

1 MEDIACE V PERSPEKTIVĚ PRÁVA A SOCIÁLNÍ ZMĚNY

Úvod

Cílem kapitoly je pohled na právo a mediaci jako součásti právního systému sociologickoprávním způsobem, především se zaměřením na působení sociálních vlivů promítajících se do právní úpravy a ovlivňujících podobu práva, které pak zpětně působí na společnost. Autoři vycházejí z interpretativního paradigmatu, které konstatuje, že sociální realita i právo jsou konstruovány sociálně. Sociální skutečnost je pro zúčastněné skutečná díky tomu, že ji tito jako skutečnou vnímají. Lidský svět, a tedy i právo včetně mediace jsou takové, jak jim lidé rozumějí a jak si je konstruují. Poznávání sociální reality není jen poznáváním sociální reality samé, kde platí zákony kauzality, určenosti a účelovosti, ale je dáno i principy prosazujícími se při sociálním konstruování reality jedincem, jak na ně poukázali zejména Peter Berger a Thomas Luckmann.¹ Klíčové pojmy, ideály a cíle se stále mění, a to tak, jak si je lidé konstruují v procesu sociální interakce. Sociální konstrukce reality a práva nutně závisí i na intenzitě veřejné moci, která se dostává do sociálního diskurzu. Soulad politické a právní skutečnosti závisí na dosažení kvalifikované shody na určité interpretaci sociálních faktů mezi účastníky sociálního diskurzu.

Záměrem autorů je analyzovat roli práva být samo nástrojem sociální změny v pozdně moderní společnosti a na druhé straně analyzovat míru, ve které odráží sociální změny ve společnosti. Zvážit, zda recentní evoluční změna práva nezpochybňuje tradiční poundovskou představu, že právo má být především sociálním inženýrstvím, a že tak dokáže udržet sociální rovnováhu. Byl to právě Roscoe Pound, představitel sociologické jurisprudence a zakladatel sociologie práva v USA, který již v roce 1906 ve svém příspěvku *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* poukázal na fakt, že soudní proces je pouze jedním z mnoha způsobů řešení právních sporů, a vyzvedl možnosti alternativních řešení sporů. Pound soudní proces shledával pomalým a archaickým, v němž jde především o vítězství za každou cenu a ne o hledání spravedlnosti.²

¹ BERGER, P. L., LUCKMANN, T. *Sociální konstrukce reality. Pojednání o sociologii vědění*. 1. vyd. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 1999, s. 11.

² POUND, R. *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* [online]. Reprinted from 29 A.B.A. Rep., pt. I, 395-417, 1906 [cit. 9. 3. 2020]. Dostupné z: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>.

Autoři kapitoly si návazně položili otázku, zda je právo nástrojem cílené sociální změny v současné společnosti, nebo pouze reflektuje a potvrzuje sociální změny, ke kterým ve společnosti dochází. S touto základní otázkou souvisí i otázka identifikace mezi práva při prosazování sociální změny. Sociální změna bude představena se zaměřením na mediaci.

1.1 Mediace jako součást právního systému

Mediace jako forma řešení konfliktu založená na vyjednávání za účasti třetí, neutrální osoby s využitím poznatků z psychologie, sociální psychologie, sociální práce, sociologie, práva a dalších disciplín se začala dynamicky rozvíjet v posledních desetiletích 20. století. Rozvoj mediace je spjat s dobou postmoderní a je zde patrný vliv společenských změn. V pozadí každé sociální změny stojí změna společenských podmínek. Zájem o mediaci, který vyústil v právní úpravu této problematiky, souvisí úzce se společností a jejími dynamickými změnami od druhé poloviny 20. století. Současná společnost, o které se mluví jako o společnosti pozdně moderní či postmoderní již zhruba od 60. let 20. století, je stále méně homogenní, roste etnická, národnostní, náboženská a kulturní rozrůzněnost. Postmodernita znamená rostoucí počet pravidel a tím se zvyšující orientační nejistotu. Díky společenskému a technologickému vývoji již před delší dobou vznikla situace, kdy na každou otázku existuje několik rovnoprávných odpovědí, z nichž každá má vlastní plauzibilitu a legitimitu. S touto dobou je spojen růst sociálního napětí a společenských konfliktů.³ Jak výstižně poznamenává Ulrich Beck,⁴ v současné postmoderní společnosti existuje celá škála sociálních konfliktů, které předchází typy společnosti nepoznaly. Jsou to konflikty, které vznikají v souvislosti s řešením otázek kvality života a rovnosti práv v souvislosti s emancipací jednotlivých sociálních skupin, ať již jde o ženy, etnické skupiny, osoby s odlišnou sexuální orientací, jiným náboženským vyznáním, nebo se specifickými nároky atd. Tradiční formální instituce nezvládají řešení sporů, které se stávají dlouhodobými a výsledky nevedou ke spokojenosti účastníků konfliktu. Mediace můžeme chápat i jako **reflexi na problematiku efektivnost soudního systému**, související zejména s jeho přetížeností.

