005, roč. 57, s. 1631–1675.

⁴⁵³ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 19. prosince 1997, *Brualla Gómez de la Torre vs. Španělsko*, žaloba č. 155/1996/774/975.

společnosti, protože tím, že strany využily alternativní způsob řešení sporu, podpořily další hodnoty, které je potřeba ve společnosti ctít.⁴⁵⁴

Dělení sporů na ty, které povinně musí projít přes alternativní způsob řešení sporů, bude muset být odůvodněno tak, aby nevznikla tzv. spravedlnost z druhé ruky (*secondhand justice*).⁴⁵⁵ Případy musí v sobě nést předpoklad, pro který jsou pro alternativní způsob řešení vhodné, jelikož technické rozdělení není vhodné. Typicky by mohlo jít o ohrožení zájmů stran bagatelních sporů, které se tradičně stávají předmětem speciálních postupů řešení.⁴⁵⁶ Další oblastí, která stojí za zmínku, vzhledem k využívání alternativních způsobů řešení sporů a apelu na spravedlivé zacházení, jsou spory pracovníprávní, rodinněprávní a spory ohledně bydlení.⁴⁵⁷ U těchto sporů se na jedné straně vítá možnost alternativního způsobu řešení sporů, který v případě, že jsou strany nemajetné a nemají možnost právní pomoci, je jediným způsobem přístupu ke spravedlnosti, ve skutečnosti jsou však vystavené právě spravedlnosti z druhé ruky. Toto postavení stran otevírá prostor pro otázku, zda nedochází k nerovnému zacházení, a tedy k nepřímé diskriminaci, což by vedlo k možné žalobě na základě čl. 6 odst. 1, čl. 13 a čl. 14 Evropské úmluvy. Na druhé straně omezení sporů, které nelze v žádném případě řešit alternativním způsobem, jsou spory, na kterých je rovněž společenský zájem, a to ústavněprávní spory, byť by i strany alternativně postupovat chtěly.⁴⁵⁸

1.3. Další rizika a výzvy zavedení povinné mediace

Při zavádění povinné mediace v Evropě lze vycházet ze zkušeností ze Spojených států amerických, kde povinná mediace zavedena byla.⁴⁵⁹ Otázkou povinné mediace se v USA zabývalo vícero vědců, kteří přišli na to, že je potřeba při procesu, kdy se z něčeho pojmově dobrovolného stává povinná záležitost, rozlišit situaci, kdy povinnost spočívá v tom, že se strany mediace zúčastní, a kdy je

⁴⁵⁴ LUBAN, David. Quality of Justice. *Denver University Law Review*, 1988, roč. 66, s. 387 a 400. Luban navíc vidí jako zásadní to, s čím se alternativní způsoby řešení sporu srovnávají, zda s rozsudkem soudu, nebo s dohodou, kterou strany uzavřely bez jakékoli pomoci.

⁴⁵⁵ FISS, Owen M. Second-Hand Justice? *The Connecticut Law Tribune*, 17. března 1986, s. 9.

⁴⁵⁶ Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 861/2007, kterým se zavádí evropské řízení o drobných nárocích.

⁴⁵⁷ PLEASENCE, Pascoe, BALMER, Nigel J. The Audacity of Justice: Recession, Redundancy, Rights and Legal Aid, *Social Policy and Society*, 2010, roč. 9, s. 475–488.

⁴⁵⁸ STEFFEK, Felix, UNBERATH Hannes (eds.). *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*. Oxford: Hart Publishing, 2013, s. 22.

⁴⁵⁹ VALENTOVÁ, Lucia. Mandatory mediation in family law issues with domestic violence – limits and experience from USA. *International and comparative law review*, 2015, roč. 15, č. 2, s. 101–120.

povinné i uzavřít dohodu. Druhý případ je zásadně kontroverznější.⁴⁶⁰ Jedním ze základních problémů prosazování mediace, jako formy řešení sporů obecně, je nesprávný náhled stran. Zavedení mediace povinně by pomohlo řešit nízké využívání mediace v praxi z důvodů, že strany, ale i jejich právní zástupci, vnímají podrobení se mediačnímu procesu jako známku slabosti. Ve společnosti, která je založená na soudním procesu řízeném zásadou obžalovací, se iniciování mimosoudního řešení sporu jeví jako důkaz toho, že si strana na přímou konfrontaci nevěří.⁴⁶¹

