

HLAVA II

ORGANIZACE MEDIACE

§ 13

Dohled nad činností mediátora

Ministerstvo spravedlnosti (dále jen „ministerstvo“) vykonává podle jiného právního předpisu¹⁾ dohled nad dodržováním povinností stanovených mediátorovi tímto zákonem; to neplatí, je-li mediátorem advokát.

¹⁾ Zákon č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, ve znění pozdějších předpisů. [Pozn. aut.: předpis zrušen zákonem č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád)]

Z důvodové zprávy:

VARIANTA I

Ministerstvo spravedlnosti bez působnosti v oblasti mediace.

VARIANTA II

Ministerstvo spravedlnosti zajišťuje vedení seznamu, odbornou zkoušku a dohled nad mediátory; případně akreditaci a dohled nad vzdělávacími zařízeními či uznávání praxe namísto zkoušky.

VARIANTA III

Česká advokátní komora zajišťuje odbornou zkoušku pro advokáty a vykonává dohled nad mediátory, kteří jsou současně advokáty.

Dle názoru většiny členů pracovní skupiny by ministerstvo mělo zajišťovat odbornou zkoušku mediátora, vést seznam mediátorů, provádět zápisy a výmazy ze seznamu a dohlížet na mediátory. Dále by mělo ministerstvo dohlížet nad případnými školicími zařízeními a stanovit obsah zkoušek mediátorů, uznávat praxi namísto zkoušky, nebo např. ve výjimečných případech prominout VŠ vzdělání, pokud budou tyto varianty přijaty. Pokud bude mít ministerstvo pravomoc zapisovat mediátory do seznamu, mělo by mít též pravomoc v oblasti dohledu nad kvalifikací mediátorů. Dělení těchto pravomocí by regulaci komplikovalo. Většina členů pracovní skupiny byla také toho názoru, že dohled nad činností mediátorů by mělo vykonávat pouze ministerstvo. Zástupci České advokátní komory naopak preferovali zvláštní úpravu dohledu a kárné odpovědnosti pro mediátory, kteří jsou současně advokáty. Ačkoli výkon mediace není výkonem advokacie, jeví se předkladateli vhodné zejména z důvodu hospodárnosti přisvědčit České advokátní komoře v tom, že je vhodné a nijak rizikové přenechat dohled nad mediátory, kteří jsou zároveň advokáty, České advokátní komoře.

Závěr: Doporučuje se přijmout variantu č. II v kombinaci s variantou č. III ve zjednodušeném znění, tedy že ministerstvo zajišťuje odbornou zkoušku, vedení seznamu a dohled nad mediátory a Česká advokátní komora zajišťuje dohled a odbornou zkoušku pro mediátory, kteří jsou současně advokáty.

K § 13

Zkoumané ustanovení definující zásady dohledu nad výkonem činnosti mediátorů je jedním z příkladů jisté nekoncepčnosti zákona o mediaci. Pokud totiž zavedený systém dohledu nad činností mediátorů systematicky shrneme, můžeme konstatovat, že:

- 1) Pokud mediaci vykonává osoba, která není zapsána v seznamu mediátorů, tedy fyzická osoba, která tak činí pouze na základě živnostenského oprávnění, případně dokonce *ad hoc* bez jakéhokoliv oprávnění, nepodléhá žádnému dohledu.
- 2) Pokud mediaci vykonává mediátor, který je zároveň advokátem nebo evropským advokátem, podléhá dohledu České advokátní komory a nese kárnou odpovědnost podle zákona o advokacii (srov. § 49b zákona o advokacii).
- 3) Pokud mediaci vykonává mediátor, který je zároveň advokátním koncipientem, podléhá dohledu Ministerstva spravedlnosti ČR.
- 4) Pokud mediaci vykonává osoba, která je současně vykonavatelem a nositelem jakéhokoliv jiné profese či jiného povolání, ať již právního nebo neprávního zaměření, resp. pokud mediátor žádné jiné povolání či profesi nevykonává (je tedy „profesionálním“ mediátorem), podléhá dohledu Ministerstva spravedlnosti ČR.

Již z takto podaného přehledu je jasná a zřejmá nesystematičnost přijaté právní úpravy dohledové činnosti nad profesí mediátora.

Především nelze znovu nezdůraznit, že osoby, které poskytují mediační služby bez vazby na zákon o mediaci (tedy nikoli jako mediátoři zapsaní v seznamu mediátorů), nepodléhají žádnému dohledu. Jejich případná odpovědnost za výkon činnosti má proto ryze soukromoprávní charakter a podléhá obecné úpravě závazků z deliktů ve smyslu § 2894 a násl. obč. zák.

