

INLEIDING

Vaak wordt mediation gepresenteerd als alternatief voor procederen. Het heet in het Engels Alternative Dispute Resolution kortweg ADR. Met deze definiëring gaat men er van uit dat de oplossing ligt óf binnen het juridische kader van procederen óf binnen de eigen belangenbehartiging. ADR kan beter staan voor Appropriate Dispute Resolution. Het gaat immers om de meest geëigende conflictoplossingsmodaliteit op een bepaald moment. Uit de recente beleidsbrief van de minister van Justitie blijkt het belang van goede positionering van mediation binnen het rechtsbestel.¹ Het is namelijk niet zoals velen stellen, dat procederen en mediation in twee afzonderlijke kantoren plaatsvindt die geïsoleerd zouden zijn van de andere realiteit. Wenselijk en productiever is het om mediation en rechtspraak als nevenschikkende kwaliteiten in te zetten. In dit artikel bepleit ik integratie van beide modaliteiten.

Mediation is de onderhandeling over invulling van belangen voor de toekomst. Procederen is het strategisch effectief vaststellen van standpunten uit het verleden. Bij mediation houden betrokkenen zelf de controle over de oplossing terwijl partijen de oplossing in het kader van rechtspraak uit handen geven. In de praktijk blijkt dat mensen in conflict altijd met één been in de juridische vechtarena staan en de andere onder de onderhandelingstafel schuiven. Het is nuttig welbewust met de impact van het andere systeem rekening te houden. Dus in procedures rekenschap geven van de kracht van mediation en bij mediation de juridisch kaders in de gaten houden.

Het artikel begint met een vergelijking tussen procederen en mediation. Vervolgens wordt de wederzijdse doorverwijzing en een gedachtekader voor overstappen van het ene naar het andere systeem zichtbaar. Met een pleidooi tot nauwere samenwerking tussen de professionele bespelers van beide oplossingsmodaliteiten sluit dit artikel af. Het ultieme belang is dat partijen-in-conflict voortdurend duidelijkheid en inzicht hebben over de voor en nadelen van de verschillende professionele stappen die conflictoplossers denken te moeten nemen.

CONFLICTOPLOSSINGSMODALITEITEN

Als mensen een conflict hebben dan mogen ze proberen zelf tot een oplossing te komen. Ons rechtssysteem is zo ingekleed dat we echter elke vorm van eigenrichting willen voorkomen. Lang geleden hebben we derhalve een doorwrochten systeem van recht en rechtspraak ontwikkeld. Vaak vragen we onafhankelijke derde ergens de knoop door te hakken. Doch

¹ Beleidsbrief Minister van Justitie aan de Tweede Kamer, “mediation en het rechtsbestel”, 19 april 2004 Tweede Kamer 2003/2004, 29528, nr.1.

iedereen weet dat ook de rechter niet de absolute rechtvaardige waarheid in pacht heeft. Het is in dat kader de taak van advocaten om het standpunt van zijn cliënt zo eenduidig mogelijk te presenteren. Een beproefde techniek is daarbij om in de pleitnota alvast de uitspraak van de rechter te dicteren. De rechter kan immers niets anders dan vonnis te wijzen over hetgeen aan hem is voorgelegd.

Mensen in conflict kennen veel gezag aan professionele conflictbehandelaars toe. Rechters, advocaten en mediators worden grote capaciteiten toegedicht om onmogelijke situaties op te lossen. In een samenleving waarin het zelfoplossend vermogen eerder af dan toeneemt lijken advocaten de laatste strohalm om het zelfoplossend onvermogen te camoufleren. Zolang we ons realiseren dat wetten en regels alleen bestaan om hetgeen mensen zelf onderling niet kunnen oplossen te reguleren heeft een jurist een functie. De rechter doet dat door een beoordeling van het verleden, de mediator doet dat door communicatie over de toekomst. Noch de rechter noch de mediator hebben daarbij de illusie dat na hun vertrek nooit meer problemen zullen ontstaan. De rechter hoopt een meetlat te hebben geboden om toekomstige conflicten zelf te kunnen afwegen, de mediator hoopt de dynamiek van het uitwisselen van belangen te hebben aangereikt. De rechter en de mediator excelleert als hij zich bewust is van zijn beroepshalve beperkingen. De rechter kan niet aansturen op onderlinge conflictoplossende communicatie en de mediator beoordeelt niet of de oplossing redelijk en billijk is.

