

## MEDIACE A EKONOMICKÁ ANALÝZA PRÁVA

Marcela Fryštenská\*

**Abstrakt:** Příspěvek si klade za cíl představit čtenářům ekonomickou analýzu práva, ukázat, jak by bylo možno tuto zatím v českém právním prostředí nezdомácnělou metodu přístupu k právu použít na zjištění dopadů zákona o mediaci a v neposlední řadě představit výsledky empirického výzkumu zaměřené na aplikaci § 100 odst. 2 občanského soudního řádu, který umožňuje nařídit sporným stranám návštěvu mediátora v rozsahu maximálně tří hodin. Jedná se o první využití ekonomické analýzy práva na problematiku mediace a první empirický výzkum v oblasti mediace vůbec.

**Klíčová slova:** ekonomická analýza práva, pozitivní ekonomická analýza práva, normativní ekonomická analýza práva, metodologie, mediace, efektivnost, transakční náklady, homo economicus

### ÚVOD

Složitost doby vyžaduje stále naléhavěji, aby společenské jevy byly podrobeny zkoumání z více úhlů pohledů, což je někdy metaforicky přirovnáváno k mnoha obrazům katedrály v Rouenu od Clouda Moneta. Malíř zachytil svatostánek v různou denní dobu, v různých ročních obdobích a dal tím pozorovateli příležitost pohlédnout na týž objekt mnoha způsoby. Právní pravidla nikoliv vzácně vznikají či jsou měněna, aniž by tomu předcházel empirický výzkum a analýza dopadu zamýšlené legislativy. Zákon o mediaci č. 202/2012 Sb. není v tomto ohledu výjimkou. Podíváme-li se na věci optimistickou optikou, můžeme věřit, že snad již uzrála doba pro využití širší palety společenskovedních metod (ekonomických, sociologických, psychologických), než tomu bylo dosud, aby se vytvářela právní pravidla, která povedou ke zlepšení kvality lidského života, tj. většímu blahobytu. Pod pojmem blahobyt nerozumíme pouze dostupnost a kvalitu zboží a služeb, ale též hodnoty, které nejsou obchodovatelné, jako je lidské zdraví, kvalita životního prostředí, harmonický domov atd.

Právě úsilí o maximalizaci blahobytu je společným jmenovatelem práva a ekonomie. Ekonomie je společenská věda, která zkoumá, jak lidé a společnost rozhodují o využití vzácných zdrojů, z nichž řada je vzácná a přitom má alternativní užití. Jinými slovy ekonomie hledá cesty, jak hospodárně nakládat s omezenými zdroji tak, aby společnost dosáhla co největší prosperity (blahobytu). Koncept vzácnosti brilantně zachycuje film *Bohové musejí být šílení*.<sup>1</sup> Příběh vypráví o Křovácích v poušti Kalahari, kteří zažívají pocit hojnosti až do okamžiku, kdy nad oblastí, kde žijí, pilot odhodí prázdnou láhev od Coca-Coly. Děti láhev využívají k hrám, matky v kuchyni. Vznikne konflikt o tom, kdo a na jak dlouho bude „podivnou“ věc užívat. Je jen jedna, přitom má mnoho způsobů využití. Rada starších rozhodne se věci zbavit. Tím se vyhnou volbě o způsobu užití „vzácného zdroje“. Jelikož „vyspělé“ společnosti se rozhodly jít jinou cestou než

\* JUDr. Marcela Fryštenská, Ph.D., Ekonomicko-správní fakulta Masarykovy Univerzity. E-mail: m.frystenska@seznam.cz.

<sup>1</sup> FRYŠTENSKÁ, M. K ekonomické analýze práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, č. 4, s. 13.

Křováci, musí volit způsob využití vzácného zdroje. Absence konfliktu ve společnosti, která možnost volby nevyloučila a přitom sestává z lidí s různými názory, představami a postoji je Anderssenův svět. Právě proto je třeba vytvářet právní pravidla, která se snaží eliminovat počet konfliktů, a v situaci, kdy nastanou, ukázat cestu pro jejich řešení.

Ekonomie řeší problém vzácnosti pravidly efektivního rozhodování a hospodárností. Právo reaguje na problém vzácnosti snahou o jasné vymezení práv a nastavení procesů pokojného řešení sporu.<sup>2</sup> Má-li společnost směřovat k ekonomické prosperitě a neplýtvání zdroji na straně jedné a zároveň k pokojnému uspořádání vztahů na straně druhé, je pak nanejvýš žádoucí, aby došlo k průniku účelu ekonomie a účelu práva.<sup>3</sup>

Ekonomickou analýzu práva je možno vnímat jako cennou korekci možného právního dogmatismu (právněpozitivistického nebo neomezeného hodnotového přístupu k právu), jak mimo jiné uvádí i Zdeněk Kühn, který současný stav české jurisprudence popisuje jako určité zapomenutí se v právních konceptech začátku 19. století, kdy právníci věřili, že právo může být vysvětleno jen pomocí právních termínů a právní teorie, čili zase jen právem.<sup>4</sup> Přislíb smysluplnějšího, systematictějšího přístupu k tvorbě a výkladu práva v ekonomické analýze práva spatřuje i Tomáš Richter, který je rovněž přesvědčen o tom, že efektivnost by měla být jedním z cílů práva.<sup>5</sup>

V české časopisecké literatuře bylo již nemálo prostoru věnováno objasnění samotné ekonomické analýzy práva a vysvětlení základních konceptů této metody přístupu k právu (Richter, Kühn, Šíma, Dušek, Montag, Sobek atd.). S klidným svědomím se proto tento příspěvek může věnovat teoretické základně krátce a čtenáře aspirující na hlubší vhled do základní terminologie ekonomické analýzy práva odkázat právě na práce těchto a dalších autorů. Naopak aplikace této metody na jednotlivé právní instituty a právní obory v českém právním prostředí dosud chybí, je zde proto záměr představit čtenáři aplikaci této metody na zákoně o mediaci a v poslední části představit výsledek empirického výzkumu v této oblasti.