Nicméně ve Spojených státech ve snaze zpropagovat a legitimovat povinnou mediaci Komise pro právo a veřejnou politiku Spolku profesionálů řešících spory (Law and Public Policy Committee of the Society of Professionals in Dispute Resolution) vydala zprávu, ve které uvedla, že povinná účast v nezávazných procesech řešících spory je často vhodná.⁴⁶² Na závěry Komise navázala federální legislativa zákonem o reformě civilního soudnictví,⁴⁶³ který zavedl ve státech povinnou mediaci jako součást platformy alternativních způsobů řešení sporů, kterou následně potvrdila i judikatura soudů.⁴⁶⁴ Po zavedení povinné mediace zejména za účelem snížení nápadu na soudy se začaly objevovat nové povinné mediační programy, například u rozvodových sporů nebo sporů o svěřením dítěte do péče.⁴⁶⁵ Některé studie prokazují, že strany byly spokojené s mediací, i když byly k mediaci přinuceny.⁴⁶⁶

S odstupem času je ale i v Spojených státech povinná mediace kritizována. Byla sice zavedena za účelem odlehčení soudům, ale v některých případech mediace práci pro soudy vůbec neulehčila po tom, co se mnoho účastníků obrátilo

⁴⁶⁰ GOLDBERG, Stephen B., GREEN, Eric D., SANDER, Frank E. A. *Dispute Resolution*. New York: Little, Brown, 1985, s. 490.

⁴⁶¹ WISSLER, Roselle L. The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts. *Willamette Law Review*, 1997, roč. 33, s. 571–576.

⁴⁶² APPENDIX F. Society of Professionals in Dispute Resolution. Mandated Participation and Settlement Coercion: Dispute Resolution as it Relates to the Courts, Report 1. In NOLAN-HALEY, Jacqueline. *Alternative Dispute Resolution in Nutshell*. 4. vydání. Eagan: West Academing Publishing, 2013, s. 393–396.

⁴⁶³ § 651–658 Civil Justice Reform Act 28 U.S.C.

⁴⁶⁴ Rozsudek Amerického federálního odvolacího soudu z roku 2002, Re Atlantic Pipe Corp., 304 F.3d 136, 147, v němž bylo uvedeno, že soud má vlastní pravomoc uložit stranám účast na povinné mediaci.

⁴⁶⁵ MAXWELL, Jennifer P. Mandatory Mediation of Custody in the Face of Domestic Violence: Suggestions for Courts and Mediators. *Family and Conciliation Courts Review*, 1999, roč. 37, s. 337.

⁴⁶⁶ Srov. např. MCEWEN, Craig A., MILBURN, Thomas. Explaining a Paradox of Mediation. *Negotiation Journal*, 1993, roč. 9, s. 23–26.

na soud s žalobou o zrušení mediační dohody.⁴⁶⁷ Objevily se i názory, podle kterých mediace nepodporuje přístup ke spravedlnosti, ale právě naopak ho brzdí. Snížila sice počet soudních řízení, ale nezabezpečila hmotněprávní a procesněprávní ochranu, a tím může být značně škodlivá pro strany citlivých sporů.⁴⁶⁸

Oblastí, kterou je potřeba zohlednit při posuzování vhodnosti povinné mediace, je i právní etika. V některých případech, kdy není možné se mediací vyhnout, právní zástupci stran ji mohou využít pro získání informací od protistrany, které proti ní použijí v následném soudním řízení.⁴⁶⁹ Dalším sporným místem je důvěrnost, která může být ohrožená u tzv. poradního modelu mediace, kdy mediátor dává následně soudci zprávu o průběhu mediace, a za některých okolností může dokonce dát soudu i svůj návrh na řešení sporu.⁴⁷⁰ Posledním bodem je i vztah soudce ke stranám, které se v rámci povinné mediace nedohodly. Tlak na uzavření dohody nemusí pramenit pouze z finanční sankce v podobě nepřiznání nákladů řízení, ale i z pocitu, že soudce bude na strany, které se nedokázaly dohodnout, ve svém rozhodnutí přísnější.⁴⁷¹

Etické konflikty, které se objevují při pojednávání o povinné mediaci, získávají na důležitosti zejména při přeshraniční mediaci,⁴⁷² kde nejde jen o sjednocení procesněprávních záruk v rámci jednoho právního řádu, ale i o sjednocení různých právních řádů a tradic.⁴⁷³ Příkladem je Švédsko, které, co do ochrany mlčenlivosti a důvěrnosti, přijalo limitovanou ochranu důvěrnosti k Směrnici o mediaci, kde jiní, například Itálie, přijali více rigidní přístup.⁴⁷⁴ Evrop-

⁴⁶⁷ COBEN, James Richard, THOMPSON, Peter N. Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation About Mediation. *Harvard Negotiation Law Review*, 2006, roč. 11, s. 73–89.

⁴⁶⁸ GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, 2006, roč. 7, s. 29–50, NOLAN-HALEY, Jacqueline. Self-Determination in International Mediation: Some Preliminary Reflections. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2005, s. 277–288.