In procedures maar ook bij mediation is het dan ook goed dat advocaten de juridische realiteitswaarde en haalbaarheid van de oplossing trachten te waarborgen. Vaak instrueer ik advocaten om in het meemaken van de mediation te genieten van het ontstaan van de creatieve oplossing die het meeste draagvlak heeft bij betrokkenen. Vervolgens is het taak om de oplossing juridisch te waarborgen. Ter verduidelijking het volgende voorbeeld. Bij scheiding dienen er veelal een aantal (virtuele) geldstromen tot stand te komen. Vraag in mediation is aan welke geldstromen hebben betrokkenen gevoelsmatig behoefte? Vraag aan advocaten is hoe deze geldstromen gegarandeerd kunnen worden. Immers het zijn verbintenissen voor de toekomst. Is daarvoor een executoriale titel nuttig? Hoe geformuleerd zal een scheidingsverzoek aan de rechter de meeste kans van slagen hebben? In welk opzicht hebben de afspraken derdewerking, waaronder mede de beoordeling door de fiscus en pensioenfondsen? Deze vragen tonen aan dat zowel rechtspraak als mediation plaatsvinden in een realiteit waar zowel de beleving van mensen als de rechtsregels in een bepaalde samenleving een belangrijke rol spelen.

MEDIATION EN RECHTSPRAAK

De minister verbiedt sinds april 2004 rechters nog langer als bemiddelaar op te treden. Deze scheiding is ook m.i. noodzakelijk om de Nederlandse conflictoplossingsmodaliteiten niet tot een eenheidsworst te laten verworden. In tegenstelling tot Noord Amerika zijn wij immers geneigd om met één en dezelfde poldermentaliteit verschillende oplossingsarena's te betreden. Het valt in Nederland aan de conflicthebbende burger steeds moeilijker uit te leggen welke verschillen en voordelen er zijn van de verschillende oplossingsmodaliteiten: rechtspraak, schikking, mediation en onderhandse oplossingen. Een rechter moet volgens artikel 19 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uitspraak doen over de aan hem voorgelegde rechtsvragen. Het faciliteren van een schikking door de rechter behoort daarbij niet tot zijn kernkwaliteiten. In een artikel van Van Teeffelen, vice-president in het gerechtshof Den Bosch is de vermenging van verschillende oplossingsmodaliteiten af te

leiden.² Opmerkelijk is de motivering van deze rechter voor toepassing van “mediation-achtige” technieken wanneer hij schrijft dat: “De positie van de rechter verandert bij de mondelinge behandeling vervolgens ingrijpend. Van een afstandelijke derde wordt hij een gesprekspartner, die vanuit zijn ervaring met het bespreken van zaken van dit type weet wat er in partijen omgaat.” Het is m.i. nuttig als er een intensivering van een goed luisterende rechter plaatsvindt maar dat een mediation-achtige techniek noemen is onzin.³

Zinvol is het pleidooi van Van Teeffelen om ter zitting meer te bespreken dan louter het juridische geschil. Laat professionals zich echter concentreren op hetzij de belangeninvullende communicatie, hetzij op de juridische oplossing. Vermenging van verschillende discussievormen gaat namelijk ten koste van het beoogde effect. De rechter heeft volgens deze vice-president tot doel om door het bespreekbaar maken van de familierechtelijke problematiek met behulp van de raadslieden te komen tot een minnelijke oplossing van het geschil. Deze drang van rechters is begrijpelijk maar niet waar partijen voor komen. Ik durf daarbij te betwijfelen dat een dergelijke samenwerking de beste kans biedt op een effectieve de-juridisering. Ook blijft het wat mij betreft de vraag in hoeverre justitiabelen vergezeld van raadslieden in appel zitten te wachten op een rechter die aanstuurt op een schikking. Het betoog van de rechter in hofzaken waarin hij bericht dat schikkingonderhandelingen met name plaatsvinden in die situaties, waarin de verschillen van aanvang af overbrugbaar lijken, maakt het niet duidelijker. Daarin zit nu juist de schismatiek, het verschil tussen beslechten van rechten en het behartigen van belangen. Rechtspraak en misschien schikken zijn de arena's waarbinnen juristen juridische rechtsvragen over het verleden beslechten. Mediation is door de transformatie van juridisch strategische standpunten naar belangen een de-juridiserend en dus andersoortig oplossingsmechanisme.