Naproti tomu zapsaní mediátoři budou podléhat vždy určité dohledové činnosti, která je ovšem, jak také plyne z výše uvedeného přehledu, rozdělena do dvou větví, tedy na:

- dohled **České advokátní komory** ve vztahu k zapsaným mediátorům, kteří jsou **advokáty nebo evropskými advokáty**,
- dohled **Ministerstva spravedlnosti ČR** pro všechny **ostatní zapsané mediátory**, a to včetně advokátních koncipientů.

Tato dichotomie v oddělení dohledové činnosti mezi Českou advokátní komoru a Ministerstvem spravedlnosti ČR vznikla již při přijímání zákona o mediaci a již v té době byla předmětem kritiky a nejistoty. Na straně jedné lze chápat obavu advokátního stavu z nežádoucího vlivu státní správy a jeho pronikání do nezávislého výkonu advokacie a s tím související potřebu dodržet důsledné stavovské oddělení výkonu advokacie od jakékoli dohledové

činnosti ze strany státní exekutivy. Zároveň ovšem je třeba zdůraznit, že, dle našeho názoru, nelze výkon činnosti mediátora, který je advokátem, chápat jako současný výkon advokacie. Proto máme za to, že ani dohled nad výkonem činnosti mediátora – advokáta či evropského advokáta, by neměl příslušet České advokátní komoře, ale měl by příslušet, jako v jiných případech, Ministerstvu spravedlnosti ČR. Pokud totiž advokát, nebo evropský advokát, poskytuje mediační službu, je mediátorem ve smyslu zákona o mediaci, nikoliv zároveň advokátem, který by podléhal všem podmínkám výkonu advokacie. Toto důsledné oddělení činnosti advokáta a činnosti mediátora je velmi důležité a umožňuje lépe vnímat poskytování mediačních služeb jako samostatnou profesi, která je samozřejmě otevřena i pro nositele jiných povolání či jiných profesí. Opačný přístup vede k nejistotě, jejímž důsledkem je např. i spor o to, zda je mediátor – advokát, odpovědný za obsah mediační dohody, a to přes výslovné ustanovení zákona o mediaci (srov. výklad k § 3 odst. 3).

Doplňme ještě, že ani oddělení dohledové činnosti není důsledné, neboť výkon dohledu nad činností mediátorů – advokátních koncipientů, přísluší Ministerstvu spravedlnosti ČR. Lze proto doporučit, aby *de lege ferenda* byla otázka dohledové činnosti a v obecné rovině vztahu výkonu činnosti mediátora a advokáta podrobena široké odborné diskusi.

Dohled Ministerstva spravedlnosti ČR nad mediátory je realizován prostřednictvím zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), s tím, že tento právní předpis přináší podrobnou úpravu výkonu dohledové činnosti a jejího průběhu. Jakkoli se nebudeme zabývat otázkami spojenými s realizací kontroly samotné, zmiňme alespoň ještě jeden problém, který v působnosti Ministerstva spravedlnosti ČR (potažmo České advokátní komory) spatřujeme.

Když byl zákon o mediaci koncipován, předpokládal kontinuální výkon dohledové činnosti, když smyslem tohoto dohledu mělo být především udržení vysoké míry profesionality, odbornosti mediátorů tak, aby vždy a za všech okolností byla mediace službou, která přináší zamýšlený efekt a která je realizována u zapsaných mediátorů dle zásad a principů, jež zákon o mediaci zakotvil. Jen za tohoto předpokladu totiž mohl být posilován význam mediace ve společnosti, a tím i zájem o její aplikaci.

Bohužel, praxe nám ukazuje poněkud odlišný obraz dohledové činnosti. S ohledem na omezené lidské zdroje a finanční prostředky a do jisté míry i s přihlédnutím k marginálnímu významu mediačních služeb (z hlediska komplexu dohledové činnosti Ministerstva spravedlnosti ČR) je výkon dohledu realizován nikoliv jako soustavná činnost, ale jako činnost jednorázová, odvislá pouze od podnětů či stížností na činnost konkrétního mediátora (jakákoliv jiná dohledová činnost nad rámec řešení podaných stížností není realizována).

To ovšem znamená, že poté, co uchazeč o zápis do seznamu mediátorů složí zkoušky a zapíše se do seznamu mediátorů, již není dozorován, tedy není ani zjišťováno, zda vůbec mediaci vykonává a mediační služby poskytuje, zda tak činí s náležitou odbornou a profesní péčí s respektem ke všem zásadám a principům dle zákona o mediaci. Ruku v ruce s tímto nedostatkem jde i absolutní absence jakýchkoliv pravidel týkajících se celoživotního vzdělávání mediátorů.

