



BARREAU DE BRUXELLES
ORDRE FRANÇAIS DES AVOCATS

Mediace pro advokáty (e-manuál)

Autoři: Martina Doležalová, Patrick Van Leynseele
červenec 2012

Tento e-manuál vznikl v rámci grantového projektu „Evropské zkušenosti v mediaci a jejich implementace do českého právního prostředí“ podporovaného z fondů Evropské unie.

Úvod

Účelem tohoto dokumentu je poskytnout čtenáři představu o typickém vývoji mediace.

Existuje málo (či žádné) povinných pravidel. Mediátor má volnost, ve spolupráci se stranami, organizovat svou roli jak považuje za vhodné. Praxe však ukazuje, že ať tak učiní jakýmkoli způsobem, existuje řada kroků, které musí být uskutečněny ve správném pořadí, aby měl proces mediace rozumnou šanci na úspěch. Ukázky uvedené v tomto dokumentu jsou odvozeny z praxe mediace v obchodních věcech a v rodinných sporech. Bez ohledu na některé větší rozdíly mezi oběma typy mediací lze obecně říci, že budou dodržovány podobné techniky a řízení procesu.

Kdy, proč a jak doporučit věc k mediaci?

Mediace je možná ve všech věcech, u nichž strany mohou svobodně zacházet se svými vlastními právy¹. Mediace by například nebyla možná ve sporu souvisejícím s otcovstvím nebo ve věcech veřejného pořádku.

Mediace může být zahájena stranami, soudcem nebo může být nařízena povinně zákonem.

KAPITOLA PRVNÍ – ROLE MEDIÁTORA

Všeobecně lze říci, že role mediátora je role neutrální osoby, která stranám pomáhá v jejich dialogu, jehož cílem je vyřešení existujícího sporu. V podstatě musí stranám pomoci v jejich hledání smírného urovnání rozporů. Nesoudí strany, ani jejich chování; nerozhoduje o jejich příslušných právech a povinnostech; (v zásadě) nevydává stanovisko k právním otázkám či skutečnostem; nejedná jako právní zástupce účastníků. V ideálním případě – přinejmenším v modelu facilitativní mediace – by dokonce ani nenavrhoval či nenabízel stranám řešení, které se jim z jejich hlediska jeví nejlepší, ale pomáhal by při vytváření podmínek, za kterých by strany samy ve vzájemné spolupráci našly své vlastní řešení, které by podle svého uvážení považovaly za nejvhodnější.

Mediátor je řídicí osobou procesu, ve kterém hrají jednání, psychologie a komunikační techniky stejně důležitou roli, jako zákonnost a historie vztahu mezi stranami. Mediátor bude věnovat pozornost jak vyřčeným slovům, tak neverbálnímu jednání. V oblasti komunikace musí být profesionál; musí být schopen naslouchat, pozorovat, adaptovat se, měnit strategii při konfrontaci s měnícím se lidským chováním².

Pokud má dojem, že zpráva vyslaná jednou ze stran nebyla druhou stranou správně pochopena (dobrovolně či nedobrovolně), nebo byla pochopena jen zčásti, bude ji muset vyjasnit. Pokusí se zjistit všechny oblasti nepochopení a zajistí, aby zmizely. Když bude shrnovat slova jedné strany pomocí „přeformulovací“ techniky, ujistí se, že způsob, jakým věc formuloval, skutečně odpovídá poskytnuté zprávě. Přitom bude věnovat maximální pozornost všem typům reakcí (verbálním či neverbálním) všech osob zapojených v procesu mediace: zkušení mediátoři vědí, že neverbální reakce mohou odkrýt mnoho z toho, co má jedna strana skutečně na mysli, ale co nechce nezbytně vyjádřit slovy.

Mediátor nemá pravomoc nutit či sankcionovat strany. Nemá oprávnění zasahovat jinak, než mu bylo uloženo na základě důvěry, kterou v něho strany vkládají. Jeho jediná pravomoc je odvozena od jeho morální autority a od přísné neutrality, které bude po celou dobu dodržovat. Důvěra stran legalizuje jeho zasahování a jeho roli. Mediátor ví, a strany ví, že kterákoli strana může mediaci ukončit, pokud nebude některý z účastníků spokojen s tím, jak se věci vyvíjejí. To může vést k předčasnému ukončení mediace. Jakkoli rozporuplně to může vypadat, skutečnost,

¹ Jarroson Ch., "La médiation", Gaz. Pal., 22 août 1996, str. 36-6.

² "Les secrets de la communication", R. Bandler et J. Grinder, éd. Actualisations, 1982.

že kterýkoli účastník může mediaci kdykoli ukončit, představuje jeden z neefektivnějších nástrojů mediátora. Umožní mu to neustále stranám připomínat, že pokud nepřizpůsobí svá stanoviska, hlediska či přístupy, bude proces zablokován a nebude možno očekávat žádný uspokojivý výsledek.

Mediátor se bude neustále snažit přimět strany, aby přistoupily k jednání tím, že se zaměří na jejich příslušné zájmy a potřeby, spíše než na jejich příslušná práva a povinnosti. Přiměje strany, aby více myslely na výhody, které vzniknou v budoucnosti v důsledku okamžitého a svobodně přijatého řešení, než na to, co považují – správně či mylně – za svá práva a povinnosti, odvíjející se z minulosti, či na to, co by mohly získat v případě soudního řízení, které by jejich odpůrce prohrál.

Role mediátora se bude lišit v závislosti na řadě specifických aspektů sporné věci: charakter sporu; způsob, jakým strany přistupují k mediaci, účastní se jí a získávají z ní zkušenosti; úroveň jejich vzdělání; jejich osobnost; jejich kulturní zázemí; jejich společenské a kulturní hodnoty a prostředí, ve které se spor vyvíjí³; charakter mediačního procesu⁴; jazykové bariéry, které mohou existovat; hierarchie v týmu každé strany; morální a společenský vliv, který může mediátor uplatnit vůči stranám a jejich představitelům (tento vliv mohl hrát svou roli, když si strany vybíraly mediátora), atd.