Dat er nog veel wederzijdse toelichting op de werkwijze nodig is tussen rechters en mediators blijkt ook uit de ingestuurde brief in *de Volkskrant* van drie hoogleraren en raadsheren-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam.⁴ Deze raadsheren betitelen een mediator als private hoeder van dwingend recht. Waar zij betogen dat van belang is dat burgers een rechtvaardige vrede bereiken over hun conflict, wordt duidelijk wat het misverstand is. Recht en rechtspraak heeft tot doel zo rechtvaardig mogelijk een vrede te bereiken tussen burgers. Mediation heeft niet tot doel om bij te dragen aan het filosofische begrip “rechtvaardigheid” maar concentreert zich daarentegen op het vinden van praktisch uitvoerbare en aantrekkelijke oplossingen voor mensen die samen een probleem hebben.

TWEE RADARSCHIJVEN

Het bestaan van de andere oplossingsmodaliteit heeft echter invloed en impact op het actieve systeem. Een en ander visualiserend spreek ik van radarschijven met in elkaar grijpende radertjes. In mijn beleving gaat de probleemoplossing voortvarend als beide schijven de zelfde richting met de zelfde snelheid draaien. Als dit niet synchroon loopt heeft dat twee effecten: de betrokkene op een van de schijven gaat onderuit en het hele systeem van op elkaar ingrijpende procedures loopt vast. Het zou nuttig zijn als aan partijen duidelijk zou zijn dat er voor onderhandelingen over de uitvoering in rechtspraak geen plaats is. Evenmin is er in mediation plaats voor dwang en/of een laten doorklinken door de mediator van wat redelijk

² Teeffelen, Paul van, “Een op mediation gericht aanpak van de rechter in hoger beroep” *Tijdschrift voor Mediation*, 8(2004) p.12-14.

³ *Bemiddeling als alternatief*, La Poutré, Bert & Michael Boelrijk, Bohn Stafleu Van Loghum: Houten 2001 (ISBN903133636x).

⁴ Hesselink, M.W., C. Edgar du Perron en A.F. Salomons, Mediation is geen rechtspraak, *de Volkskrant* 13 mei 2004.

en billijk is. Dit staat overigens los van het feit dat de mediator rekening moet houden met lopende juridische (pre)procedures en mogelijk wettelijke procedureverplichtingen. Zo moet de scheidingsbemiddelaar weten of er al over afzonderlijke boedelscheidingelementen correspondentie bestaat en moet hij het echtscheidingsconvenant zo formuleren dat de huwelijksontbinding aan de rechter zonder open einden kan worden verzocht. Zo moet de mediator bij een arbeidsconflict weten welke consequenties de verschillende gevonden opties hebben op de arbeidsrechtelijke bepalingen en het systeem van sociale zekerheden. Tevens zal deze mediator de impact van het verzoek tot toepassing van de kantonrechterformule dienen te kennen en dit wegloopalternatief op juiste waarde weten in te schatten. Een mediator in een zakelijk conflict zal de taal van het alternatief moeten kunnen spreken en aldus partijen het gevoel geven inhoudelijk alle relevante zaken tijdens de onderhandelingen ter sprake te kunnen brengen.

Op de schijf van juridische procedures (bezwaar, arbitrage en rechtspraak) zullen arbiters zich bewust moeten zijn van de zeer beperkte weergave van belangen door partijen. Ook is het nuttig als de scheidsrechter zich afvraagt of zijn uitspraak uitzicht biedt op een definitieve oplossing. Een vonnis dat stelt dat een bepaald recht in het verleden is ontstaan, zonder rekenschap te geven van het feit dat de invulling van dat recht in de toekomst is gelegen laat partijen in de kou staan. Het is in dat geval niet verwonderlijk als partijen nog verscheidene juridische procedures opstarten om de invulling van het toegekende recht te bewerkstelligen. Denk bijvoorbeeld aan separate executieprocedures over het verlaten van de ex-echtgenoot van de voorheen echtelijke woning. Er zou veel gewonnen zijn bij een begeleide verplaatsing naar de meest effectieve probleemoplossende schijf voor het (deel)probleem. Criteria voor het bepalen van de juiste schijf zijn daarbij de mate van noodzakelijke samenwerking tussen betrokkenen in de toekomst en de ingeschatte wens tot in tijd gelezen houdbaarheid van de oplossing. Voor een effectieve wederkerige verwijzing heeft onderlinge communicatie toegevoegde waarde. Rechtspraak en mediation dienen dan te fungeren als communicerende vaten.