⁴⁶⁹ MACFARLAND, Julie. Cultural Change? A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation. *Journal of Dispute Resolution*, 2002, roč. 2002, č. 2, s. 241–325.

⁴⁷⁰ VALENTOVÁ, Lucia. Mandatory mediation in family law issues with domestic violence – limits and experience from USA. *International and comparative law review*, 2015, roč. 15, č. 2, s. 101–120.

⁴⁷¹ NOLAN-HALEY, Jacqueline. Is Europe Headed down the primrose path with mandatory mediation. *North Carolina Journal of International Law nad Commercial Regulation*, 2011–2012, roč. 37, s. 1009.

⁴⁷² Srov. PAUKNEROVÁ, Monika, PFEIFFER, Magdaléna. Mezinárodní mediace a české právo. *Právní rozhledy*, 2013, roč. 21, č. 1, s. 21–25.

⁴⁷³ MENKEL-MEADOW, Carrie. *Are Cross Cultural Ethical Standards Possible or Desirable in International Arbitration?* [online]. ssrn.com, 2008 [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1130922>.

⁴⁷⁴ ENGSTROM, Dan, MARIAN, Cornel. Striking the hard bargain: the implementation of the EU Mediation Directive in Sweden. *Mediation Newsletter, International Bar Association Legal Practice Division London UK*, 2011, roč. 7, č. 1, s. 22–24.

ský parlament přitom sám uznal, že více zevrubný přístup k mlčenlivosti je potřebný.⁴⁷⁵

Tendence členských států Evropské unie je přesto promediační. Pro šanci na úspěch povinné mediace ve všech členských státech je však potřeba sjednotit výklad jednotlivých alternativních způsobů řešení sporů, zejména mediaci a conciliaci. V některých případech se za conciliaci vydává evaluativní přístup v mediaci, někdy se conciliací rozumí druh evaluativního přístupu k mediaci, někdy se tyto pojmy užívají jako synonyma.⁴⁷⁶ Nejdříve je proto potřeba sjednotit výklad a význam mediace a jejich přístupů, jinak nebude možno mediaci správně pochopit a propagovat.

Se správným porozuměním mediace souvisí i pochopení důsledků povinné mediace oproti mediaci dobrovolné. Směrnice o mediaci vyzývá k doporučování mediace, nicméně pokud advokáti neví, o čem poučují a i jak mají tento způsob řešení sporu doporučovat, povědomí o mediaci nemusí být správné. O to víc může přitížit, pokud právní profesionálové nerozlišují doporučování alternativní dobrovolné mediace a mediace povinné. Typicky v Itálii, kde je připuštěna možnost povinné i dobrovolné mediace, je poučování a doporučování mediace více propracováno než v ostatních členských zemích Evropské unie, kde jsou strany sporu informovány o možnosti dobrovolné mediace.

1.4. Dílčí závěr

Nastavení vztahu mediace k soudnímu procesu je zásadní. Z poznání, které nabízí i SDEU v rozhodnutí Rosalba Alassini, vyplynulo, že klíčovým prvkem, proč soud neshledal povinné mimosoudní řešení v rozporu s právem na spravedlivý proces, bylo omezení doby, po kterou se strany musely na alternativním způsobu účastnit, na 30 dnů s následnou možností obrátit se na soud. Pro alternativní způsoby řešení sporů, které jsou založeny na výsledku v podobě dohody

⁴⁷⁵ K různým otázkám spojeným s přeshraniční mediací včetně mlčenlivosti se Evropský parlament vyjádřil v studii „Rebooting“ the mediation directive, viz EUROPEAN PARLIAMENT. ‘Rebooting’ The Mediation Directive: Assessing The Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU [online]. europa.eu, 2014 [cit. 8. srpna 2016]. Dostupné na <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/Join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/Join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)>.

⁴⁷⁶ CUTOLO, Daniele, SHALABY, Mark Alexander. Mandatory Mediation and the Right to Court Proceeding. *Dispute resolution International law*, 2010, roč. 1, s. 135, používají výraz „conciliace“ k popsání mediace, SIMAC, Srdan. Mediation: Attorneys and Conciliation. *Croatian Arbitration Yearbook*, 2006, roč. 13, s. 269, definuje conciliaci jako specifickou metodu mediace, kdy strany ujednávají svůj spor pod vedením a za asistence nezávislé třetí strany – conciliátora.

stran, tedy zejména mediace, se na subjektivním pocitu dosažení spravedlnosti nic nezměnilo, ani když k mediaci byly přinuceny, právě proto, že výsledek pořád strany kontrolují.⁴⁷⁷ Pokud se tedy povinná mediace nastaví na určitý omezený čas s možností dalšího přezkumu u soudu, může být méně kontroverzní než povinné rozhodčí řízení.⁴⁷⁸ Omezení času však má i svůj nedostatek, a to ve vyměření nedostatečného prostoru pro alternativní způsoby řešení, který vytvoří tlak na strany se v tomto čase raději domluvit,⁴⁷⁹ zejména kdy i mediátor sám vyzdvihuje pozitiva dosažení dohody oproti rozsudku soudu. Dalším faktorem, který může vytvářet tlak na strany, aby se raději domluvily, jsou různé soudní poplatky a sankce za to, že se strany mediace zúčastnit nechtěly nebo že v průběhu mediace nespolupracovaly.⁴⁸⁰ To jsou rozhodně faktory, které je potřeba vzít v potaz.