V závislosti na všech těchto faktorech, ale rovněž na své zkušenosti a osobnosti, bude mediátor více či méně „direktivní“. Nechá diskusi mezi stranami „plynout“, nebo naopak, pokusí se převzít vedoucí úlohu, aby stranám zabránil, aby se neztratily v bludišti řečí, které vyvolají hněv a zabývají se spíše „problémem“ než „řešením“. Navrhne, aby rozhovory pokračovaly na společné schůzce, nebo požádá, aby se mohl se stranami setkat odděleně. Vyvine vliv v tom směru, že budou strany požádány, aby se zabývaly svými různými názory - postoji⁵; stanoví pravidla komunikace (kdo hovoří a kdy: strany nebo jejich advokáti? Mluví strany spolu vzájemně, nebo mluví na mediátora?). Požádá strany, aby přemýšlely o jiném řešení, které by bylo odlišné od těch, která již byla naznačena, a které by bylo „normálním“ výsledkem zákonných či smluvních pravidel; pokusí se rozšířit rozsah rozhovorů, atd.

Mediátor bude rovněž hrát důležitou roli při pomoci stranám ve stanovení jejich priorit. Při vědomí toho, že mediace může být úspěšná, pouze pokud každá strana naleznе v řešení výhodu⁶, je důležité, aby byly strany schopny určit, co je zásadní (co musí absolutně získat), co je důležité, na čem mají menší zájem a co je bezvýznamné. Mediátor, který je schopen správně analyzovat tyto hodnoty a způsob, jakým je strany vnímají, má nejdůležitější prvek, který mu později pomůže předložit řešení: hlavní (nebo někdy vnímaný jako hlavní) prvek, který jedna strana získá, může být druhou stranou vnímán jako něco nedůležitého. První řešení, třebaže částečné či malé, může vyvolat dynamiku orientovanou na řešení, která příznivě ovlivní zbytek celého procesu mediace.

Mediátor bude hlavně věnovat pozornost správnému vývoji procesu. Zajistí, aby atmosféra a duch diskuse byly konstruktivní a klidné. Zasáhne (jemně nebo silněji, bude-li to nutné), pokud strany nebudou dodržovat pravidla komunikace, která vysvětlil na začátku schůzky (po získání předchozího souhlasu stran). Dá přednost odůvodněným rozhodnutím před těmi, která jsou činně příliš emocionálně.

Nebude se snažit potlačovat emoce, které budou během diskuse vyjadřovány, zcela naopak: velmi často emoce odhalují pozornému mediátorovi „skryté zprávy“, které vezme v úvahu a u kterých požádá o vyjasnění buď při společné schůzce nebo při poradě se stranou.

³ V některých společnostech (např. v Japonsku či Africe) existuje skutečná kultura jednání a kompromisů. V tomto ohledu viz fascinující publikace Davida W. Ausburgera, *Mediace střetů napříč kulturami / Conflict mediation across cultures*, Westminster, John Know Press (1992).

⁴ Mediace, která se uskuteční v „institucionálním“ prostředí (např. v případě sociálních střetů a mediace ve státních podnicích) se bude značně lišit od čistě komerční mediace. Například, identifikujte a nalezněte řešení menších problémů, které strany mohou snadno překonat, aby došlo k vytvoření dynamiky orientované na řešení, urovněte nejprve menší rozpory a poté přejděte k větším („politika krok za krokem“).

⁶ Mediátor tak hledá řešení „vyhrát-vyhrát“, na rozdíl od dynamiky „vyhrát-prohrát“, která je typická pro soudní řízení.

Ano, mediátor musí mít různé schopnosti...

KAPITOLA DRUHÁ – JMENOVÁNÍ MEDIÁTORA

A. Mediace na základě zákona

Po přijetí Směrnice EP a Rady č. 2008/52/ES ze dne 21. května 2008, která uložila členským státům implementovat ji do svých právních řádů do 21.5.2011 lze nyní konstatovat, že velká většina členských zemí EU již má své vlastní zákonné úpravy mediace v netrestních věcech.

B. Soudní mediace

Soudní mediace musí být chápána jako mediace navržená nebo nařízená (v některých státech) soudcem ve sporu, který má projednat⁷.

Liší se tak od smíru uzavřeného prostřednictvím soudce, jak uvádí § 731 až 733 belgického soudního řádu, který ponechává na iniciativě stran, zda předložit svůj spor soudci, který má smírní roli, dříve než zahájí soudní řízení.

(Rovněž tak "soudní mediace" se liší od české úpravy § 99 českého OSŘ upravující prétorický smír.)

Mediace nemá za cíl zbavit soudce jeho smírní pravomoci nebo pravomoci rozsoudit věc, ale představuje spíše doplněk k jeho funkci^{8,9}.

Když soudce pověřuje třetí osobu mediační misí s cílem pokusit se dosáhnout smíru mezi stranami, nedeleguje na ni svou ústavní pravomoc rozhodovat. Naopak, hraje užitečnou úlohu ve správě justice, když se pokouší nalézt nejlepší řešení podle konkrétní situace stran¹⁰. Soudce nemá žádný druh monopolu na smír. Za okolností, kdy soudce není schopen pomoci stranám, aby samy našly řešení, nebrání článek 11 belgického soudního řádu, aby soudce delegoval roli smírní osoby na třetí stranu¹¹. Tato třetí osoba, mediátor, nebude činit žádná závazná rozhodování v žádné právní ani skutkové otázce. Nemá žádnou jurisdikční pravomoc.

Z tohoto důvodu by soudce mohl na základě belgického článku 19.2, nařídit mediaci, aby si ověřil, zda se strany skutečně pokusily vyřešit svůj spor přátelskou cestou. Takovéto opatření neovlivní skutkovou podstatu věci. Může být zdůvodněno rizikem, že by situace stran degenerovala z důvodu doby trvání řízení nebo výdajů na soudní řízení, nebo vzhledem k pravděpodobnému výsledku řízení, o kterém by bylo rozhodnuto v situaci, kdy by bylo bývalo adekvátnější přátelské urovnání¹².

V praxi to znamená, že se osoby budou muset obrátit na precedenční právo a zejména na nepublikované precedenční právo, aby belgičtí soudci začali stále více nabízet stranám mediaci v rodinných věcech.