## 1. EKONOMICKÁ ANALÝZA PRÁVA

Za ekonomickou analýzou práva stojí myšlenka, že právníci a ekonomové se od sebe mohou vzájemně učit techniky ve prospěch prosazení právních pravidel, které budou šetřit čas, peníze a zdroje. Libor Dušek a Josef Montag zastřešují neplýtvání zdroji sedmým článkem Ústavy, jenž stanoví, že „*stát dbá o šetrné využívání přírodních zdrojů a ochranu přírodního bohatství*“. A dále rovněž podotýkají, že by toto ustanovení doplnili o požadavek na šetrné nakládání se zdroji lidskými.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> BEJČEK, J. a kol. *Obchodní právo: Obecná část. Soutěžní právo*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 16.

<sup>3</sup> FRYŠTENSKÁ, M. *K ekonomické analýze práva*, s. 16.

<sup>4</sup> KÜHN, Z. Diskriminace a ekonomická analýza práva. In: *Neviditelný pes* [online]. 24. 11. 2006 [cit. 20. 02. 2017]. Dostupné z: <[http://neviditelnypes.lidovky.cz/pravo-diskriminace-a-ekonomicka-analyza-prava-foh-/p\\_spolecnost.aspx?c=A061123\\_132154\\_p\\_spolecnost\\_wag](http://neviditelnypes.lidovky.cz/pravo-diskriminace-a-ekonomicka-analyza-prava-foh-/p_spolecnost.aspx?c=A061123_132154_p_spolecnost_wag)>.

<sup>5</sup> RICHTER, T. Použití (mikro)ekonomické metodologie při tvorbě a interpretaci soukromého práva. *Právník*. 2009, roč. 148, č. 3, s. 233–262.

<sup>6</sup> Srovnej DUŠEK, L. – MONTAG, J. Ekonomický přístup ke zkoumání práva: přehled metodologie a nástin příležitostí pro výzkum v České republice. *Jurisprudence*. 2016, č. 6, s. 39.

Ekonomická analýza práva, ačkoliv má svůj původ v systému *common law* (rozdílná role pramenů práva), má i v kontinentálním právním systému široké uplatnění v rámci soudcovské diskrece, legislativní činnosti nebo právní akademie.

Hlavním přínosem ekonomie pro právní vědu je, že poskytuje průhledný a relativně jednoduchý teoretický rámec, který umožňuje vědeckou analýzu dopadů práva na podněty jednotlivců a dopady na blahobyt společnosti jako celku.<sup>7</sup> V rovině empirické jsou ekonomové pro právní vědu cenní, neboť jsou metodologicky vybaveni pro zkoumání a hodnocení skutečných dopadů právních norem.<sup>8</sup> Ekonomie může vést k rozumné interpretaci práva při rozhodování soudů zejména tam, kde je ponechán prostor pro soudcovskou diskreci či kde je právo nejednoznačné (např. mezery ve smluvním právu, standard řádné péče, náhrada nemajetkové újmy atd.).

Základním elementem ekonomické analýzy práva je jednatelce a vliv právních norem na jeho chování (zjišťované empirickými studiemi) a z toho vyvozená predikce jednání a interakce jednotlivců a dopad tohoto chování na společenský blahobyt. Jedinec je dopředu modelován jako *homo economicus*, tj. racionální agent, který dokáže jasně specifikovat své cíle, které mohou a nemusejí být sobecké, a využije dostupných možností, aby neplýtvat zdroji a měl z dosaženého cíle co největší užitek.<sup>9</sup> Racionální jedinec při úvahách, zda podá či nepodá žalobu, porovnává náklady spojené s podáním žaloby s očekávaným ziskem jeho právního nároku. Racionální žalobce zvažuje hodnotu žaloby (EVC z anglického *expected value of the legal claim*) tak, že porovnává hodnotu soudního sporu (C z anglického *cost*) s hodnotou soudního rozhodnutí (VJ). Vychází rovněž z pravděpodobnosti výhry sporu (P).

$$EVC = (VJ \times P) - C \times (1 - P)$$

Pravděpodobnost je čistě subjektivní kategorie. Jde pouze o účastníkův odhad pravděpodobnosti výhry soudního sporu. Tato pravděpodobnost závisí rovněž na sebevědomí daného člověka, ale i jiných jeho vlastnostech (postoji k riziku, tvrdohlavosti, schopnosti empatie, pocitu křivdy atd.). V praxi se lze setkat s případy, kdy se strana sporu rozhodne jít cestou soudní pře navzdory negativním doporučením ze strany advokáta, který klienta upozorní na fakt, že náklady jsou vyšší než užitek. Racionálně maximalizující člověk je bytost, jež má neomezené poznávací schopnosti, jimiž je schopna rozpoznat a vyhodnotit veškeré jí dostupné informace potřebné pro příslušné rozhodnutí.<sup>10</sup> Skuteční lidé se od této bytosti liší, jejich poznávací schopnosti jsou omezené a jsou používány tváří v tvář nejistotě o stavu okolního světa. Zde je třeba zmínit, že významná část literatury věnované ekonomické analýze práva reflektuje poznatky behaviorální ekonomie o omezené racionalitě. Ve světle těchto skutečností je na *homo economicus* pohlíženo jako na metodu analýzy, která studuje odchylku skutečného chování od chování modelového. Odchylna od racionálního chování by výzkumníka měla přimět hledat důvody, proč se konkrétní jedinec odchyluje od modelového chování.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> FRYŠTENSÁ, M. *Ekonomická analýza civilního práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 31.

<sup>10</sup> RICHTER, T. *Použití (mikro)ekonomické metodologie při tvorbě a interpretaci soukromého práva*, s. 240.

## 1.1 Pozitivní ekonomická analýza práva

Ekonomická analýza práva se člení na pozitivní a normativní část. Pozitivní ekonomická analýza práva se snaží popsat, proč se lidé chovají daným způsobem (tj. popis reakce na platné právo) a dále se snaží předpovědět, jak se lidé budou chovat (tj. na základě zjištěných reakcí popsat reakce budoucí). *Například zkoumá chování soudců ve vazbě na právní normu, která jim dává možnost nařídit sporným stranám návštěvu mediátora (§ 100 odst. 2 občanského soudního řádu).* Pozitivní ekonomickou analýzu práva také zajímá, proč máme takové právo, jaké máme, a snaží se zjistit, zda lze existující právní normy chápat jako nástroje směřující k dosažení ekonomických cílů. *Například pozitivní ekonomickou analýzu práva zajímá, zda právní normy upravující institut mediace sledují ekonomické cíle, jako je úspora času a peněz sporných stran a státu.* Jelikož mnoho států Evropské unie včetně České republiky vykazuje soudní průtahy, které podřívají důvěru lidí v justici, hledají se nové, alternativní cesty řešení sporů, mezi něž mediace patří. Logicky, pokud si sporné strany vyřeší svůj spor samy, prostřednictvím advokátů či mediátora nebo rozhodce, sníží se agenda soudcům, kteří se budou moci věnovat jiným případům. *Prvním zde zmíněným ekonomickým cílem je šetření výdajů státu do soudního systému. Další ekonomický argument spočívá na úvaze, že pokud sporné strany svůj spor řeší prostřednictvím mediátora, sníží náklady sporu, viz následující příklad.*