COMMUNICERENDE VATEN

Communicatie is bijna altijd effectief en hoeft niet ten koste te gaan van de vertrouwelijkheid. De onderlinge afhankelijkheid tussen de systemen blijkt bij voorbeeld bij (echt)scheiding. Immers deze relaties kunnen vaak het duidelijkst via een rechterlijke uitspraak afgerond worden. Dit geldt overigens vaak evenzeer bij beëindiging van een arbeidsrelatie. Betrokkenen willen vaak graag twee dingen. Ten eerste willen ze de controle houden over de afrondingselementen en dit kan prima in de vaststellingsovereenkomst. Ten tweede bestaat er in het proces van het (her)vinden van het onderlinge vertrouwen behoefte aan een zegen van de rechter. Door deze rechterlijke zegening, soms is de meerwaarde in het ritueel zelf gelegen, ontstaat een zogenoemde executoriala titel. Mocht de naleving van de vaststellingsovereenkomst uitblijven dan hebben betrokkenen een extra script om de toekomst vorm te geven. Ik bepleit dan ook de beschikbaarheid van deze rechterlijke bekrachtiging. Het verdient aanbeveling om de mogelijkheden om de rechter te vragen het resultaat van de mediation in een proces-verbaal dan wel vonnis op te nemen, verder te ontwikkelen.⁵

Aan de andere kant zien rechters dat het hun voorgelegde conflict slechts een uiting is van het onvermogen van partijen om zelfstandig een oplossing te vinden. De rechter weet dat in scheidingszaken een verzochte (voorlopige) voorziening vaak het topje van de onderlinge

⁵ De mogelijkheid is in arbitragezaken gegeven in artikel 1069 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering Rv en in civiele rechtszaken artikel 7:900 lid 2 BW J° artikel 46 lid 3 Rv. Artikel 19 lid 2 Rv biedt de mogelijkheid een minnelijke schikking in proces-verbaal vast te leggen.

verstandhoudingsberg is. In dergelijke zaken loopt de rechter al gauw tegen zijn beperkingen aan. Vaak is er geen tijd of structuur waarin andere zaken kunnen worden besproken. Vaker nog blijkt het onmogelijk om mensen in juridische procedures te stimuleren met elkaar te communiceren. Partijen ervaren dergelijke acties van de rechter eerder als dwangmaatregel. Daarbij komt: afgedwongen communicatie is geen communicatie en dus een *contradictio in terminis*. Menig rechter kampt in die situaties met de vraag hoe je partijen stimuleert om toch met elkaar te gaan praten. Schikkingen waarbij de partijen wordt gesuggereerd om er tijdens de schorsing van de zitting op de gang nog even snel uit te komen worden regelmatig als *pro forma* interventie ervaren. Immers als partijen de capaciteit hadden gehad er middels onderling overleg uit te komen dan hadden advocaten niet aangestuurd op procederen. De rechter dient dus te luisteren naar de impliciete overwegingen om te kiezen voor rechtspraak. Rechtspraak wordt verkozen als men van een derde een uitspraak wenst over de rechtmatigheid en de stellige overtuiging heeft van de eigen alleszins redelijke opstelling.