Mediace je tedy svázána s působením sociálních vlivů a je spojena s nástupem postmoderní společnosti, světem sítí a deregulací vedoucích k hledání alternativních řešení konfliktů, které vycházejí z hledání individuální odpovědnosti a aktivního zapojení do řešení konfliktů. Mediace je způsobem, jak se vypořádat s narůstajícími

³ URBANOVÁ, M. Mediace jako nástroj sociální kontroly v postmoderní společnosti – vybrané sociologické aspekty mediace. In HOLÁ, L. a kol. *Mediace a možnosti využití v praxi*. 1. vyd. Praha: Grada Publishing, a. s., 2013, s. 289–304.

⁴ BECK, U. *Riziková společnost: Na cestě k jiné moderně*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2004, s. 162.

konflikty v postmoderní společnosti a s nespokojeností aktérů konfliktů. Je hledáním nových cest pro vzájemné pochopení plurality myšlení, způsobů jednání, hodnotových systémů a orientací.⁵

Pokud vyjdeme z novodobého pojetí mediace (Alternative Dispute Resolution) jako metody řešení konfliktů za pomoci kvalifikovaného mediátora, má v ČR svou historii teprve od počátku 90. let 20. století, kdy vznikla původně jako občanská iniciativa díky přenosu z USA. Zpočátku se mediace rozvíjela mimo justiční systém od vzdělávání v mediaci přes praktický výkon mediace až po vznik organizací sdružujících mediátory, jako byla Asociace mediátorů ČR.⁶

Do ČR se tedy mediace dostává naplno až po sametové revoluci. Mediace byla vnímána jako symbol svobody, nezávislosti, rovnosti, dobrovolnosti, vlastní občanské a individuální zodpovědnosti za řešení konfliktu, a to i díky tomu, že se v mediaci objevují hodnoty, které jsou obsažené v právním systému. Jsou to hodnoty, jako je rovnost, svoboda, úcta, ochrana osobnosti a dále se zde objevuje hodnota dobrovolnosti, důvěry a vlastní aktivity a odpovědnosti za řešení konfliktní situace. Pokud tyto hodnoty nejsou respektovány, může dojít k vyloučení z mediace, např. z důvodu nerovného vztahu. K mediaci patří i respekt k lidské důstojnosti jako hodnotě ukotvené v samých základech celého řádu základních práv obsažených v ústavním pořádku. Je s ní spojen nárok každé osoby na respekt a uznání jako lidské bytosti.⁷

Po změně společenských podmínek byla mediace ukotvena nejprve v oblasti řešení trestních konfliktů (zákon o Probační a mediační službě) a ČR se stala jednou z prvních postkomunistických zemí, která tento restorativní prvek do řešení trestních věcí zavedla.

O mediaci v civilních sporech byla první explicitní zákonná zmínka přijata až s novelou občanského soudního řádu⁸ účinnou od 1. října 2008, kdy byl do § 100 vložen nový odstavec 3. Ten umožnil soudu ve věcech péče o nezletilé děti „uložit účastníkům na dobu nejvýše 3 měsíců účast na mimosoudním smířím nebo mediačním jednání nebo rodinné terapii“. V souvislosti s vývojem mediace v evropském kontextu v ČR probíhaly diskuse nad potřebou samostatného zákona o mediaci v civilních sporech. V rámci diskusí bylo patrné, že existují dva různé pohledy na samostatný zákon o mediaci: 1. Samostatný zákon o mediaci není třeba, protože stávající zákony umožňují (neznemožňují) mediaci využívat. 2. Je třeba samostatného

⁵ URBANOVÁ, M. Mediace jako nástroj sociální kontroly v postmoderní společnosti – vybrané sociologické aspekty mediace. In HOLÁ, L. a kol. *Mediace a možnosti využití v praxi*. 1. vyd. Praha: Grada Publishing, a. s., 2013, s. 289–304.

⁶ HOLÁ, L., URBANOVÁ, M. Institucionalizace mediace. Jak daleko jsme došli? In HOLÁ, L. *Mediace 2017: Sborník odborných statí z mezinárodní vědecké konference Mediace 2017, konané v Olomouci ve dnech 27.–28. října 2017*. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2018, nestránkováno.