**Příklad rozváděcích se manželů (soudní řízení):** Manželé XY se rozvedli před rokem. Z jejich manželství nezešly žádné děti. Během trvání manželství nabyli do společného jmění manželů nemovitost v hodnotě 3 miliony Kč. Ostatní věci nabyté za trvání manželství jsou nepatrné hodnoty a rozvedení manželé souhlasí s tím, že budou ve vlastnictví toho, kdo je až dosud užíval. Náklady na soudní řízení sestávají z následujících položek: soudní poplatek ve výši 2000 Kč za zahájení řízení o vypořádání SJM a navíc 5000 Kč za každou nemovitost, která je předmětem vypořádání. Oba manželé jsou zastoupeni advokátem. Sazba za jeden úkon právní služby dle advokátního tarifu činí 14 600 Kč (14 300 Kč za 1 úkon + režijní paušál 300 Kč). Advokát provede v předmětném případě minimálně tři úkony (právní porada s klientem včetně převzetí a přípravy zastoupení, písemné podání, účast na jednání), tj. celkem za právní služby včetně DPH zaplatí každý z bývalých manželů XY částku 52 998 ( $3 \times 14\,300 + 3 \times 300 = 43\,800 + 21\% \text{ sazby DPH, tj. } 9\,198 \text{ Kč}$ ). V případě, že by se účastníci dohodli na společném hrazení soudních poplatků, explicitní náklady na soudní řízení pro každého z nich budou činit 56 498 Kč. Tyto náklady nejsou konečné, neboť nezahrnují implicitní náklady, které nelze vypočítat, neboť se liší v závislosti na konkrétním účastníkovi sporu.

Následující příklad vychází ze situace, kdy ačkoli se bývalí manželé XY nemohou dohodnout na rozdělení majetku, zvolí k řešení svého sporu mediaci.

**Příklad rozváděcích se manželů (mediační řízení):** Jelikož v České republice je mediace málo rozšířená, statistická data nejsou k dispozici, je třeba vycházet, pokud jde o průměrnou délku mediace, ze zahraničních výzkumů. Dle francouzského výzkumu z roku 2001, který byl zaměřen na rodinnou mediaci, trvá průměrná mediace 6 sezení o průměrné délce 90 minut.<sup>11</sup> Ceny za hodinu mediace se pohybují okolo 1200 Kč. V případě, že bude dosaženo dohody, je žádoucí, aby byla současně exekučním titulem, čehož lze dosáhnout například potvrzením

<sup>11</sup> HOPT, K. J. – STEFFEK, F. *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* [online]. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 98 [cit. 17. 3. 2015].

*smíru soudem, který s sebou nese další náklady v podobě soudního poplatku ve výši 1000 Kč. V případě, že sporné strany si nechají vyhotovit dohodu u advokáta, zvýší se náklady o 20 600 Kč (20 300 za 1 úkon + režijní paušál). Celkem zaplatí bývalí manželé XY za mediační řízení, sepsání dohody právníkem a exekuční titul částku 32 400 Kč, kterou si rozdělí mezi sebou rovným dílem, pokud nebylo dohodnuto jinak. V takovém případě by každá ze sporných stran uhradila 16 200 Kč, tj. o 40 298 Kč méně než v případě soudního řízení.*

Ve shora podaném případě racionální strana sporu při zvážení nákladů na soudní řízení a mediační řízení se rozhodne jít cestou mediace, neboť ušetří 40 298 Kč (explicitní výdaje) a čas (implicitní výdaje).

*Naplnění ekonomických cílů zákona o mediaci, tj. šetření nákladů na řešení sporu sporným stranám a šetření nákladů státu na výdajích do soudního systému, vyžaduje profesionální mediátory, neboť čím více dohod v rámci mediačního řízení bude uzavřeno, tím větší důvěru si tento institut získá. Zavedením institutu zapsaných mediátorů nabízí zákon o mediaci větší záruku profesních předpokladů pro úspěšné vedení mediace.*

Pozitivní ekonomická analýza práva nevynáší hodnotící soudy ohledně stávajícího práva. To přenechává analýze normativní.

## 1.2 Normativní ekonomická analýza práva

Normativní ekonomická analýza práva je založena na předpokladu, že efektivita by měla být cílem práva. Centrálním konceptem normativní ekonomické analýzy práva je tedy efektivnost.<sup>12</sup> Normativní ekonomická analýza práva se ptá: Vede norma k optimálním výsledkům z hlediska ekonomické efektivnosti? Nařizují soudy návštěvu mediátora efektivně? Řeší mediátoři spory efektivně? Je veřejnost s institutem mediace seznamována tak, aby jí to přineslo maximální užitek? Například je pravidlo stanovující odměnu mediátora ve výši 400 Kč za hodinu nastaveno optimálně? Potvrdila se v praxi premisa, že mediace šetří státu a sporným stranám náklady na řešení sporu? Jaká doporučení *de lege ferenda* by měla být nabídnuta, aby bylo dosaženo zákonodárcem sledovaného cíle (pokud ho dosaženo nebylo) nebo aby bylo dosaženo ještě vyšší efektivnosti? Šetří mediace transakční náklady? Z pohledu normativní ekonomické analýzy práva by právo mělo přispívat k efektivnímu využití zdrojů.