Stále více soudců slyší na žádosti stran, aby se mohly pokusit o mediaci dříve, než požádají o soudní rozhodnutí. Někteří soudci navrhují pokus o mediaci, pokud vidí, že se komunikace mezi

⁷ Francouzský zákon ze dne 8. února 1995, článek 25, stanoví, že „v případě dohody (tj. dosažené v rámci procesu mediace), ji mohou strany předložit soudci, který ji uzákoní“ – v Quebecu, zákon ze dne 1. září 1997 nařizuje manželům, kteří se chtějí rozvést (pokud mají děti), aby se zúčastnili informační schůzky o mediaci dříve, než jde věc k soudu. Informační schůzka se může konat před podáním žádosti o rozvod. Strany se pak mohou svobodně rozhodnout, zda budou v procesu mediace pokračovat či jej zastaví.

⁸ V tomto smyslu, Ligot F., "Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords", Ann. dr., 1996, s. 113.

⁹ Viz článek I. Van Kerkhove, s. 249.

¹⁰ Ligot F., *op. cit.*, s. 103.

¹¹ de Leval G., "Réflexion sur la médiation civile", in Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir, s. 33.

¹² Trb. Trav. Brussels, 1. června 1991. J.D.S., 1991, s. 473.

stranami stala nemožnou, a pokud jsou přesvědčeni, že pro zajištění jejich zájmů a zájmů jejich dětí je nutná trvalá harmonizace jejich vztahu. Rozhodnutí soudce ve věci může být odloženo a může se čekat do doby, než se ukáže, co přinese mediace¹³.

Česká úprava soudní mediace (mediace z podnětu soudu) stanoví následující principy:

- Jednak zakládá poučovací povinnost soudu v rámci přípravy jednání § 114a odst. 2 nově pís. b) OSŘ (soud upozorní účastníky na možnost využití mediace podle zákona o mediaci, je-li to vhodné) a dále v rámci úpravy § 99 OSŘ (soudní smír).
- Jednak soudu umožňuje nařídit první setkání se zapsaným mediátorem (§ 100 odst. 3 OSŘ) v rozsahu 3 hodin a přerušit řízení, nejdéle však na dobu 3 měsíců. Po uplynutí 3 měsíců soud v řízení pokračuje (nelze však nařídit po dobu předběžného opatření podle § 76b), a to v rámci průběhu soudního řízení. Nařídit první setkání s mediátorem lze též v rámci §114c odst. 3 (nově pís. d) v rámci přípravného jednání, je-li to účelné a vhodné. A nakonec soud nařídí první setkání s mediátorem v rozsahu 3 hodin tomu, kdo neplní dobrovolně soudní rozhodnutí nebo soudem schválenou dohodu o výchově nezletilých dětí, popř. o úpravě styku s nimi nebo rozhodnutí o navrácení dítěte (§ 273 odst. 2 pís. a OSŘ).
- Není přípustné odvolání proti usnesení, jímž bylo nařízeno první setkání s mediátorem podle § 100 odst. 3 OSŘ.
- Odmítne-li se účastník bez vážného důvodu zúčastnit prvního setkání s mediátorem nařízeného soudem, soud nemusí přiznat náhradu nákladů řízení, a to zcela nebo zčásti.
- Náklady nařízeného prvního setkání s mediátorem podle § 100 odst. 3 nebo § 114c odst. 3 pís. d platí strany; stát je platí pouze za účastníka osvobozeného od soudních poplatků.
- Odměna pro mediátora podle zákona o mediaci za první setkání s mediátorem nařízené soudem podle § 100 odst. 3 je jedním z druhů nákladů řízení.
- Jestliže je řízení přerušeno podle § 110, pokračuje v něm soud na návrh po uplynutí 3 měsíců. S výjimkou řízení o rozvod může soud na návrh, jsou-li pro to závažné důvody, a i bez návrhu v případě, že to odůvodňují zájmy nezletilého dítěte, pokračovat v řízení i před uplynutím této lhůty. Není-li návrh na pokračování v řízení podán do 1 roku, soud řízení zastaví.

A nakonec

- Soud rozhodne o tom, zda schvaluje mediační dohodu uzavřenou podle zákona o mediaci nedéle do 30 dnů od zahájení smírčího řízení (§ 67 odst. 2 nově).

V neposlední řadě je třeba zmínit provázanou motivační úpravu zákona o soudních poplatcích (zákon č. 549/1991 Sb. ve znění pozdějších předpisů), který ve svém § 10 odst. 7 umožňuje vrátit 80% již zaplaceného soudního poplatku v případě schválení smíru mezi účastníky řízení před tím, než je ve věci samé rozhodnuto.

C. Dobrovolná mediace

Dobrovolná mediace, chápaná jako ochota, kterou dvě strany vyjádřily svou vůli zkusit mediaci, je nejhodnější: dobrá vůle je skutečně základem mediace.

¹³

Charleroi, 23. prosince 1998, nepublikováno, rep. 1294.

S touto dobrou vůlí může přijít kterákoli strana nebo jejich právní zástupci¹⁴ nebo strany společně.

Úmysl stran může být vyjádřen dvěma způsoby:

1. Mimosmluvní

Mimo rozsah smlouvy se strany společně dohodnou, že mediace představuje nejvhodnější způsob, jak vyřešit jejich rozpory. Tato ochota může být vyjádřena před, během nebo po soudním řízení. Jakmile takováto dohoda existuje, doporučuje se stranám podepsat, spolu s mediátorem, kterého strany jmenují, mediační dohodu, která vysvětlí podrobnosti procesu, do kterého vstupují.

2. Smluvní doložka

Doložka ve smlouvě může zajistit, že v případě sporu se strany nejprve pokusí vyřešit své rozpory mediací. V době podpisu smlouvy, nebo v době podpisu dohod před rozvodem na základě vzájemné dohody, je nezbytný, alespoň částečně, duch spolupráce mezi stranami. Je to nejvhodnější doba k dohodě, že v případě sporu, který strany nebudou moci vyřešit vzájemným jednáním, požádají strany o zásah mediátora předtím, než podniknou další právní či soudní kroky. Vzhledem k tomu, že mediace zůstává v podstatě dobrovolným procesem, tato doložka musí být považována za závazek stran pokusit se o mediaci jako prostředek alternativního řešení sporů před využitím jiných prostředků¹⁵. Několik soudních rozhodnutí prosadilo takovéto mediační doložky. Článek 1725§2 belgického soudního řádu stanoví, že pokud je podána soudní žaloba za situace, kdy jsou strany vázány mediační doložkou, bez toho, že by před podáním žaloby došlo k pokusu o mediaci, může žalovaný požádat soud o zastavení soudního řízení a o nařízení, aby strany přistoupily k mediaci dříve, než bude soudní řízení pokračovat. Jedná se o efektivní způsob vymáhání mediační doložky. Strany to nutí, aby si alespoň společně s mediátorem sedly, dříve než zahájí soudní řízení (nebo v něm budou pokračovat).