⁷ URBANOVÁ, M. Společnost a její normativní systémy, hodnoty v právu a mediaci. In HOLÁ, L., MALACKA, M. a kol. *Mediace a reflexe jejích aktuálních trendů*. 1. vyd. Praha: Leges, 2014, s. 19–32.

⁸ Novela zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, provedená zákonem č. 295/2008 Sb.

zákona o mediaci, který by jasně stanovil základní východiska a organizaci jejího využití v civilních sporech. Současně by stanovil požadavky na osobu mediátora.⁹

Ministerstvo spravedlnosti ČR se rozhodlo pro vypracování samostatného návrhu zákona o mediaci, který by upravoval institut mediace širěji. Do jeho tvorby i následných legislativních procesů byla zapojena mediátorská obec, množství institucí i dalších odborníků. Dne 2. května 2012 byl zákon o mediaci Parlamentem ČR schválen. Přijetím zákona o mediaci a vyhlášky č. 277/2012 Sb. stát prezentoval informaci o legitimitě mediace a zavázal se k její podpoře.

Je patrné, že zákon o mediaci v civilních sporech navazuje na vývoj mediace v evropském kontextu. Tento zákon definuje mediaci jako „postup při řešení konfliktu za účasti jednoho nebo více mediátorů, kteří podporují komunikaci mezi osobami na konfliktu zúčastněnými ... tak, aby jim pomohli dosáhnout smírného řešení jejich konfliktu uzavřením mediační dohody“.¹⁰

Přijetí zákona o mediaci a vyhlášky č. 277/2012 Sb. znamenalo významnou podporu rozvoje mediace v ČR. Mediace se tak stala součástí právního systému a promítají se v ní důsledky změn, s nimiž je právo konfrontováno a jimiž prochází.

Mediace ve své právní (i neprávní) podobě v sobě zahrnuje odezvu na narůstající komplexitu současné společnosti, současně v sobě obsahuje tolik důležitý proces individualizace řešení sporu. Jak uvádí Elizabeth Tomlinson,¹¹ sami mediátoři přispívají k pochopení práva a šanci lidí z nižších vrstev na lepší orientaci v byrokratickém systému. Na rozdíl od tradičního jednání je mediace důvěrná a probíhá nevěřejně mezi oběma stranami. Diskuse mezi účastníky je také mnohem otevřenější a flexibilnější, než by tomu bylo před soudem. Snaha včlenit do popředí zájmy člověka je patrná z důvodové zprávy z roku 2012¹², kde se uvádí jako důvod, kromě splnění povinnosti implementace Směrnice o mediaci, také „snaha umožnit všem osobám alternativní řešení jejich konfliktů metodou rychlého a kultivovaného mimosoudního řešení ..., odbřemenění soudů, možnost vyhnout se soudním sporům a řešit konflikt bez dlouhých čekacích lhůt, bez zbytečných finančních nákladů a bez zdlouhavé psychické zátěže stran ...“. Vraťme se však k problematice práva a sociální změny.

⁹ HOLÁ, L., URBANOVÁ, M. Institucionalizace mediace. Jak daleko jsme došli? In HOLÁ, L. *Mediace 2017: Sborník odborných statí z mezinárodní vědecké konference Mediace 2017, konané v Olomouci ve dnech 27.–28. října 2017*. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2018, nestránkováno.

¹⁰ Ustanovení § 2 zákona o mediaci.

¹¹ TOMLINSON, E. C. Mediation and legal literacy. *Community Literacy Journal*. 2010, vol. 5, no. 2, 2010, s. 71–100.

¹² Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona o mediaci, sněmovní tisk č. 426/0, část č. 1/2. Poslanecká sněmovna [online]. 6. volební období, od 2010. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=426&CT1=0> [cit. 9. září 2019].

1.2 Právo a sociální změna

Právo jako instituci společnosti nelze oddělovat od doby, ve které působí, a jeho dobovou povahu nelze pochopit v abstrakci od daného společensko-politického, myšlenkového a právního prostředí, což je i základním problémem normativně univerzalistického vymezení práva.¹³