I nad těmito otázkami by bylo dobré se do budoucna zamyslet a věnovat jim v případě novelizace zákona o mediaci zvýšenou pozornost.

K důsledkům porušení právních povinností mediátorů při výkonu činnosti mediátora podle zákona o mediaci srov. úpravu přestupků a výklad k § 25 až 27, resp. výklad k § 35 ZoM, a v návaznosti na něj § 49b zákona o advokacii.

Související ustanovení:

§ 3 odst. 3 – základní ustanovení, § 25 – přestupky fyzických osob, § 26 – přestupky právnických a podnikajících fyzických osob, § 27 – společná ustanovení k přestupkům, § 35 – změna zákona o advokacii

Související předpisy:

§ 49b zákona o advokacii, – § 2894 a násl. obč. zák., – zák. č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád)

Související předpisy mezinárodního práva a práva Evropské unie:

směrnice 2008/52/ ES

Literatura:

KOVÁŘOVÁ, D., HAVLÍČEK, K., NĚMEC, R., SOKOL, T., SYKA, J., UHLÍŘ, D., ŽÍŽLAVSKÝ, M. *Zákon o advokacii a stavovské předpisy. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 967.

§ 14

Oprávnění vykonávat činnost mediátora

Poskytovat služby mediátora je oprávněna pouze osoba zapsaná v seznamu, pokud jí nebylo oprávnění k výkonu činnosti mediátora pozastaveno, nestanoví-li tento zákon jinak.

Z důvodové zprávy:

K § 14

Oprávnění vykonávat činnost mediátora je vázáno na zápis do veřejného seznamu mediátorů, který vede ministerstvo. Jedinou výjimkou, kdy zákon neváže oprávnění vykonávat

činnost mediátora na zápis do seznamu, ale pouze na předložení požadovaných dokladů a uvedení požadovaných náležitostí, je případ, kdy chce na území České republiky dočasně nebo příležitostně působit jako hostující mediátor, mediátor z jiného členského státu (§ 19). K této úpravě vážou ČR předpisy EU.

Obecně k § 14

Jak vyplývá z důvodové zprávy k zákonu o mediaci, uvažoval český zákonodárce o užití několika variant legislativní úpravy profese mediátora. V úvahu přicházela tzv. absolutní formální legislativní regulace, tedy právní úprava předvídající, že jako mediátor všeobecně může působit výhradně osoba, která splní zákonem stanovené podmínky, nebo tzv. smluvně-tržní regulace, kdy zákonodárce na právní úpravu profese zcela rezignuje a nechá další vývoj na trhu (ALEXANDER, 2009, s. 97). Zákon o mediaci se nakonec vydal cestou kompromisu mezi těmito dvěma přístupy, když omezil rozsah své právní úpravy jen na činnost zapsaného (tj. kvalifikovaného) mediátora.

Pojem mediátor užitý v tomto paragrafu je třeba tak jako napříč celým zákonem o mediaci vykládat v souladu s § 2 písm. c) komentovaného zákona. Cílem tohoto ustanovení tedy není zakázat dalším osobám vykonávat roli mediátora nebo dokonce užívání mediačních technik při dalších ADR procesech jako je conciliace (pro užívání termínů conciliace a mediace viz SVATOŠ, 2015), facilitace či určité formy koučování, ale snaha zákonodárce zaručit kvalitu zapsaných mediátorů a do jisté míry i elitnost zápisu do seznamu mediátorů (srovnej komentář k § 15). To se pak odráží zejména v případech, kdy české právo předvídá formu mandatorní mediace, tj. v situacích, kdy je setkání se zapsaným mediátorem pro strany konfliktu povinné. V takových situacích vyhrazuje zákon možnost být jednostranně určen coby mediátor pro organizaci prvního setkání výhradně pro osoby vedené v seznamu mediátorů, pokud se strany nedohodnou jinak (viz komentář k § 30 ZoM a zejména část věnující se institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem). Dalším prvkem, který odlišuje zapsané mediátory od ostatních mediátorů je tzv. soudní mlčenlivost, která se bude opět aplikovat toliko na první jmenovanou skupinu (viz § 9).

Oprávnění vykonávat činnost mediátora dle zákona o mediaci je tudíž spojeno s podmínkou, že je daná osoba zapsána do veřejného seznamu mediátorů, který vede Ministerstvo spravedlnosti ČR v souladu s § 15 ZoM, a to bez ohledu na to, zdali jde o klasického mediátora, který splnil podmínky § 16 nebo o tzv. hostujícího mediátora, jehož postavení je regulováno v § 19.