Doporučuje se, aby strany ve své mediační doložce stanovily, jaká bude role mediátora, jaká jsou mediační pravidla a jaké podmínky v oblasti důvěrnosti informací se na celý proces mediace budou vztahovat. V tomto ohledu je zjevně nejsnazší uvést, že mediace proběhne v souladu s mediačními pravidly konkrétní mediační instituce. V takovém případě budou mediační pravidla této instituce „začleněna“ v mediační doložce.

Pokud bude mediace úspěšná, strany podepíší dohodu o vyrovnání, na kterou je odkaz v paragrafu 2044 belgického občanského zákoníku.

Mediační doložka může být definována jako závazek použít služby mediátora za účelem přátelského urovnání sporu, který může vzniknout v souvislosti s plněním smlouvy. Jedná se tak o závazek vyjednat¹⁶, jehož porušení má za následek odškodné za porušení smlouvy¹⁷.

KAPITOLA TŘETÍ – VÝBĚR MEDIÁTORA

¹⁴ Viz Descoteaux, S. "Les avocats et la médiation", in *Développements récents en droit familial*, Služba neustálého školení při Advokátní komoře v Quebecu, ed. Y. Blois, 1991; Roy S., "La médiation et le rôle du conseiller juridique" H. de Kovachich, H. Clavier, P. Renaud, M. Esposito, *Guide pratique de la médiation*, 1997, ed. Carswell, str. 39.

¹⁵ Viz Cedras I., "L'obligation de négociation", *Quart. Rev. Comm. Right*, 1985, str. 265; Liège, 16 ledna 1998, J.L.M.B., 1998, str. 589; Forges, M. "Principes applicables à la rupture et à l'aménagement conventionnel des pourparlers en droit belge", *Ann. dr. Louvain*, 1995, str. 439; Van Oevelen, "Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over commerciële contracten", D.A.O.R., 1990, kniha 14, str. 43-63.

¹⁷ Újma způsobená porušením závazku využít služeb mediátora by měla být analyzována jako ztráta příležitosti dosáhnout urovnání. Nejvyšší soud připustil, že ztráta příležitosti může způsobit újmu, která opravňuje k zaplacení odškodnění (Cass. 19. října 1973, Pas., 1973, I, s. 298). V rozhodnutí ze dne 4. března 1975 (Pas., 1975, I, s. 682), nejvyšší soud rovněž uvedl, že ztráta příležitosti narovnání mezi manželi může způsobit škodu.

Je nanejvýš důležité, bez ohledu na rámec mediace (dobrovolná nebo soudní), aby si strany zvolily mediátora, v kterého mohou mít naprostou důvěru.

Soudci a strany budou muset potvrdit, že spory jsou předloženy kvalifikovaným mediačním službám, na které se budou vztahovat přísné kodexy jednání. Kvalifikace, přísná důvěrnost a neutralita mediátorů jsou některá základní kritéria, která by měla být vzata v úvahu, aby nedošlo k případnému pokračování soudního řízení poté, co selže mediace.

V Belgii bude vzhledem k malému počtu mediátorů zkušených v občanských a obchodních věcech vybírán někdo, jehož osobnost a osobní kvality byly uznány v jiných funkcích, a kdo úspěšně absolvoval zvláštní školení v mediaci. Jeho schopnost zvládnout konflikt, jeho důvěryhodnost, jeho nestrannost a jeho schopnost soucítění by neměly být stranami zpochybňovány¹⁸.

KAPITOLA ČTVRTÁ – FÁZE PROCESU MEDIACE

Jakmile si strany zvolí mediaci a jakmile se dohodnou na výběru mediátora, zorganizuje mediátor různé fáze procesu mediace, počínaje úvodním kontaktem mezi jím samotným a stranami a podpisem dohody mezi nimi a protokolu. Lidé, kteří píšou o mediaci všeobecně, rozlišují mezi 5 až 7 kroky v procesu mediace. Hlavní účel identifikace fází spočívá v důkladnosti, s kterou musí být každá z nich prováděna a v uvědomění si důležitosti jejich chronologického pořadí. Mediace musí být organizována metodicky, aby mediátorovi a stranám logicky umožnila vyvíjet se směrem k uspokojivému řešení¹⁹.

Všeobecně řečeno, fáze mediačního procesu budou velmi podobné, ať se jedná o rodinnou mediaci nebo o občanskou či obchodní věc.

Budou existovat rozdíly, kromě jiného v souvislosti s trváním celého procesu. V rodinné mediaci bude jistě řada setkání o délce jedné až jedné a půl hodiny, která budou rozložena na dobu několika měsíců. To zaručí reálné šance na úspěch. Naopak, v občanských a obchodních věcech bude celý proces koncentrován do několika hodin či dnů (což je sám o sobě argument k přesvědčení stran, aby se obrátily na mediaci coby rychlou a efektivní metodu).

Kromě předběžné fáze jsme určili následující fáze, z nichž prvních pět představuje mediaci v úzkém slova smyslu.

1. Předběžné výměny

V podstatě budou během těchto fází provedeny dvě věci: telefonické rozhovory a případně předběžná schůzka.

a) Telefonický rozhovor

Ze své vlastní iniciativy nebo na základě výběru učiněného ve spolupráci s mediačním centrem jedna ze stran nebo její právní zástupce zkontaktuje telefonicky mediátora a požádá ho o předběžnou schůzku.

Pokud se jedná o první zkušenost stran s mediací, může mediátor případně zorganizovat informační schůzku, na které proces vysvětlí. Podle svého vlastního osobního pocitu a poté, co vyslechne každou stranu, vyzve strany ke schůzce, samostatné nebo společné²⁰.

Viz níže využití předběžné schůzky, během které se strany setkají s možným mediátorem, a případně se rozhodnou, že si vyberou někoho jiného.

¹⁹ H. de Kovachich, op.cit. s.71.

²⁰ Quebecký zákon ze dne 1. září 1997 uzákonil informační schůzku jako povinnou v rodinných věcech. Je bezplatná.