Sociální změna můžeme charakterizovat jako transformaci prvků kultury a sociálních institucí v čase.¹⁴ Základem sociální změny je obecně adaptace na změnu podmínek. Sociální změna je výsledkem působení řady faktorů a sociální vědci zejména v posledních dvou stoletích usilují o vytvoření obecné teorie, která by dokázala univerzalisticky vyložit příčiny a průběh sociální změny. Anthony Giddens¹⁵ vhodně shrnul do tří hlavních kategorií podněty přispívající k sociálním změnám. Mezi hlavní činitele sociální změny zařadil fyzikální prostředí, politickou organizaci a kulturní faktory. Fyzikální prostředí v sobě zahrnuje nejen environmentální podmínky života v širokém slova smyslu, ale i materiální podmínky výrobních systémů a vlivy hospodářské. Politická organizace a politické rozhodování podporuje a směřuje sociální změnu dnes daleko více než v dřívějších obdobích, a to z vnějšku i z vnitřku. Mezi kulturní faktory patří zejména rozvoj vědy a techniky, způsoby komunikace a způsoby myšlení a cítění, zahrnující i sociální ideály. Z hlediska našich úvah patří mezi kulturní faktory sociální změny významně i právo, jehož role v kontextu pozdně moderní společnosti a právního státu narůstá.

Neúspěšnost snah vymezit právo jednou, univerzální definicí je dána nejen rozdílnými ideovými východisky jednotlivých představitelů, ale i faktem, že právo je multidimenzionální fenomén.¹⁶ Právo nezahrnuje jenom rovinu normativní, ale i rovinu sociální, psychickou a axiologickou, stejně jako rovinu informační a mocenskou. Právo není pouze sumou platných právních norem, právních principů, právních hodnot a právních idejí, reprezentuje i podstatnou oblast sociálního života, zahrnující právní vědomí jednotlivců, sociálních seskupení a společnosti, právní komunikaci, oblast právní motivace, soubor právního jednání, oblast právních vztahů, činnost institucí realizujících a aplikujících právo a oblast právo tvorby.¹⁷

Z právněsociologického pohledu je právem především „živé právo“ (lebendes Recht, living law), jak ho charakterizoval již v roce 1913 zakladatel evropské sociologie práva Eugen Ehrlich.¹⁸ Jde o chápání práva jako faktického právního života.

¹³ VEČEŘA, M., URBANOVÁ, M. Právo a recentní sociální změna. *Právní obzor*. Veda, 2015, roč. 98, č. 5, s. 455–467.

¹⁴ GRANA, S. J., OLLENBURGER, J. C., NICHOLAS, M. *The Social Context of Law*. 2nd ed. New Jersey: Prentice Hall, 2002, s. 157.

¹⁵ GIDDENS, A. *Sociologie*. 1. vyd. Praha: Argo, 1999, s. 33.

¹⁶ GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6., aktualiz. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 13.

¹⁷ MOORE, S. F. Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law & Society Review*. 1973, vol. 7, no. 4, s. 719–746.

¹⁸ EHRLICH, E. *Fundamental Principles of Sociology of Law*. 1st ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2002, s. 497.

Ehrlichovo „živé právo“ není právními větami pevně stanovené právo, a přece ovládá život. Zdrojem jeho poznání jsou především listiny, ale také pozorování života, obchodu, chování, jednání a způsobů života, zvyků a obyčejů. Obdobně i Roscoe Pound¹⁹ staví oproti formálnímu právu v knihách (law in books) reálné právo v jeho působení, působící právo (law in action). Právo se v tomto smyslu stává jen jednou z mnoha sociálních struktur, které vznikají a proměňují se v závislosti na proměně a vývoji společnosti.²⁰ Niklas Luhmann v tomto směru chápe právo jako sociální systém, kdy právo a společnost musí být nahlíženy a zkoumány ve vztahu vzájemné závislosti.²¹ Právní teorii je tedy třeba chápat jako součást teorie společnosti.²² Mediace tak není jen její právní úprava, ale její faktické fungování v životě společnosti, na které je nutné se zaměřit a sociologicko-právními metodami je zkoumat.

Výchozím bodem bude pro autory textu koncept právního systému jako otevřeného systému. Právo tedy nebude nahlíženo jako uzavřený autopoietický systém²³, ve kterém právo krouží samo kolem sebe a právo referuje opět k právu, ale jako snaha vystihnout vztah práva a sociální změny, ke které dochází v nastupující pozdně moderní společnosti. Z hlediska těchto úvah budou autoři na právo nahlížet především jako na **soubor právních norem tvořících právní systém a rozhodovací činnost právních institucí aplikujících právo**. Budou přitom respektovat fakt, že v právu bude vždy existovat napětí mezi jeho ideálním, normativním a faktickým aspektem.²⁴

1.2.1 Právo jako závislá a/nebo nezávislá proměnná sociální změny

Právo moderní a pozdně moderní společnosti je spojováno především se státem, v demokratických společnostech pak se státem právním. Právní stát představuje základní právněpolitický rámec každodenního fungování práva, státu, demokratického politického systému a společnosti. Demokratický právní stát vystupuje jako univerzální instituce společnosti, institucionalizovaná forma sociálního života.