Het derde element van onderlinge communicatie tussen rechtspraak en mediation is het feit dat partijen, advocaten of rechters tijdens de juridische procedure mediation ter sprake brengen. Soms is dat een welgemeende suggestie dat mediation meer soulaas biedt. Soms ook is het een toets om aldus de weigering tot mediation van de andere partij te gebruiken. Soms is het voorstellen van mediation een poging om een zich conflictueus gedragende partij inzicht te verschaffen in zijn ambivalente opstelling. Zo wordt in arbeidsconflicten in toenemende mate bij de rechter het argument gebruikt dat de andere partij niet heeft meegewerkt aan mediation en er 'dus' bij die partij een groter verwijt ligt voor de verstoorde relatie. Men streeft er zodoende dan naar om de schadevergoeding aan werknemer middels de kantonrechterformule te verhogen.⁶ Het omgekeerde gebruik ik als mediator overigens ook. Als er in de mediation geen beweging zit, vraag ik of betrokkenen wellicht meer fiducia hebben in (verdere) juridische procedures. Kiezen om te procederen is net zo respectabel en het geeft aan iedereen (mediator, andere partij en dagvaardende partij) op zo'n moment inzicht in de eenduidige keuze voor de vorm van conflictoplossing.

VOORTSCHRJDEND BESTUURSRECHTELIJK INZICHT ?

In de beleidsstukken van het ministerie van Justitie blijkt een voorzichtige erkenning van de toegevoegde waarde van mediation. Natuurlijk dient de toepassing van mediation gelijke tred te houden met de inzichten en behoeften van de rechtzoekende. Het is goed dat er nagedacht wordt over hoe verschillende oplossingsmodaliteiten zich tot elkaar verhouden. Zo kondigt de minister een wetsvoorstel aan waarbinnen het mogelijk wordt om een overeenkomst terzake vergoeding van affectieschade door de rechter verbindend te laten verklaren voor alle benadeelden. Een andere samenwerking van modaliteiten is het voorstel om na mediation die niet tot een vaststellingsovereenkomst heeft geleid af te zien van de bezwaarprocedure in bestuursrechtelijke conflicten.⁷ Hiermee wordt m.i. bereikt dat partijen mediation in positieve zin kunnen gaan uitbuiten zonder dat dit tot nog langere besluitvormingstrajecten leidt.⁸

In het verleden betoogde potentiële mediation-consumenten dat hun zaak niet geschikt was voor mediation omdat hun conflict geregeerd werd door dwingend recht. Met name overheden hebben nog steeds de neiging zich hierom te verschonen van mediation. De redenering is bij bestuursrechtelijke conflicten dat de derdewerking en andere overwegingen van openbare orde de onderhandelingsruimte teniet doen. Ook de minister betoogt dat vanuit juridisch

⁶ Boelrijk, M., *Gewent bij Ongewent Gedrag, Communicatie over Arbeidsomstandigheden, (seksuele intimidatie en het klachtrecht*. Kluwer: Alphen a/d Rijn 2003 ISBN9013000630.

⁷ Kamerstukken I 2002/2003, 27563, nr. 236.

⁸ Boelrijk, M., "Overweeg ADR bij ambtenarenconflicten", *NJB 2001*, p. 1252-1253.

oogpunt er niets valt te onderhandelen waar het recht dwingend is, van openbare orde of beide en het recht helder antwoord geeft op de in het geding zijnde rechtsvragen. Natuurlijk zal Donner uitgaan van de overtuiging dat het bestuursrecht “helder antwoord geeft op de in het geding zijnde rechtsvragen”. Bij zo’n rechtsfilosofie blijft er overigens dan wel een zeer beperkte rol weggelegd voor bestuurders en bestuursrechters. Zo gesteld blijft ook zijn daarop volgende redenering in de lucht hangen. De minister schrijft: “Echter het resultaat van een mediation is lang niet altijd een compromis waarin beide partijen een beetje gelijk krijgen in hun juridische standpunt. Tijdens de mediation kunnen op basis van erkenning van over en weer spelende belangen creatieve oplossingsrichtingen in beeld komen. Veel vaker komt het voor dat partijen geen rechterlijke uitspraak over de toepassing van de dwingendrechtelijke bepaling meer nodig hebben, omdat ieder in de overeenkomst toch voldoende krijgt van waar het hem *in wezen* om te doen was”.⁹

Vooralsnog lijkt mij een dergelijke absolute benadering van de vermeende heldere dwingendrechtelijke bestuursrechtelijke bepalingen en de daarmee samenhangende conflicten een utopie. Er van uitgaande dat de praktijk toch wat weerbarstiger is, valt de goede resultaten met mediation in bestuursrechtelijke geschillen beter te verklaren.¹⁰ Een effectieve bestuursrechtelijke mediation heeft oog voor alle belangen. In het resultaat dienen dus zowel oplossingen gevonden te zijn voor de behoeften van waar het de direct betrokkenen om te doen is, alsmede voor het bestuursrechtelijke spectrum waar mede belangen van “dwingend rechtelijke bepalingen”, derdewerking en het politieke stramien van invloed zijn.