Během této schůzky se mediátor omezí na poskytnutí informací o procesu mediace, aniž by stranám dovolil zabývat se podrobnostmi jejich sporu. Rovněž se pokusí sestavit harmonogram procesu.

Pokud jsou strany s procesem mediace již obeznámeny, je důležité, aby se mediátor omezil na získání základních informací o věci a nastavil harmonogram/kalendář. Nesmí riskovat svou nestrannost či neutralitu ani jejich vnímání tím, že zahájí proces bez ideálního nastavení.

b) Předběžná schůzka

Tato první předběžná schůzka není pro řádný proces mediace povinná. Je doporučována, neboť pro strany to představuje příležitost setkat se s mediátorem. První kontakt se stranami je velmi často zásadní. Nastavuje tón budoucích schůzek. Umožňuje mediátorovi získat kontrolu nad procesem, dostat se blíže ke stranám a začít pracovat, nastolit vhodné klima důvěry v proces: mediátor „připravuje stůl“²¹.

Během schůzky mediátor zjišťuje očekávání stran bez toho, že by jim odporoval a bez toho, že by se pokoušel jim cokoli vysvětlovat. Musí začít chápat širší spektrum, co by strany nazvaly urovnáním nebo přijatelným řešením, čeho se skutečně snaží dosáhnout.

Mediátor poté připomene nebo vysvětlí základní pravidla řádného procesu mediace. Strany budou vyzvány, aby buď okamžitě podepsaly mediační dohodu, nebo aby si odnesly návrh mediační dohody, kterou mediátor sám připravil, a prostudovaly si ji a podepsaly před nebo na první skutečné mediační schůzce.

Bude stanoveno datum první schůzky. Mediátor stranám sdělí, který dokument si přeje vidět (bude-li takový dokument existovat) před schůzkou nebo během ní. Může se stranami rovněž projednat, jaké je jejich očekávání, co se týče trvání celého procesu.

Řada mediátorů dává přednost tomu, že nechce obdržet žádné dokumenty týkající se sporu. Ze zkušenosti vědí, že pokud budou číst takové dokumenty, mohly by u nich vzniknout předsudky ohledně sporu, které by mohly být pro proces mediace škodlivé. Vědí, že dokumenty a spisy stran jim poskytnou pohled na příslušná stanoviska stran, podle zákona i podle skutečností, a rizikem je, že by mu bylo umožněno pouze částečné nahlédnutí do spisu strany, a strany by se pokusily ovlivnit čtení spisu ze strany mediátora. Mediátoři si jsou vědomi, že jim tyto spisy a dokumenty poskytnou informace o předchozí historii stran a o jejich příslušných stanoviscích, ale nebude to úkon „orientovaný na řešení“, což musí být základní zájem mediátora. Spisy se týkají minulosti; mediátoři jsou nasměrováni do budoucnosti.

c) Mediační dohoda (Smlouva o provedení mediace)

Mediační dohoda je dokument, ve kterém mediátor specifikuje strany a spor a uvádí pravidla, kterými se strany budou řídit během procesu mediace. Dohoda bude obsahovat alespoň následující náležitosti:

- Specifikace stran, jejich právního zástupce a mediátora;
- Charakter sporu: shrnutí je postačující;
- Upozornění, že mediace je dobrovolný proces: bude připomenuto, že strany a mediátor mohou proces kdykoli přerušit. Rovněž je užitečné uvést, že skutečnost, že strany souhlasí, že se pokusí nalézt řešení, je nezaujatá;
- Doložka o důvěrnosti informací: strany a mediátor, a rovněž všechny osoby, které se účastní procesu, se zavazují, že zachovají přísnou důvěrnost o všem, co bude během procesu řečeno či napsáno;
- Akceptace zásady caucusů nebo samostatných schůzek;

²¹ Lévesque, J., *Métodologie de la médiation familiale*, Québec, Edisem Eres, 1998, s.88.

- Připomenutí role mediátora a jeho neutrality a nestrannosti;
- Dohoda mezi stranami o dočasném zastavení všech soudních řízení s vyhrazením práva zahájit řízení nebo v řízení pokračovat, pokud se nepodaří dosáhnout řešení formou mediace;
- Právo stran konzultovat věci s jejich právními zástupci, pokud se tito nezúčastní mediačních schůzek;
- Maximální doba trvání mediace;
- Odměna mediátora odvozená od hodinových sazeb, metoda platby a kdo bude za platbu odpovědný;
- Podpis a datum podepsání.

Dohoda obsahuje smluvní rozsah mediace. Zakládá vymahatelná práva a povinnosti stran.

S výjimkou, kdy se strany dohodnou jinak, není samotná mediační dohoda důvěrného charakteru. V případě neúspěšné mediace může být později nutné, že strany budou muset prokázat, že se pokusily věc urovnat formou mediace. V závislosti na zákonném nebo soudním systému to může být nutné, aby se strany vyhnuly sankcím za to, že se o mediaci nepokusily, nebo aby prokázaly, že během mediace byla pozastavena promlčecí lhůta.

2. Proces mediace

a) První fáze: validace procesu.

Mediační schůzka se uskuteční v místě, na kterém se strany dohodnou, buď v kanceláři mediátora, v kanceláři jedné ze stran, nebo na absolutně neutrálním místě.

Aby se proces mediace správně rozvíjel, je důležité, aby zvolené místo bylo vhodné (příjemné) a aby mediátor pozval strany, aby se posadily ke stolu dle jeho volby. V závislosti na osobnosti stran sporu a počtu osob, které se schůzky zúčastní, bude muset mediátor silně přemýšlet o co nejvhodnějším zasedacím pořádku. Mediátoři všeobecně dávají přednost tomu, aby zástupci stran, kteří mají rozhodovací pravomoci, seděli blízko k němu, naproti sobě, takže může probíhat snadná trojúhelníková komunikace mezi mediátorem a těmito rozhodujícími osobami.

Během první fáze procesu mediace mediátor v podstatě ověří, že strany nebo jejich zástupci mají nezbytná oprávnění k urovnání sporu. Mediátor stranám připomene zásady důvěrnosti a objasní roli každého účastníka v mediaci. Zvláště bude trvat na své vlastní roli coby facilitátora v komunikaci mezi stranami, na své roli průvodce procesem. Uvede jasné rozdíly mezi rolí mediátora a soudce nebo rozhodce.