Na tomto místě se sluší objasnit pojem transakční náklady, jakožto jeden ze základních konceptů ekonomické analýzy práva. Transakční náklady jsou náklady na směnu a zahrnují i náklady na všechny fáze řešení sporu.<sup>13</sup> Cílem normativní ekonomické analýzy práva je, aby tyto náklady byly co nejnižší. Otázce transakčních nákladů se věnoval jeden z klíčových představitelů ekonomické analýzy práva, Ronald Coase, v článku *The Problem of Social Cost*,<sup>14</sup> ve kterém vysvětluje vztah mezi transakčními náklady a směnou vlastnických práv a představuje to, co je dnes označováno jako Coaseho teorém. Podle Ronalda Coase by ve světě nulových transakčních nákladů nebyl důvod pro existenci práva, respektive jediným účelem práva by bylo vymezení výchozích vlastnických práv. Kdyby totiž transakční náklady byly nulové, byly by externality, např. poškození

<sup>12</sup> BROULÍK, J. – BARTOŠEK, J. *Ekonomický přístup k právu*. C. H. BECK, 2015, s. 22.

<sup>13</sup> COOTER, R. – ULEN, S. T. *Law & Economics*. 6. vydání. Courier Westford, 2011, s. 88.

<sup>14</sup> COASE, R. *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*. 1960, Vol. 3 [cit. 10. 4. 2017]. Dostupné z: <<http://www.aae.wisc.edu/aae741/Ref/Coase.1960.pdf>>.

úrody, hluk či obecné znečištění, internalizovány a byla by nainstalována ochranná zařízení, jako jsou čističky, ploty apod. (pokud bude existovat někdo, kdo si úrody, ticha nebo čistého životního prostředí bude cenit více než alternativ), i bez státních zásahů. Je vhodné doplnit, že ekonomické pojetí nákladů je širší, než se lidé obvykle domnívají. V ekonomii se vždy používají ekonomické náklady, které v sobě zahrnují jak explicitní náklady (tzv. skutečně vynaložené peníze a materiál), tak i implicitní náklady (náklady obětovaných příležitostí). Náklady obětované příležitosti (*opportunity costs*) odpovídají hodnotě druhé nejhodnotnější činnosti, které se musel ekonomický subjekt vzdát ve prospěch činnosti, kterou se rozhodl vykonávat. Například tím, že se člověk rozhodne vyhledat advokáta, přijde o možnost v ten samý čas pracovat a vydělávat peníze. Z výše uvedeného lze dovodit, že nulové transakční náklady nejsou odrazem reality. Jaké poučení z Coaseho teorému tedy plyne? Efektivních výsledků je možno dosáhnout i bez státních zásahů na základě vyjednávání a stát může podpořit řešení externalit například snižováním nákladů spojených s dohodami nebo podporovat uzavírání dohod cestou alternativního způsobu řešení sporu.

## 2. EKONOMICKÁ ANALÝZA PRÁVA A METODOLOGIE

Ekonomická analýza práva využívá metod empirických (pozorování, měření, rozhovor, dotazník, experiment atd.), logických (indukce, dedukce, analýza, syntéza atd.) a matematických (rozhodovací modely, teorie her, lineární algebra atd.).

Empirickými metodami se pracuje vždy s konkrétními daty a dospívá se ke konkrétním poznatkům. Předmětem jsou živé subjekty (např. mediátor, soudce, účastník řízení, advokát) či objekty (judikatura, mediační dohoda, žaloba). Například formou dotazníků lze dospět ke konkrétním výsledkům.

Empirický výzkum lze provádět cestou kvantitativní či kvalitativní. *Kvantitativní metody* vycházejí z principu verifikace hypotéz, které od počátku směřují k číselnému vyjádření. Typickým řešením jsou statistické postupy. Kvantitativní výzkum je užitečný při zkoumání velkých skupin (např. dotazník zasláný všem soudům první stolice ohledně aplikace § 100 odst. 2 o. s. ř., který jim umožňuje nařídít účastníkům řízení návštěvu mediátora). Nevýhodou kvantitativního výzkumu je fakt, že získané znalosti mohou být příliš abstraktní a obecné pro přímou aplikaci v místních podmínkách. Výhodou kvantitativního výzkumu je relativní rychlost a přímočarý sběr numerických dat. Výsledky lze zobecnit na populaci a jsou relativně nezávislé na výzkumníkovi. Oproti tomu *kvalitativní metody* dávají výzkumníkovi možnost zkoumat fenomén v přirozeném prostředí, což mu umožňuje dobře reagovat na místní situaci a podmínky (např. řízený rozhovor se soudci konkrétního soudu na téma mediace s cílem odhalit podmínky aplikace § 100 odst. 2 o. s. ř.). Nevýhodou tohoto výzkumu je časová náročnost při analýze a sběru dat. Rovněž získané znalosti nemusí být zobecnitelné na populaci či jiné prostředí. Rovněž nelze opomenout fakt, že výsledky jsou snadno ovlivnitelné výzkumníkem a jeho osobními preferencemi.

Dále se budeme zabývat experimentální metodou, která může být laboratorní a terénní. V případě *laboratorního experimentu* jsou subjekty vyjmuty ze svých běžných sociálních vztahů a včleněny do experimentátorem záměrně připravených podmínek.



Realizačně nejsnazším a nejméně nákladným typem je dotazník. Za příklad může posloužit experiment<sup>15</sup> provedený Montagem a Sobkem (2014), kteří se zabývali otázkou, do jaké míry vstupují subjektivní charakteristiky pachatele trestného činu jako faktor při určení výše trestu. Pro tento účel vytvořili online dotazník, který popisoval jednoduchý případ trestného činu. Experimentálními subjekty byli studenti dvou brněnských a jedné pražské univerzity, kteří měli určit výši trestu pro pachatele. Nutno však přiznat, že laboratorní experimenty ne zřídka čelí kritice, že jejich výstupy jsou problematické, neboť laboratorní podmínky se od přirozených liší. Zejména ekonomové jsou skeptičtí k výsledkům experimentů, jejichž účastníci nejsou řádně motivováni a z odpovědí pro ně neplynou žádné konsekvence.<sup>16</sup> *Terénní experiment* zkoumá chování subjektů v jejich přirozeném prostředí. Tento druh experimentu bývá časově a finančně náročný. Zcela etablované jsou experimenty s diskriminační tematikou, které pomocí rozesílání fiktivních odpovědí na reálné inzeráty nabízející pracovní pozice či byty k pronájmu zkoumají nerovné zacházení s příslušníky potenciálně znevýhodněných skupin.

Přestože pro veřejný sektor mají terénní experimenty zásadní význam jako pilotní projekty testující efektivnost připravovaných opatření (zákonů, vyhlášek, novelizací atd.), v české praxi se vyskytují velmi vzácně.