Mediation is dus niet zozeer een onderhandeling naar een compromis. Een compromis is namelijk twee keer niks; een olifant met een giraffenek. Als mediator stuur ik aan op onderhandelingen over alle belangen waarvan partijen aangeven het belangrijk te vinden dat daarvoor een invulling komt. Het creatieve element van mediation is gelegen in het vinden van oplossingen voor alle belangen zonder dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan andere belangen. Als ik als mediator constateer dat het voor een bestuursorgaan noodzakelijk is rechtsregels naar de letter na te leven omdat deze dwingend recht zouden zijn, dan is dát het belang waar een oplossing voor moet worden gevonden. Ontkenning van dit belang is tijdsverspilling aangezien het toewerken is naar een vaststellingsovereenkomst met een houdbaarheid tot aan de deur.

Ook in bestuursrechtelijke conflicten kan mediation dus wel degelijk zoden aan de dijk zetten. Als mediators leren meer rekenschap te geven van andere positieve oplossingsmodaliteiten zal de positieve werking en houdbaarheid van vaststellingsovereenkomsten toenemen. Drie suggesties in dat kader. Ten eerste is het nuttig om in de vaststellingsovereenkomst een vaste doch redelijke bedenktijd te implementeren. Deze bepaling zou kunnen luiden: “De overheid is jegens de andere contractpartij(en) der vaststellingsovereenkomst gebonden aan de bepalingen van deze vaststellingsovereenkomst indien het daarin geïncorporeerde besluit niet binnen vier weken is vernietigd.” Contractpartijen zijn zich aldus bewust van het belang dat een overeengekomen oplossing ook binnen het leerstuk van mandatering en delegatie, bestuursrechtelijke verplichtingen en het politieke arena verdedigbaar moet zijn. Ten tweede is het in verband met derdewerking en het leerstuk van geheimhouding goed om in de vaststellingsovereenkomst op te nemen hoe men de oplossing extern communiceert. Ook is het nuttig af te spreken of aan de bestuursrechter nog om een uitspraak over een duidelijk

⁹ Beleidsbrief 19 april 2004, p.3.

¹⁰ Ruimte voor Mediation, Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand, Combrink-Kuiters e.a. Den Haag WODC 2003, p. 115.

afgekaderd rechtsvraag zal worden verzocht. Het is voor bestuurders immers een tweede natuur om bestuursrechtelijke jurisprudentie aan de burger te verkopen.

TRANSFORMATIE RECHTSBESTEL

Natuurlijk leidt een goede mediation tot een zelfgekozen oplossing die alle betrokkenen in praktijk zullen brengen. Soms echter is de oplossing op zich aantrekkelijk maar blijft toch twijfel over het uitvoeren van de toekomstige verbintenissen. In dat geval zou het jammer zijn als de mediation mislukt terwijl een bekrachtiging van de mediation door de rechter alle executiegeschillen en vervolgprocedures zouden hebben voorkomen. In dat geval is terugverwijzing naar de rechter met medebrenging van de vaststellingsovereenkomst perfect. Ook Donner ziet in dat “Zelfs in geval van een mislukte mediation kan de weg (MB: terugverwijzing naar de rechter) effectief zijn omdat vaak al veel ruis in het conflict is weggenomen waardoor een uitgekristalliseerd geschilpunt of rechtsvraag overblijft waarop slagvaardige rechtspraak kan volgen.” Het tegenovergestelde blijkt overigens ook niet uitgesloten, namelijk het geval waarin sprake is van een mislukte verwijzing. Er zijn partijen en advocaten die de illusie van medewerking aan en de schijn van goede intenties in mediation, misbruiken om bijvoorbeeld tijd te rekken of partijen te manipuleren ter ondersteuning van verdere processtrategieën.