Komentované ustanovení však má ještě jeden zásadní dopad. K jednotlivým ustanovením zákona o mediaci se nelze svobodně smluvně zavázat například pouhým odkazem na zákon ve smlouvě o provedení mediace, která je

uzavřena mezi stranami a mediátorem, který není zapsán v seznamu. Obdobně není možné, aby se ustanovení zákona o mediaci použila na zahraničního mediátora prostřednictvím volby českého práva v přeshraniční smlouvě. Ustanovení zákona o mediaci se v praxi aplikují pouze na osoby zapsané v seznamu mediátorů, s několika drobnými výjimkami (srovnej např. komentář k § 9 odst. 5 nebo § 29 ZoM).

V úvahu by přicházelo, že by se konkrétní osoba nezapsaná v seznamu mediátorů například zavázala k dodržování povinností stanovených mediátorovi v § 8 odst. 1 ZoM. To by ovšem nic neměnilo na faktu, že taková osoba není chráněna zákonnou povinností mlčenlivosti zejména ve vztahu k soudům (viz komentář k § 9).

V tomto bodě je vhodné připomenout, že ani po splnění podmínek, které na zapsané mediátory zákon o mediaci klade, se dotčená osoba automaticky nestává zapsaným mediátorem. Teprve samotným zápisem, tedy uvedením v seznamu mediátorů, se žadatel stává zapsaným mediátorem. Zápis je zde tedy vnímán jako konstitutivní akt. Jedinou výjimkou z tohoto pravidla předvídanou zákonem je institut hostujícího mediátora (viz komentář k § 19), kdy postačuje předložení požadovaných dokladů a uvedení požadovaných náležitostí. I v tomto případě následuje zápis do seznamu mediátorů, který je ovšem již pouze deklaratorního charakteru.

V souladu s § 11 ZoM je každá zapsaná osoba povinna při výkonu činnosti mediátora používat označení „zapsaný mediátor“ nebo „zapsaná mediátorka“. Naopak uvedené termíny, ani od nich odvozené tvary slov, není oprávněna používat jiná osoba (srovnej komentář k § 19).

Ačkoliv zákon o mediaci rozlišuje v § 2 písm. b) rodinnou mediaci jako mediaci, která se zaměřuje na řešení konfliktů vyplývajících z rodinných vztahů, fakt, že právě o komentované ustanovení o rodinné mediaci mlčí, jasně naznačuje, že je jí oprávněn vykonávat jakýkoliv zapsaný mediátor a nikoliv pouze ten, kdo složil zkoušky z rodinné mediaci a kdo má tedy tuto specializaci zapsanou v seznamu mediátorů. Absolvování zkoušky, jak je popsáno u komentáře k § 23 ZoM, slouží toliko k vlastnímu vzdělávání mediátora a eventuálně k marketingovým účelům.

Pokud je zapsanému mediátorovi oprávnění k výkonu činnosti mediátora pozastaveno, ztrácí dle dikce komentovaného ustanovení možnost poskytovat služby podle zákona o mediaci. To ovšem neznamená, že by daná osoba nemohla vykonávat svoji profesi jako nezapsaný mediátor.

Jak již bylo naznačeno několikrát na jiných místech tohoto komentáře, je právě dvojkolejnost a jistá neurčitost ohledně (ne)regulace nezapsaných mediátorů vytýkána české mediační úpravě jako jedna z největších slabín (srovnej

poznámky *Editors' Note* a RRR pro Českou republiku: “*Potential for confusion for users exists due to differences in regulation for different types of mediators*” SVATOS, In: ALEXANDER, 2017, s. 161 a násl.).

Neoprávněný výkon činnosti zapsaného mediátora

Ačkoliv zákon o mediaci upravuje oprávnění k výkonu činnosti mediátora, absentuje v něm sankce za neoprávněný výkon činnosti zapsaného mediátora. Sankční ustanovení zákona znají pouze postih za neoprávněné užití označení zapsaný mediátor v § 25 odst. 1 písm. a) [srovnej k tomu komentář k § 22, § 25 a § 26 ZoM].

Důvod lze spatřovat v tom, že taková situace je vlastně velmi nepravděpodobná. Jak bylo zmíněno výše a několikrát v jiných částech tohoto komentáře, český právní řád reguluje činnost mediátora jen částečně, a to pro zapsané mediátory. V podstatě kdokoli, kdo splní podmínky živnostenského zákona, může poskytovat služby mediátora jakožto “nezapsaný” mediátor.