### 3. EMPIRICKÝ VÝZKUM § 100 ODS. 2 O. S. Ř.

V této části si představíme výstup z empirického výzkumu prováděný kvantitativní metodou. Jedná se o první empirický výzkum v oblasti mediace v České republice, jehož smyslem bylo zjistit formou dotazníku efektivnost § 100 odst. 2 o. s. ř., který dává předsedovi senátu prostor k nařízení návštěvy zapsaného mediátora v rozsahu tří hodin. Účelem provedeného kvantitativního výzkumu je příprava základních předpokladů pro další výzkum.

Příslušné ustanovení vyžaduje po soudci aktivní roli, neboť musí posoudit, zda mediace je vhodným způsobem k řešení konkrétního sporu. Je přirozené, že lidé mají obecně nedůvěru k novým a dosud nezavedeným metodám, a proto šíření právního vědomí o mediaci pomocí soudů, které se těší obecné autoritě, je zcela klíčové. Z toho důvodu byl proveden výzkum s cílem zjistit, jaká je rozhodovací činnost českých soudů I. stupně ve věci nařizování návštěvy mediátora.

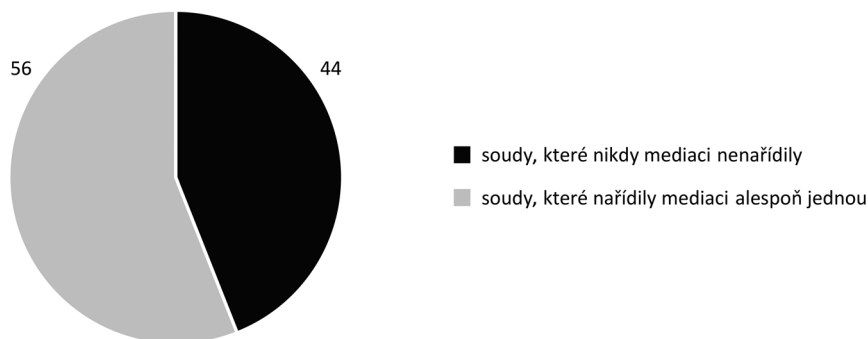
Osloveno bylo všech 86 soudů prvního stupně, kterým byly položeny následující otevřené otázky: 1) V kolika případech Váš soud aplikoval § 100 odst. 2 o. s. ř.?, 2) V jakých případech Váš soud aplikoval § 100 odst. 2 o. s. ř.?, 3) V kolika případech byla uzavřena mediační dohoda?, 4) Jaké důvody vedou soudce Vašeho soudu k nařízení návštěvy mediátora účastníky řízení? Cílem výzkumu bylo prostřednictvím analýzy získaných dat zjistit, jaká je rozhodovací činnost českých soudů v oblasti nařizování prvního setkání s mediátorem. V jakém rozsahu je předmětné ustanovení využíváno, zda v praxi vede k uzavírání mediačních dohod a jaký názor na mediaci mají soudci, kteří předmětné

<sup>15</sup> MONTAG, J. Mají bohatí dostávat vyšší pokuty? A kratší tresty vězení? In: *Jiné právo* [online]. 29. 11. 2016 [cit. 20. 02. 2017]. Dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.cz/2016/11/maji-bohati-dostavat-vyssi-pokuty.html>>.

<sup>16</sup> DUŠEK, L. – MONTAG, J. *Ekonomický přístup ke zkoumání práva: přehled metodologie a nástin přležitosti pro výzkum v České republice*, s. 39–48.

ustanovení aplikují. Data byla sbírána od června 2014 do začátku března 2015, a proto je nanejvýš pravděpodobné, že soudy, které odpověděly na začátku výzkumu, již od té doby nařídily další mediaci. Součinnost poskytlo celkem 79 soudů, tedy 92 %. Významnější odchylku v negativním smyslu představuje soudní obvod Krajského soudu v Brně, ze kterého neodpovědělo 7 soudů.<sup>17</sup>

První otázka měla za cíl zjistit, jak často soudy nařizují návštěvu mediátora. Z odpovědí vyplynulo, že § 100 odst. 2 o. s. ř. aplikovalo pouze 44 soudů ze 79, tj. 54,5 %. Zbývajících 35 soudů, tj. 44,3 %, odpovědělo, že mediaci nikdy nenařídily. Je málo pravděpodobné, že by za více než dvouleté období účinnosti zákona o mediaci před žádným z 35 soudů nebyl veden spor, který by nebyl vhodný pro mediální řízení, viz obrázek č. 1.



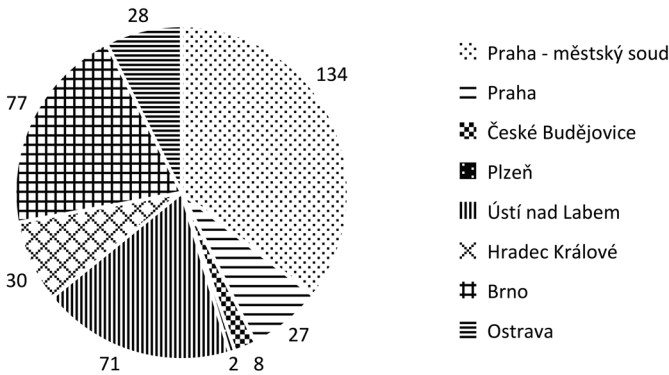
**Obrázek č. 1:** Poměr soudů z hlediska nařízení mediace z celkového počtu 79 odpovídajících soudů

Co se týče absolutního čísla nařízených mediací, výsledky výzkumu hovoří o 377 mediacích. Počet nařízených mediací se výrazně liší jak mezi soudními obvody, tak i mezi jednotlivými soudy. V rámci soudních obvodů dominují Praha-město (134 mediací), Ústí nad Labem (71 mediací) a Brno (77 mediací). Ve zbývajících soudních obvodech se počet nařízených návštěv mediátora pohybuje v rozmezí 2 až 30 případů. Vyšší aplikace § 100 odst. 2 o. s. ř. ve shora uvedených soudních obvodech oproti ostatním je zásluhou jen několika soudů. V rámci soudního obvodu Praha-město je tímto soudem Obvodní soud pro Prahu 6, který nařídil návštěvu mediátora v 59 případech. V případě soudního obvodu Krajského soudu v Brně je to Okresní soud v Břeclavi s 48 mediacemi. U obvodu Krajského soudu Ústí nad Labem je to Okresní soud v Teplicích, kde byla návštěva mediátora nařízena v 35 případech, viz obrázek č. 2. Na první pohled je zřejmý velký rozdíl v aplikaci příslušného ustanovení napříč soudy prvního stupně. Co stojí za příčinou odlišného přístupu soudů k nařízení návštěvy mediátora? Odpověď na tuto otázku by si vyžádala podrobnější výzkum. V tuto chvíli se lze jen dohadovat, že příčinou může být nepochopení či nedůvěra k novému institutu mediace českými soudy a z toho pramenící nedostatečná aplikace § 100 odst. 2 o. s. ř. Ani Řím nebyl postaven za jediný