Anderzijds heeft menig mediation tot een goede vaststellingsovereenkomst geleid juist omdat de rechter reeds inzicht had gegeven in de vaststelling van rechten. In de praktijk blijkt soms pas na uitspraak in Hoger Beroep de suggesties van de rechter betrokkenen tot een zekere realiteitszin te brengen. Ik kan dan ook in menig mediation goed werk verrichten omdat de rechter reeds inzicht heeft gegeven in wat redelijk en billijk is en wat de jurisprudentie in andere zaken uitwijst. De mediator kan dit inzicht echter niet zelf verwoorden aangezien het dan ten koste gaat van zijn meerwaarde als onpartijdig en onbevooroordeeld derde die betrokkenen leidt naar een zelf gevonden probleemoplossing voor de toekomst. En zo is de cirkel weer rond. Als de rechter gaat bemiddelen verliest hij zijn toegevoegde waarde als duidelijker van redelijk en billijkheid. Als de mediator zich gaat uitspreken over rechten, het zogenoemde rechtspreken, ontnemt hij betrokkenen het zelfoplossend vermogen om in eigen beheer de invulling van de unieke eigenbelangen uit te onderhandelen.

CONFLICTBELEVING EN VERWIJSCRITERIA

De meeste indicaties en contra-indicaties trachten de succesfactor van de eigenlijke mediation te voorspellen. Het is echter m.i. de vraag of het verstandig is als de rechter een afweging maakt over de slagingskansen van mediation. Zonder afbreuk te willen doen aan het nobele streven om succes in te schatten, concentreer ik mij liever op de criteria voor verwijzing. Wat kan de rechter het best formuleren over ADR? Wanneer zou de rechter kunnen denken aan (tijdelijke) verwijzing naar mediation? Hoe kan de rechter alert blijven voor de procedurele (vertraging)strategie door één partij om ter wille van tijdwinst in te stemmen met mediation? Het is nuttig om de impact van het verwoorden door de rechter van motieven die in een specifieke zaak zouden pleiten voor mediation aan een nader onderzoek te onderwerpen.¹¹ Een evenzeer prominente vraag is wanneer de mediator moet denken aan afronding van de mediation en betrokkenen tot het inzicht brengen dat zij wellicht meer belang zien in een rechterlijke uitspraak. Kortom hoe bepaalt de professionele rechter of mediator wanneer de taakuitoefening dient te worden opgeschort? Ik zal hierna enkele reacties suggereren in geval een bepaald gevoel over de conflicthantering door partijen opkomt.

¹¹ Zie noot 3 bij Beleidsbrief 19 april 2004.

- Rechter krijgt de indruk dat partijen veel verzwijgen: mediation overwegen
- Rechter wordt verzocht uitspraak te doen over recht uit het verleden zonder dat om vorm van effectuering van dat recht wordt verzocht: mediation overwegen
- Rechter weet dat de rechtsvraag slechts klein onderdeel is van onderlinge rechtsverhoudingen: mediation overwegen
- Rechter bespeurt wens tot (herleven van) toekomstige relatievorm: mediation overwegen
- Rechter ervaart dat andere belanghebbende(n) zich opzettelijk afzijdig houden: vonnis wijzen
- Rechter wordt expliciet gevraagd een bepaalde rechtsvraag te beantwoorden of te oordelen over redelijkheid en billijkheid van één oplossing: vonnis wijzen
- Rechter ziet onvermogen van procespartijen om eigen positie te verwoorden: eerst vonnis wijzen en zo mogelijk verdere oplossingswegen suggereren
- Rechter oordeelt dat een procespartij in een onhoudbaar juridisch standpunt volhardt: vonnis wijzen en mediation suggereren
- Rechter beluistert bij een procespartij een onrealistische, onredelijke of onbillijke stellingname: in hoorzitting vragen stellen die bij partij mogelijk tot inkeer leidt, oordeel opschorten en mediation suggereren
- Voorzieningenrechter verbaast zich over geïsoleerde discussie over de vierkante millimeter: uitspraak aanhouden en verwijzen naar voorzieningenmediation
- Voorzieningenrechter wordt gevraagd zich uit te spreken over onmiddellijke executie: vonnis wijzen en verwijzen naar mediation
- Mediator bespeurt strategische stappen in juridische procedures: tussentijdse afspraak tot bevrozing suggereren anders mediation beëindigen
- Mediator bemerkt onbeïnvloedbare advocaten: mediation beëindigen
- Mediator neemt voortdurende strijd lust bij een partij waar: mediation beëindigen
- Mediator neemt voortdurende onmacht bij betrokkene waar: mediation beëindigen
- Mediator bemerkt onbeïnvloedbare afhankelijkheid van derde belanghebbende bij betrokkene: mediation beëindigen
- Mediator signaleert onderlinge manipulatie en intimidatie buiten de onderhandelingstafel: mediation beëindigen