Vyjádří poté své očekávání, že strany budou spolupracovat a přistoupí k věci s „otevřenou myslí“. Připomene jim, že proces mediace musí zůstat civilizovaný a že očekává, že strany budou postupovat podle pravidel slušného chování a komunikace. To však nesmí omezit otevřený charakter diskuse. Během první fáze je hlavním cílem mediátora získat důvěru stran a nastavit jim prostředí, aby vysvětlily svá příslušná stanoviska v uvolněné a spolupracující atmosféře. Rovněž si zajistí jejich souhlas s pracovními pravidly, která nastíní.

Na rozdíl od běžného chování před soudy či rozhodci, by se v procesu mediace neměla vyskytovat soudní formalita a ztrnulost.

b) Druhá fáze: vysvětlení skutečností a okolností

Během této fáze začne mediátor objasňovat některé body diskuse, které byly identifikovány již během jeho prvního kontaktu se stranami. Stručně shrne spor, tak jak existuje.

Poté strany požádá, aby vysvětlily své stanovisko a způsob, jak vidí skutečné okolnosti sporu. Obvykle, pokud se mediační schůzky zúčastní advokáti, budou tito advokáti požádáni, aby skutečnosti vysvětlili objektivně, bez obhajování věci svého klienta. Klient bude požádán, aby objasnil určité skutkové body a odpověděl na otevřené otázky mediátora nebo ostatních účastníků.

Cílem mediátora na konci této fáze je mít zmapované všechny sporné položky, jak ty zjevné, tak ty nevyjádřené, které ovlivňují úsudek stran. Mediátor se pokusí za spolupráce stran vytvořit seznam různých sporných bodů. Tento seznam strany potvrdí, aby byl rozsah diskuse pro všechny účastníky jasný.

c) Třetí fáze: vytvoření alternativ

Jakmile strany vysvětlí skutečnosti a předmět sporu a jakmile bude mediátorovi vše jasné – ale pouze až poté – zahájí mediátor diskusi o možných alternativách, různých možných řešeních, která mohou nebo nemusí splňovat odlišné zájmy a očekávání stran. Je to doba spontánního hledání nápadů. Všechny druhy nápadů by měly být vyloženy na stůl bez kritiky či souhlasu. Mediátor si musí zachovat svou image nestrannosti a udržovat neutrální přístup ve vztahu k různým alternativám, které budou strany formulovat²². V této době je úloha advokátů nebo právních zástupců zejména důležitá, protože jejich znalost právních nebo technických aspektů soudních sporů jim umožní spolupracovat na formulaci důvěryhodných alternativ.

d) Čtvrtá fáze: rozhodování

Každá alternativa bude muset být vyhodnocena a umístěna na pohyblivou stupnici subjektivní důležitosti, kterou jí strany přiřazují.

Mediátor navrhne způsob jednání a bude se snažit dovést strany k závěrům.

Během této fáze, pokud strany narazí na problém s odhalením svých preferencí či stanovisek, je může mediátor vyslechnout na samostatné poradě, aby jim sám mohl porozumět a pomoci stranám pochopit, jak se dívat na každou alternativu nebo jak formulovat důvěryhodné návrhy či protinávrhy, což pomůže, aby nebyl rozhodovací proces zablokovaný. Pomůže stranám s porovnáváním různých návrhů, uvede je, bude je analyzovat. Pomůže jim přijít s odpovídající a konstruktivní odezvou a s formulací²³.

Mediátor bude věnovat pozornost vyvážení sil, odlišným cílům stran a „taktice“, kterou každá ze stran používá. Vytváření či zachování klimatu spolupráce je součástí jeho úkolu. Zejména – což se vztahuje na celý proces mediace – se bude zabývat emocemi stran; způsob, jakým jsou odkrývány a které základní napětí je vysvětluje. Mediátor stranám rovněž připomene jejich osobní zájmy a potřeby, zaměří je na různé alternativy, které jsou součástí diskuse.

Za pomoci mediátorovy znalosti a pochopení všech stanovisek stran, jejich zájmů a potřeb, strany vyloučí určité alternativy a ponechají si ty, které jim připadají, že nejlépe odrážejí jejich společnou vizi, cíle, a které umožňují spravedlivé a vyvážené řešení sporu.

e) Pátá fáze: dohoda; přezkoumání – podpis

Po čtvrté fázi mediátor shrne a vyjasní různé body, na kterých se strany dohodly, a začne dávat dohromady nástin návrhu dohody, která bude odrážet rozhodnutí, ke kterým strany dospěly.

²² H. de Kovachich, Guide pratique de la médiation, s.78

²³ H. de Kovachich, Guide pratique de la médiation, s.79

Dohodu o narovnání nebo jiný typ dohody mohou sepsat právní zástupci stran pod kontrolou mediátora, nebo pokud tak strany požadují, ji může sepsat sám mediátor.

Tento návrh dohody poté strany a jejich právní zástupci přezkoumají.

Právní zástupci poskytnou svá stanoviska a ujistí se, že jejich klienti plně pochopili její právní důsledky a práva a povinnosti, které obsahuje. Jejich zapojení je důležité, aby byla minimalizována ztráta budoucích práv a aby došlo k vyloučení pochybností o pochopení dohody²⁴.

Všechny strany mohou poté podepsat, případně s mediátorem, dohodu, která byla dosažena a potvrzena všemi účastníky.

Pokud se právní zástupci stran mediace nezúčastní, bude mediátor na strany naléhat, aby nechaly návrh dohody přezkoumat právním zástupcem. Mediátorovi by pomohlo, kdyby mohl mluvit s advokáty stran, aby vysvětlil souvislosti a důvod, proč je předložená dohoda pro jejich klienty přijatelná. Nebudou-li advokáti stran přítomni mediačním diskusím, nemusí plně pochopit důvody, proč se strany rozhodly vyřešit své spory tímto způsobem.

f) Po mediaci: další sledování

Po mediaci se může stát, že budou vyžadovány určité doplňky. Co se týče jakékoli dohody, mají strany volnost dohodnout se na změně určitých bodů. K těmto doplňkům může dojít jednoduchým jednáním mezi stranami, nebo, bude-li to nutné, formou diskuse, kterou povede mediátor.