<sup>17</sup> Získaná data byla zpracována studentkou Právnické fakulty MU Bc. Alžbětou Chovancovou. CHOVANCOVÁ, A. *Mediace a ekonomická analýza práva*. Diplomová práce. Brno: Masarykova univerzita, 2015.

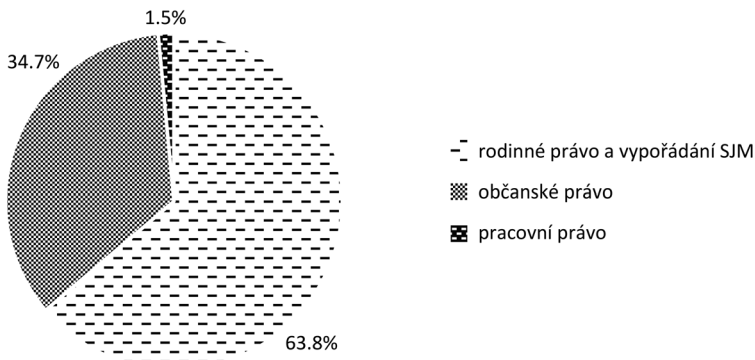


den, proto ani v případě mediace nelze očekávat, že za dva a půl roku své účinnosti způsobí revoluci v soudní praxi. V českém prostředí, kde je právní vědomí o alternativních způsobech řešení sporů velmi nízké, je potřeba důvěru k mediaci budovat postupně. Tuto důvěru však není možné budovat bez aplikace § 100 odst. 2 o. s. ř.



**Obrázek č. 2:** Množství nařízených mediací z hlediska soudních obvodů

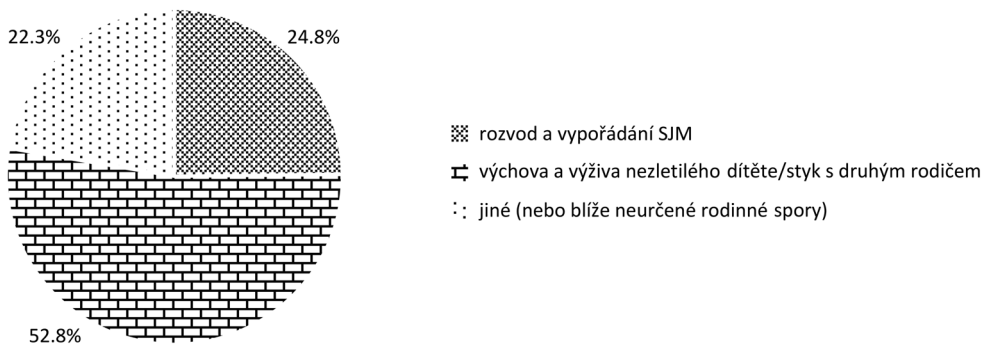
Druhá otázka měla zjistit, v jakých případech soudy nařizují návštěvu mediátora. Z odpovědí vyplynuly tři okruhy případů, ve kterých soudy předmětné ustanovení aplikují. Jsou jimi spory rodinněprávní (výchova a výživa nezletilých dětí, řešení rozvodové situace, vypořádání společného jmění manželů), občanskoprávní (spory plynoucí ze závazkového práva, zrušení podílového spoluvlastnictví, sousedské spory, spory o vlastnictví, obchodní spory) a pracovněprávní, viz obrázek č. 3.



**Obrázek č. 3:** Struktura nařízených mediací z věcněprávního hlediska

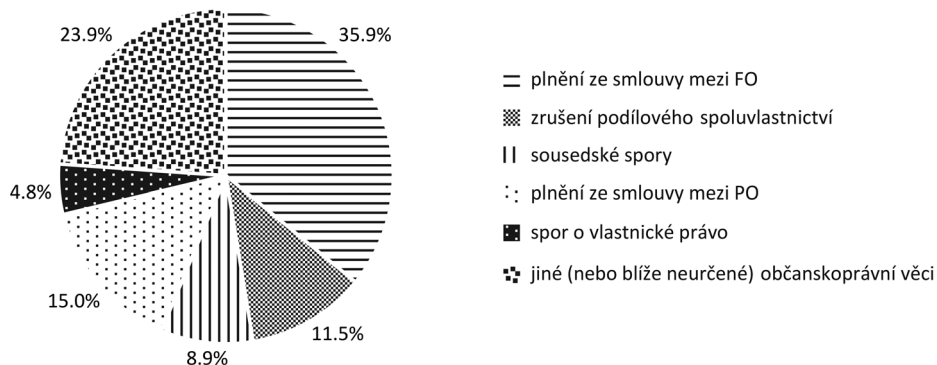
Návštěva mediátora v rodinných věcech byla nařízena u 171 případů, tj. u 63,8 %. Není překvapením, že rodinná mediace je zastoupena ze všech oblastí nejvíce, neboť právě rodinněprávní spory jsou často spory spíše vztahové, se silným emočním nábojem, než právní, z čehož lze vyvodit i větší ochotu soudců zde nařizovat návštěvu mediátora. Mediátor vyškolený v oblasti komunikačních technik a psychologie jednání může

stranám často uprostřed hluboké emoční krize, zlosti, pocitu křivdy, lítosti a zoufalství přispět více než soudce, který posuzuje právní stránku věci, a nikoliv psychologickou. Z celkového počtu rodinněprávních sporů byla návštěva mediátora nařízena nejčastěji ve věcech výchovy a výživy dítěte, konkrétně u 91 případů, tj. celkem v 52,8 % případů. Rozvodové řízení a řízení o vypořádání SJM představuje 43 případů, tj. 24,8 %. Zbývající odpovědi soudů byly bohužel natolik obecné, že nebylo možno je zařadit do žádné ze skupin rodinněprávních sporů, viz obrázek č. 4. Nejčastější aplikace § 100 odst. 2 o. s. ř. ve věcech výchovy a výživy dětí je reflexí potřeby chránit primárně zájmy dětí. Rozhodují-li s přispěním odborníka o dítěti jeho vlastní rodiče, kteří potřeby, zájmy a preference svého dítěte znají, jeví se tato cesta vhodnější, než když o dítěti rozhoduje soudce, který dítě nezná a mnohdy ho ani neviděl.