Zůstává tak otázkou, jakou podobu by neoprávněný výkon činnosti zapsaného mediátora mohl mít, kromě již zmíněného užívání chráněného označení. V úvahu přichází, že by si strany soudního řízení uvedené v omyl nepoctivým mediátorem vybraly právě tuto osobu coby zapsaného mediátora. I v tomto případě by však mělo být žádoucí, aby na daný problém přišel již konkrétní soudce, který by měl omyl stran snadno rozpoznat při vydávání konkrétního usnesení. Problematičnost takové situace se však ve světle faktu, že mediátor, na němž se účastníci řízení shodnou, nemusí být zapsaným mediátorem, dostává do čistě akademické úrovně (viz podrobněji komentář k § 30 ZoM).

V případě, že osoba poskytuje mediační služby a přitom nesplňuje požadavek komentovaného paragrafu, bude muset takovou činnost vykonávat na základě živnostenského zákona (viz komentář k § 36 ZoM). Pokud by neměla ani živnostenské oprávnění, přicházel by v úvahu postih dle § 61 odst. 3 živnostenského zákona, který umožňuje uložit pokutu až do výše do 500.000 Kč. Pokud by však daná osoba živnostenské oprávnění měla, o daný delikt by se nejednalo.

V úvahu by dále přicházel trestný čin neoprávněného podnikání podle § 251 trestního zákoníku, kterým je neoprávněné poskytování služby nebo provozování výrobního, obchodního nebo jiného podnikání ve větším rozsahu, za které může být daná osoba potrestána odnětím svobody až na 8 let nebo zákazem činnosti.

Je vhodné však doplnit, že pokud by mediace byla prováděna osobou, která nemá oprávnění ani podle zákona o mediaci, ani oprávnění podnikat podle živnostenského zákona, na případnou mediační dohodu stran by to nemělo vliv. Mediátor v žádném případě není stranou takové dohody.

Související ustanovení:

§ 2 – základní pojmy, § 8 – výkon činnosti mediátora, § 9 – povinnost mlčenlivosti mediátora, § 11 – označení mediátora, § 15 – seznam, § 16 – podmínky zápisu, § 19 – hostující mediátor, § 22 – zánik oprávnění, § 23 – zkouška mediátora, § 25 – přestupky fyzických osob, § 26 – přestupky právnických a podnikajících fyzických osob, § 29 – běh promlčecích a prekluzivních lhůt, § 30 – změna občanského soudního řádu, § 36 – změna živnostenského zákona

Související předpisy:

§ 61 odst. 3 živnostenského zákona, – § 251 trestního zákoníku

Literatura:

ALEXANDER, N. *International Comparative Mediation: Legal Perspectives*. Kluwer Law International, Alphen aan Rijn, 2009, s. 161 a násl., – ALEXANDER, N., WALSH, S., SVATOŠ, M. *EU Mediation Law Handbook: Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes*, Wolters Kluwer: Alphen aan Rijn, 2017, – DOLEŽALOVÁ, M., HÁJKOVÁ, Š., POTOČKOVÁ, D., ŠTANDERA, J. *Zákon o mediaci. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 66 a násl., – GRYGAR, J. *Zákon o mediaci a související předpisy s komentářem a vzory. Podle stavu k 1. 1. 2014*. Praha: Leges, 2014. s. 69–71, – SVATOŠ, M. Zmizení pojmů: Co mediace je a co nikoliv. *Právní prostor*, 2015, on-line text dostupný na <<http://www.pravniprostor.cz/clanky/procesni-pravo/uvod-do-mediace-zmateni-pojmu-aneb-co-mediace-je-a-co-nikoliv>>.

§ 15 Seznam

(1) Seznam je informačním systémem veřejné správy, který spravuje ministerstvo.

(2) Do seznamu se u každé osoby zapisují údaje, které žadatel uvedl a řádně doložil podle § 17 nebo § 19 v žádosti o zápis do seznamu, a jejich případné změny podle § 18. Dále se zapisuje

- a) identifikační číslo osoby přidělené správcem základního registru osob,
- b) datum zápisu do seznamu,
- c) datum pozastavení nebo zániku pozastavení oprávnění k výkonu činnosti mediátora,
- d) datum vyškrtnutí mediátora ze seznamu.

(3) Údaje v seznamu jsou veřejné, s výjimkou údajů o datu narození a adrese místa trvalého pobytu. Ministerstvo veřejné údaje zveřejňuje na svých internetových stránkách.