KAPITOLA PÁTÁ – ZPĚT K SOUDŮM NEBO ROZHODČÍMU ŘÍZENÍ

a) v případě neúspěchu mediace

Přestože je úspěšnost mediace vysoká²⁵, může se stát, že strany nebudou schopné dohodnout se na něčem, co bude pro obě přijatelné, nebo budou schopny dosáhnout pouze částečného řešení.

Řešení bude částečné, pokud budou vyřešeny pouze některé sporné body, protože nebylo nalezeno žádné celkové řešení nebo protože se strany nakonec dohodly projednat pouze některé omezené aspekty svého sporu a ostatní předložit k adjudikativnímu procesu.

Ostatní části sporu budou vyřešeny prostřednictvím soudů nebo rozhodčího řízení, podle toho, jak se strany rozhodnou, nebo jak uvádí jejich dohoda. Pokud bylo takové řízení zahájeno před procesem mediace, bude poté pokračovat.

b) Potvrzení soudem

Pokud dojde k mediaci v době, kdy již probíhá řízení, mohou strany shrnout svou dohodu ve společném protokolu, který bude předložen soudu se žádostí, aby tato dohoda byla prosazena formou soudního nařízení. To samé se týká případů, že bude jejich řešení pouze částečné.

²⁴ H. de Kovachich, Guide pratique de la médiation, s.81

²⁵ J. Brett, Z. Barsness & S. Goldberg: "Efektivnost mediace: nezávislá analýza případů řízených čtyřmi hlavními poskytovateli služeb", Negotiation Journal, červenec 1996, 259 ukazuje úspěšnost 78 %

KAPITOLA ŠESTÁ – ROLE ADVOKÁTA V MEDIACI

Někteří advokáti vidí mediaci jako zasahování do oblasti, kterou chtějí kontrolovat – do oblasti vyjednávání²⁶. Mýlí se. I když je jistě pravda, že se řada advokátů snaží oprostit debaty od emocí a pomoci stranám najít společnou řeč, primární rolí typického advokáta je pomoci svému klientovi v bitvě o příslušné stanovisko. I tak může za určitých zvláštních okolností zastupovat dvě strany, všeobecně však bude zastupovat pouze jednu stranu a po celou dobu bude stanovisko této strany obhajovat.

Jaká bude role advokáta v procesu mediace?

a) PŘED mediací

Pokud v jednání dojde k bezvýhodné situaci, je role advokáta velmi důležitá. Před zahájením žaloby hraje stále užitečnou (a placenou) roli²⁷. Jeho povinností je, aby jeho klient pochopil, že existují alternativní způsoby k řešení věci před samotným podáním k soudu. Pokud je klient ochoten zvážit takovou alternativu, připraví spis s vyznačením sporných bodů a objasněním, co by bylo přijatelné dle jeho názoru. Uspořádá dokumenty, pomůže s výběrem mediátora, a co možná neobjektivněji připraví prezentaci různých aspektů případu. Poskytne svému klientovi objektivním a profesionálním způsobem radu, jaké by byly pravděpodobné výsledky případu, pokud by byl projednáván soudem²⁸.

b) BĚHEM mediace

V případě rodinných věcí se advokát všeobecně mediační schůzky nezúčastní, ale slouží jako „právní záštita“: ověří právní a daňové aspekty mediace a pochopení nebo navržené či dosažené narovnání. Během mediace, na žádost mediátora, advokát zasáhne a pomůže vyjasnit stanoviska stran a právní aspekty, které mohou (musí) být součástí diskuse²⁹. Jeho role bude důležitá, protože mediátor se bude chtít opřít o advokáta, pokud v diskusi dojde k určitým právním či technickým problémům. Vzhledem k tomu, že mediátor musí zůstat neutrální a neměl by dávat přednost řešení, které by bylo pro jednu stranu výhodnější než pro druhou, požádá raději rozumný mediátor strany, aby si nechaly poradit od svých příslušných právních zástupců. U některých schůzek v rámci rodinné mediace může být vhodné, aby se schůzky zúčastnili rovněž advokáti, když se diskuse zaměří na tyto techničtější a majetkové aspekty.

V obchodních věcech se ve většině případů advokáti zúčastní mediační schůzky jako právní zástupci svého klienta.

Měli by pak dodržovat tři jednoduchá pravidla:

1. Nechat mediátora, aby vedl proces;
2. Nechat klienty, aby byli v diskusi důležitými hráči;
3. Nesnažit se „vyhrát“ hádku za každou cenu, čímž by ohrozil případné alternativy celkového řešení³⁰.

Advokáti by si měli uvědomit, že jejich rolí v mediační diskusi je pomoci svým klientům dosáhnout urovnání. Nejsou tam proto, aby „bojovali“ s druhou stranou, ale aby spolupracovali s mediátorem

²⁶ Viz E. Galton: "Representing clients in mediation", American Lawyer Media, 1994.

²⁷ P. Shaposnick, Le rôle e l'avocat en médiation, in Journal du Barreau de Montréal, 15-5-98.

²⁸ P. Shaposnick, op.cit.

²⁹ Simon Descoteaux, op.cit. s.115.

³⁰ Viz odkazy Serge Roy v "La médiation en matière commerciale - Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux" Association Henri Capitant, L.Baudouin, Ed. Yvon Blay, s. 237; Norman Brand "Výuka používání procesu mediace – průvodce pro advokáty" Arbitration Journal, prosinec 92, svazek 47, č.4, s.12

a svým klientem. Advokáti rovněž poskytnou svým klientům radu, co se týče zákonnosti a vykonatelnosti různých alternativ a řešení, jež jsou během mediace probírány. Úloha advokáta by se tak mohla stát primárně důležitou, protože pomůže svému klientovi, mediátorovi a případně i druhé straně. Bude-li vykonána dobře, je role advokáta v mediaci přínosem.

Mediace jistě není jedinou alternativou soudního sporu. Mělo by však být povinností advokáta informovat své klienty o její existenci a vysvětlit ji svým klientům jako jednu z alternativ.

KAPITOLA SEDMÁ – NÁKLADY NA MEDIACI

a) Porovnání

Je obtížné poskytnout přesné náklady na mediaci. Každý případ bude jiný.