**Obrázek č. 4:** Struktura aplikace ustanovení v rámci rodinného práva

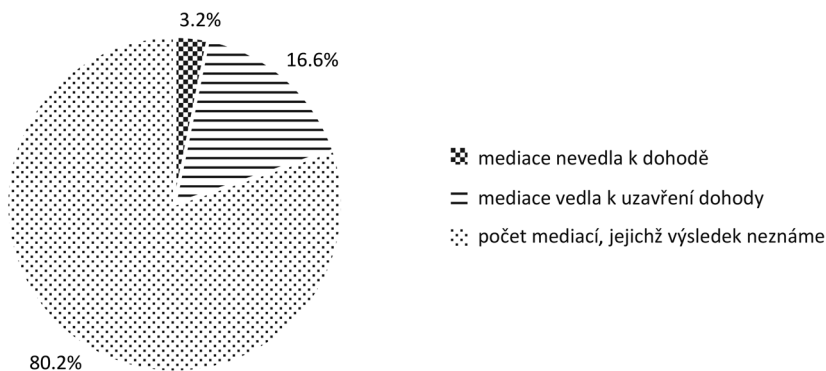
V občanskoprávních sporech byla návštěva mediátora nařízena v 35,3 % případů, přičemž spory ze smluvních vztahů (mezi fyzickými i právnickými osobami) tvořily 48 případů, tj. 50,9 %. Zbývající kategorie sporů byly zastoupeny jen v malém počtu, konkrétně zrušení podílového spoluvlastnictví 11,5 %, sousedské spory 8,9 %, spory o vlastnické právo 4,8 %, jiné blíže neurčené občanskoprávní spory 23,9 %, viz obrázek č. 5.



**Obrázek č. 5:** Struktura aplikace ustanovení v rámci občanského práva

Nejméně zastoupeným okruhem sporů, u kterých soudy nařizují návštěvu mediátora, jsou pracovněprávní spory se svými 1,6 %. Není bez zajímavosti, že všechny mediace nařízené v pracovněprávních sporech jsou prací jediného soudce, který působí u Okresního soudu v Pardubicích. Příčinu aplikace § 100 odst. 2 o. s. ř. v pracovněprávních sporech v obvodu tohoto soudu lze spatřovat v osobě soudce, nikoliv v nadměrném počtu pracovněprávních sporů. Soudce pravděpodobně zastává názor, že soudní rozhodnutí nemusí být jediným východiskem pracovněprávního sporu.

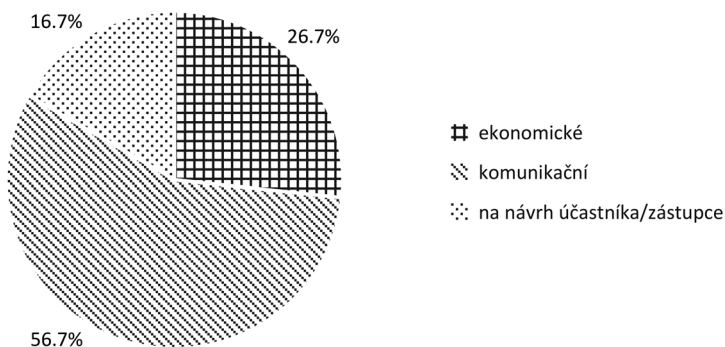
Třetí otázka měla získat data o počtu dohod uzavřených v mediačním řízení, kde návštěvu mediátora nařídil soud. Přestože za úspěšnou mediaci nelze považovat pouze mediaci, která vede k uzavření dohody, ale i mediaci, která zlepší komunikaci a vztahy mezi spornými stranami, platí, že čím více dohod v rámci mediace bude uzavřeno, tím větší důvěry si tento institut v české právní kultuře získá, a to jak ze strany laické veřejnosti, tak i ze strany soudů. Jelikož soudy nejsou povinny vést žádnou evidenci o počtu nařízených návštěv mediátora a ani o počtu uzavřených dohod v mediačním řízení, je z celkového počtu 377 nařízených návštěv mediátora znám výsledek pouze u 74,5, tj. 21,58 %. Z těchto případů bylo mediační dohodou vyřešeno 62,5 případů a ve 12 případech mediační dohoda uzavřena nebyla, viz obrázek č. 6. Pro posílení efektivity § 100 odst. 2 o. s. ř. a úspěšnost projektu mediace je velmi důležité, aby soudy tato data sbíraly, neboť jen tak je možno odhalovat překážky mediace a hledat nástroje pro její podporu.



**Obrázek č. 6:** Struktura odpovědí týkajících se úspěšnosti mediace

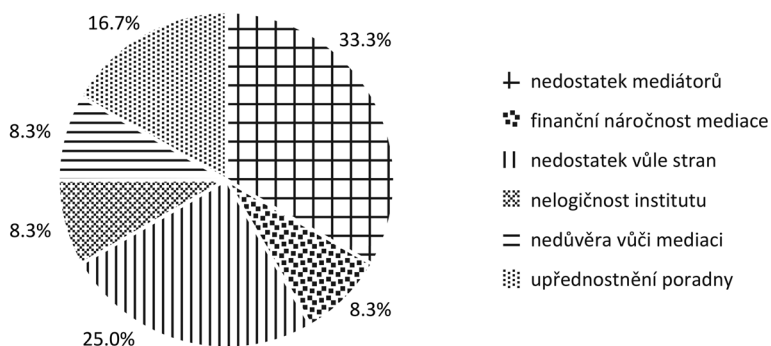
Obecně položená otázka: „Jaké důvody vedou soudce Vašeho soudu k nařízení návštěvy mediátora účastníky řízení?“ přinesla relevantní ale i irelevantní informace. Do druhé skupiny lze zařadit odpovědi typu: „nařízení se jevílo vhodné a účelné“, „nařízení bylo motivováno snahou vyřešit spor smírně“ či bylo jako důvod nařízení uvedeno „vyřešení sporu“. Z konkrétnějších odpovědí soudů je možno vyvodit tři základní důvody pro aplikaci § 100 odst. 2 o. s. ř. Jedná se o důvody ekonomické 26,7 %, komunikační 56,7 % a návrh účastníků řízení nebo jejich zástupců 16,7 %, viz obrázek č. 7. Nutno dodat, že mezi jednotlivými důvody nelze stanovit pevné hranice, neboť důvody se často prolínají nebo působí zároveň, neboť například zlepšení komunikace mezi spornými stranami se může pozitivně projevit v rovině příjmové, tj. ekonomické.