- Mediator kan tijdsdruk door één der betrokkenen niet elimineren: mediation beëindigen
- Mediator concludeert dat rechtstreeks rechthebbende niet participeert in mediation: mediation beëindigen
- Mediator kent noodzaak tot rechterlijke uitspraak: in vaststellingsovereenkomst juridische vervolgstappen opnemen dat wil zeggen vragen om bekrachtiging door rechter (proces verbaal, verzoekschrift indienen, in vonnis vaststellingsovereenkomst opnemen).

UITLIJNING

Vanuit het perspectief van de houdbaarheid in tijdsduur van het probleemoplossend vermogen van zowel rechtspraak als mediation, is wenselijk dat er een goede inschatting wordt gemaakt van de behoefte van partijen naar een bepaalde oplossingsmodaliteit op een specifiek moment. De rechter zal zich kunnen realiseren dat, zeker in voorzieningenzaken, een kale uitspraak over een rechtsvraag onherroepelijk tot nieuwe discussies leidt. Een mediator die stuurt op een oplossing waarin niemand vertrouwen toont in de ten uitvoerlegging van de afspraken, had daaraan beter niet kunnen meewerken. Het initiërende rechtsgebied is daarbij overigens niet relevant. De exclusiviteit van derdewerking die bestuursrechtelijke juristen opeisen wordt ook binnen mediation opgelost. Ook in een consumentenzaak zal de leverancier belang hebben bij een oplossing die ook naar andere (potentiële) klanten valt te verkopen. Ook in scheidingszaken moet de oplossing voor derdebelanghebbenden zoals oppassende grootouders en minderjarige kinderen dragelijk zijn. En ook de afronding van een arbeidsrelatie moet goed verkoopbaar zijn aan het overige personeel.

Noch de rechter die aanstuurt op een schikking of bemiddelt noch de mediator die zijn beoordelingen van rechtmatigheid, redelijkheid en billijkheid laat doorklinken levert aan de conflictueuze leken het gevraagde product. De kans is dan groot dat bij de procespartij de behoefte herleeft tot een zuiver juridisch oordeel. Betrokkenen in mediation betwijfelen of de vaststellingsovereenkomst niet blijkt opgedrongen en verliezen fiducia in het eigen vermogen om zelfstandig zonder dwang de gevonden oplossingen in praktijk te brengen. Als we in het Nederlandse rechtsbestel willen dat mensen een meer weloverwogen afweging maken over de wijze waarop conflicten worden afgedaan, dan zullen er duidelijk onderscheidenlijke modaliteiten beschikbaar moeten zijn. Het is m.i. misleidend als de rechter bemiddelt of de mediator stuurt aan de hand van zijn beoordeling van de rechtsvragen. Hopelijk leidt deze publicatie tot verdere gedachtewisseling en wederkerige verwijzing tussen de verschillende conflicthanteerders: rechters, advocaten en mediators. In ieder geval heb ik getracht waardevolle elementen van het systeem van communicerende trajecten aan te reiken.

Ter wille van het verbeteren van conflictoplossende systemen is het gewenst dat de systemen van het juridische kader enerzijds en de belangen invulling via mediation anderzijds beter gaan communiceren en als communicerende vaten gaan samenwerken. Het is in ieders belang dat de juridische dienstverleners zoals rechters, advocaten en mediators beter als gids voor leken fungeren in probleemoplossende routes. Bescheidenheid in het eigen professionele probleemoplossende vermogen is daarbij gewenst. Het is immers veel moeilijker om mensen het inzicht te geven in wat een dienstverlener niet kan dan de illusie creëren dat met het inhuren van de duur betaalde professional elk probleem is opgelost.