Z pohledu stran zkušenost říká, že pokud bude mediace úspěšná, bude z finančního hlediska vnímána jako výborné řešení. V takovém případě nebudou žádné nebo téměř žádné soudní náklady, odměna advokáta, odměna znalců, atd., nebo se takovými budoucím nákladům strany přinejmenším vyhnou. Náklady na mediaci (odměna advokáta a odměna mediátora – o odměnu mediátora se často strany dělí rovným dílem) budou představovat pouze zlomek toho, co by stálo soudní řízení.

Pokud na druhou stranu mediace nepřinese řešení, náklady vynaložené na mediaci navýší celkové finanční zatížení sporu.

Vezmeme-li v úvahu statistiky výsledků mediací, které existují, a pokud víme, že mediace přináší řešení ve třech ze čtyř případů, dojdeme k závěru, že stojí za to mediaci zkusit, tj. pokud obě strany vnímají, že prvky sporu naznačují, že lze dospět k projednávanému řešení.

Kromě toho, zkušenosti ukazují, že i neúspěšná mediace může mít svou hodnotu: všeobecně, proces vysvětlování a pochopení, který byl často vyvolán během procesu mediace, zvýší šance na úspěšné dosažení urovnání v pozdější fázi nebo může pomoci, že se strany vyhnou přístupům a stanoviskům založeným na nedůvěře nebo pomstě.

b) Odměna mediátora

Pravidlem je, že mediátor bude odměňován pouze na bázi hodinové sazby. Většina mediačních pravidel a etických pravidel mediátorů mu zakazují, aby účtoval jakýkoli druh „odměny za úspěch“³¹. Pokud by bylo mediátorovi umožněno fakturovat vyšší poplatky v případě úspěchu, bylo by to stejné, jako kdyby měl osobní zájem na řešení. Ztratil by tak svou neutralitu: riskoval by, že bude tlačit na strany, aby uzavřely urovnání „za každou cenu“ i v situacích, kdy nechtějí, ani nejsou připraveny tak učinit.

Mediační centra všeobecně používají strukturu odměn (poplatků), která bere v úvahu dva prvky. První představuje platbu Centru na pokrytí jeho vlastních nákladů (všeobecně stanovenou podle pohyblivé stupnice v závislosti na částce, která je v sázce). Druhý představuje odměnu mediátora. Tyto poplatky budou stanoveny jako hodinová sazba (částka se může odvíjet od pohyblivé stupnice v závislosti na částce, která je v sázce) nebo jako denní sazba či půldenní sazba.

Mediátoři často souhlasí, že první schůzka se stranami (buď společná, nebo samostatná) jim bude účtována, pouze pokud budou souhlasit, že se pokusí o mediaci.

³¹ Např. čl. 8.3. etických pravidel BBMC; Komentář k článku 8 společného etického kodexu American Arbitration Association, the American Bar Association a the Society for Professionals in Dispute Resolution; Viz rovněž H. de Kovachich a spol., „Guide pratique de la médiation“, op.cit. 66.

V každém případě by mediační dohoda podepsaná mezi stranami a mediátorem měla jasně uvádět, jak bude vypočítána odměna mediátora a jeho náklady, a kdo je bude hradit. Strany se mohou případně dohodnout, jako součást svého celkového urovnání, že si rozdělí zatížení, které představuje odměna mediátora a jeho náklady, jinak.

KAPITOLA OSMÁ - ZÁVĚR

Ve Spojených státech amerických, v Kanadě, v Evropě i jinde v současné době existuje neodolatelný trend ve prospěch mediace. Jsme přesvědčeni, že strany budou stále více preferovat nesvárlivý způsob řešení jejich sporů, raději než by utrácely vysoké finanční částky za soudní spory, kdy se musí potýkat s celkovou nejistotou ohledně výsledku a kdy musí čekat na řešení po několik let. Jak vidíme v tomto článku, neexistuje přesné pravidlo, které by stanovilo, kdy by mělo dojít k pokusu o mediaci. Jsme přesvědčeni, že o mediaci je možno se pokusit ve většině případů, před, během či dokonce po soudním řízení. Ideálně by mediace měla být zahájena, jakmile se strany při jednáních dostanou do bezvýchodné situace, bez ohledu na to, v jaké fázi soudního řízení se spis nachází. Dobrá víra a ochota stran nalézt vhodné řešení jsou nejdůležitější ingredience.

Společnosti a fyzické osoby mají řadu důvodů, proč preferovat mediaci oproti soudnímu řízení: zachování obchodních vztahů, ochrana pověsti, uchování konfliktu v tajnosti, zajištění ekonomických zájmů, spíše než právního postavení, vyhledání rychlého a efektivního řešení. Někdy pro mediaci hraje i složitost případu, protože analýza a pochopení otázek, které jsou v sázce, bude často důkladnější, než to, co by strany získaly od soudců, kteří mají vždy nedostatek času a prostředků k získání hlubokého pochopení příslušných otázek.

Především, mediace, konsenzuální proces od začátku do konce, umožňuje stranám udržovat si kontrolu nad svým vlastním spisem. Nebude to třetí strana, soudce, rozhodce, znalec, atd., kdo jim vnutí řešení – dobré nebo špatné. Z pohledu stran je to zásadní výhoda.

Mediace má rovněž svá omezení. Někdy je potřeba mít rozsudky, aby byl nastaven precedent nebo soudní vymáhání práv. Soudní řízení může být argumentem při jednání. Někdy strany jednoduše nemusí mít zájem na vyjednaném řešení. Není pochyb, že mediace může rozplést zablokované situace, ale strany sporu nejsou vždy ochotné samy investovat do řešení svých vlastních sporů. Jak jsme viděli, mediace vyžaduje, aby klienti byli a zůstali zapojeni do řešení svého sporu, vyžaduje určitou schopnost komunikace a otevřenou mysl či skutečnou vůli ke smíru, která ne vždy existuje. Někdy bude pro stranu jednodušší, když ponechá věc v rukou svého právníka a zůstane jednoduše sedět vzadu a bude čekat, dokud soudce nevynese rozsudek.

Je povinností soudních orgánů podporovaných veřejným sektorem prosazovat mediaci jako vhodný prostředek na pomoc stranám při řešení jejich konfliktů. Advokátní komory budou muset přizpůsobit, pochopit používání mediace a její fungování, a navrhnout alternativní prostředky k řešení sporů svým klientům.

Evropská komise není odpovědná za použití informací, které jsou v e-manuálu obsaženy.