Pod ekonomickými důvody je třeba rozumět složitost dokazování, možnost narovnání mezi účastníky sporu, nedořešené majetkové otázky mezi bývalými partnery, které někdy vedou k provádění znaleckých posudků na bezcenné věci atd. Komunikační problémy tvoří druhou skupinu důvodů, kvůli kterým české soudy nařizují návštěvu mediátora. Do tohoto okruhu spadají například situace, kdy oba rodiče jsou schopni o dítě pečovat, ale komunikace mezi nimi je vážně narušena. Jako poslední kategorie důvodů aplikace § 100 odst. 2 o. s. ř. jsou uváděny podněty sporných stran či jejich zástupců. Vůle alespoň jednoho z účastníků řízení se dohodnout zvyšuje pravděpodobnost úspěchu mediace, neboť dobrovolnost je alespoň částečně přítomna již od začátku mediačního řízení.



Obrázek č. 7: Struktura skupin důvodů pro nařizování mediace

Odpovědi ohledně důvodů nenařazení návštěvy mediátora se sešly v řádu jednotek, proto nelze usuzovat o plošném způsobu uvažování soudců I. stupně. Výstup může být rozdělen do tří základních okruhů důvodů neaplikace § 100 odst. 2 o. s. ř. Jedná se o nedostatek mediátorů, nedostatek vůle stran, upřednostnění poradny. Nedostatek mediátorů byl nejčastějším důvodem pro neaplikaci příslušného ustanovení u 33,3 %. V případě optimistického scénáře lze předpokládat, že počet nařízených návštěv mediátora se bude zvyšovat s počtem zapsaných mediátorů. Jako další důvody soudy uváděly nedostatek vůle stran (25 %), upřednostnění poradny (16,7 %), finanční náročnost mediace (8,3 %), nedůvěru vůči mediaci (8,3 %), nelogičnost institutu (8,3 %), viz obrázek č. 8.



Obrázek č. 8: Struktura důvodů pro nenařizování mediace

Sondáž, která je přípravou základních předpokladů pro další výzkum, odhalila nedostatečnou aplikaci § 100 odst. 2 o. s. ř., který je jedním z pilířů, na němž je třeba stavět efektivnost mediace, tj. dosažení zákonodárcem sledovaných cílů ve vztahu k tomuto institutu řešení sporů. Důvodem může být nízké právní vědomí a z toho pramenící nepochopení tohoto alternativního způsobu řešení sporu, nedostatek důvěry v novou metodu, ale i nedostatek mediátorů pro rodinnou mediaci, pro kterou se zdá být v české právní kultuře zatím největší podpora, a to i ze strany těch, kteří na uplatnění mediace v jiných oblastech právních sporů nahlíží s jistou nedůvěrou.

## SHRNUTÍ

V mezilidských interakcích dochází ke sporům, které si zúčastněné strany ve většině případů vyřeší sami. Pokud však k dohodě sami nedospějí, je mnohdy třeba ingerence ze strany třetí osoby. Tou může být mediátor, advokát, znalec, terapeut, rozhodce nebo soudce. Každý moderní stát vytváří regulace a instituce k řešení sporů mezi společenskými subjekty. Základním prostředkem k prosazování práva se stalo řízení před zvláštním orgánem státu, totiž soudní proces. Civilní proces je výsledkem snah o řešení konfliktů vznikajících ve společnosti. Základní normou občanského procesního práva je zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, který je jednotným procesním předpisem pro všechny věci náležející do civilní pravomoci soudů. Moderní právní věda chápe civilní proces jako prostředek ochrany subjektivních práv a zákonem chráněných zájmů. Řešení sporu před soudem nicméně může být velmi drahé a časově náročné. Stranám sporu se soudní proces obvykle jeví jako příliš složitý a formalistický. Vysoké náklady na soudní řešení sporů vedly k hledání alternativních způsobů řešení sporu, tzv. ADR (například mediace či rozhodčí řízení). Přestože většina civilních sporů může mít prospěch z řešení prostřednictvím ADR, neboť spor je vyveden ze soudního spisu, některé případy mohou být lépe vyřešeny soudem. Jedná se o případy, kdy sporná strana dává přednost vedení případu soudem, potřebuje ochranu prostřednictvím civilního řízení nebo chce vytvořit důležitý judikát. ADR programy mohou být pro zvýšení efektivnosti soudního systému velmi užitečným nástrojem. Mají-li být tyto programy úspěšné, je třeba artikulovat laické i odborné veřejnosti jejich podstatu a rozvinout vládní programy, na kterých budou participovat všechny zúčastněné subjekty (soudci, mediátoři, mediační centra a obce). Zkušenosti ze západních zemí odhalují, že ačkoliv z dlouhodobého hlediska může mít veřejnost z užívání ADR prospěch, nevěří okamžitě novým mechanismům nabízejícím řešení sporů.

## Mediation and Economic Analysis of Law

Marcela Fryštenská

*Abstract:* The paper aims at introducing the readers to the economic analysis of the law, to show how this unofficial method of the approach to law could be used in the Czech legal environment in order to determine the impact of the Mediation act and, last but not least, to present the results of empirical research focusing on the application of § 100 (2) of the The Civil Procedure Code, which allows a party to visit a mediator within a maximum of 3 hours. This paper presents the first attempt to use the economic analysis on mediation issues and the first empirical research in mediation ever.

*Key words:* economic analysis of law, positive economic analysis of law, normative economic analysis of law, methodology, mediation, efficiency, transaction costs, homo economicus