Právo odráží existující společenské podmínky a sehrává důležitou roli při jejich změně. Zachycení tematiky práva a sociální změny je však komplikováno faktem, že ekonomické, ideologické, politické a právní prvky na sebe vzájemně působí, prolínají se a dají se jen velmi obtížně identifikovat. Právo působí na makro-, mezo- a mikrostrukturu společnosti, a je proto nesnadné postihnout důsledky vlivu změn

¹⁹ POUND, R. Law in Books and Law in Action. *American Law Review*. 1910, vol. 44, s. 12–36.

²⁰ PŘIBÁŇ, J. *Sociologie práva*. 1. vyd. Praha: Sociologické nakladatelství, 1996, s. 129–131.

²¹ LUHMANN, N. *A Sociological Theory of Law*. 1st ed. London and Boston: Routledge and Kegan Paul, 1985, s. 7.

²² GALLIGAN, D. J. *Law in Modern Society*. 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 26.

²³ PŘIBÁŇ, J. *Sociologie práva*. 1. vyd. Praha: Sociologické nakladatelství, 1996, s. 129–131.

²⁴ REHBINDER, M. *Einführung in die Rechtssoziologie*. 1. ausg. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1971, s. 9.

právního systému na společnost v celém rozsahu.²⁵ V sociální praxi bývá právo napadáno za to, že nesehrává důležitou úlohu při prosazování sociální změny, ale také za to, že přináší více škody než společenského prospěchu.²⁶ Právo samo o sobě není zárukou společenského vývoje ani jeho směřování. Problematická je dokonce i úspěšnost práva jako regulátora společenských procesů, prostředku řešení konfliktů a nástroje sociální kontroly.²⁷ Ukazuje se, že „nejúspěšnější“ změny prostřednictvím práva spočívaly buď na dezintegraci sociálních skupin, nebo na jejich striktní kontrole.²⁸

Zásadní roli práva při organizaci společnosti a její sociální změně přikládá právu zejména evolucionistický přístup k vývoji práva a společnosti. Anthony Giddens²⁹ považuje sociální evolucionismus za jeden z nejvlivnějších obecných přístupů vysvětlujících sociální změnu. Evolucionistický přístup v právu považuje právní systém za jednu z nejpodstatnějších složek modelu organizace společnosti. Mechanismus kolektivní evoluční selekce se vztahuje v plném rozsahu i na sám právní systém a právo má vliv na efektivnost fungování každé společnosti a její sociální změnu. **Právo podstatným způsobem určuje, zda daná společnost a její model organizace uspějí v historickém vývoji.**³⁰

1.2.2 Vztah právní změny a sociální změny

Belgičtí právní filozofové Michel van de Kerchove a Francois Ost³¹ sumarizovali možné variace vztahu právní změny a sociální změny, které vyjadřují možné stavy vzájemného ovlivnění a ignorování. Inspirováni jejich úvahami můžeme z testování vzniklých situací rekapitulovat tyto případy:

1. **právní změna je doprovázena sociální změnou** – efekt sledovaný zákonodárcem byl dosažen;
2. **právní změna nevede k očekávané sociální změně** – zde může nastat několik situačních variant; ponecháme-li stranou nekvalitní právní úpravu, připadá v úvahu situace, kdy právní změna byla prováděna jen k formálnímu uspokojení společenského tlaku (symbolická satisfakce) nebo se určitým sociálním skupinám podařilo faktické společenské změně zabránit;

²⁵ CAPIKOVÁ, S. Medzi poriadkom a chaosom: právo v post-komunistickej transformácii na Slovensku. *Sociologický časopis*. 2005, roč. 41, č. 4, s. 617–640.

²⁶ FRIEDRICH, D. *Law in Our Lives: An Introduction*. 2nd ed. Los Angeles: Roxbury Publishing, 2005, s. 254.

²⁷ CAPIKOVÁ, S. Medzi poriadkom a chaosom: právo v post-komunistickej transformácii na Slovensku. *Sociologický časopis*. 2005, roč. 41, č. 4, s. 617–640.

²⁸ SAJÓ, A. New Legalism in East Central Europe: Law as an Instrument of Social Transformation. *Journal of Law and Society*. 1990, vol. 17, no. 3, s. 329–344.

²⁹ GIDDENS, A. *Sociologie*. 1. vyd. Praha: Argo, 1999, s. 33.

³⁰ ŠMIHULA, D. *Evolúcia práva*. 1. vyd. Bratislava: Epos, 2013, s. 258.

³¹ KERCHOVE, M. van de, OST, F. *Legal System between Order and Disorder*. 1st ed. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1994, s. 121–122.