Posledním bodem, který je problematický v rovnoprávném přístupu, je požadavek čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy na nezávislost orgánu. Tento bod bývá problematický, i když jde o orgán veřejné moci, a tak soukromoprávní alternativní způsoby řešení sporů jsou i v tomto velkou otázkou. Typický je tento problém demostrovatelný na rozhodčím řízení, kdy rozhodce má být neutrální, nezúčastněná osoba na konkrétním sporu, vzniká otázka, zda lze o ní mluvit i jako o nezávislé ve smyslu čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy.⁴⁸¹

Pojednání o různých možných přístupech k vyhodnocení, zda a jak povinná účast na alternativních způsobech řešení sporů zasahuje do práva na spravedlivý proces, a zejména do práva na přístup k soudu, je odvislé od definování, co je vlastním základem tohoto práva. Pokud budou známé tyto limity, jakýkoli test proporcionality, který soud aplikuje, upraví nebo nově vytvoří, bude schopen posoudit, zda došlo k zásahu do garantovaného základního práva. Vzhledem k autoritě, kterou ESLP má i u dalších nadnárodních a národních ústavních

⁴⁷⁷ RELIS, Tamara. *Perceptions in Litigation and Mediation: Lawyers, Defendants, Plaintiffs and Gendered Parties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 4, MCADOO, Barbara, WELSH, Nancy, WISSLER, Roselle. Institutionalization: What Do Empirical Studies Tell Us About Mediation? *Dispute Resolution Magazine*, 2003, roč. 9, s. 8–10.

⁴⁷⁸ HOPT, Klaus J., STEFFEK, Felix. Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues. In HOPT, Klaus J., STEFFEK, Felix (eds.). *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 41.

⁴⁷⁹ WISSLER, Roselle L. The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts. *Willamette Law Review*, 1997, roč. 33, s. 572.

⁴⁸⁰ HESS, Burkhard, PELZER, Nils. Regulation of Dispute Resolution in Germany: Cautious Steps towards the Construction of an ADR System. In STEFFEK, Felix, UNBERATH Hannes (eds.). *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*. Oxford: Hart Publishing, 2013 s. 209–217.

⁴⁸¹ PITTMAN, Larry J. Mandatory Arbitration: Due Process and Other Constitutional Concerns. *Capital University Law Review*, 2011, roč. 39, s. 868.

soudů, posouzení vztahu alternativních způsobů řešení sporů k lidským právům předznamená celkovou budoucnost tohoto způsobu řešení konfliktů.

Evropa se s mediací pouze seznamuje a byla by chyba vnímat ji jako panacea, všelék, na všechny problémy soudnictví. Pokud ji považujeme za součást přístupu k spravedlnosti, je potřeba brát v potaz zásady, na kterých mediace byla vystavěna. Základními principy mediace jsou sebeurčení a aktivní participace stran, které ji odlišují od soudního procesu.⁴⁸² Snaha o přeměnu mediace na povinnou může změnit povahu mediace jako alternativního způsobu řešení sporů a může způsobit, že účastníci sporu ani sami nebudou vědět, kterého procesu jsou účastni. Mediace je jen tak dobrá jako hodnoty, které nosí, tedy sebeurčení stran musí zásadně zůstat jejím vůdčím principem.

Aplikace mediace na přeshraniční spory je jednou z možných cest, je ale otázkou, zda je povinná mediace vhodná. Zatím se nepodařilo prokázat, že by zavedení povinné mediace přispělo k jejímu rozvoji, a zlepšilo tak přístup ke spravedlnosti ani na národní úrovni, natož na úrovni mezinárodní. Proto subhypotéza, že legislativní zakotvení mediace vede k podpoře přístupu ke spravedlnosti, a tím k zefektivnění řešení přeshraničních sporů, je vzhledem k nedostatkům a problémům, které s sebou povinná mediace prozatím nese, vyvrácena.

⁴⁸² NOLAN-HALEY, Jacqueline. Mediation: The “New Arbitration”. *Harvard Negotiation Law Review*, 2012, roč. 17, s. 61–95.