

De bevordering van mediation: het wetgevingsproces

DE BEVORDERING VAN MEDIATION: HET WETGEVINGSPROCES

L. Krake

Dr. mr. F. Schonewille

Mr. A. van der Steur

De bevordering van mediation: het wetgevingsproces

DE BEVORDERING VAN MEDIATION: HET WETGEVINGSPROCES

L. Krake

Dr. mr. F. Schonewille

Mr. A. van der Steur

De bevordering van mediation: het wetgevingsproces

DE BEVORDERING VAN MEDIATION: HET WETGEVINGSPROCES

L. Krake

Dr. mr. F. Schonewille

Mr. A. van der Steur

DE BEVORDRING VAN MEDIATION: HET WETGEVINGSPROCES

© 2023 Iustitia Scripta mede namens de auteurs

Omslagontwerp: Ronald Koopmans

ISBN: 978-90-832475-6-4

NUR-code: 820

Behoudens de krachtens het (internationale) auteursrecht toegelaten uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, en evenmin in een gedigitaliseerde gegevensverzameling – al dan niet online – worden opgeslagen of toegankelijk gemaakt, zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteursrechthebbende(n).

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht: www.reprorecht.nl.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Desondanks kan de afwezigheid van eventuele zet- en/of drukfouten, dan wel onnauwkeurigheden en/of onvolkomenheden, niet worden gegarandeerd. De auteursrechthebbende aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventuele zet- en/of drukfouten, dan wel onnauwkeurigheden en/of onvolkomenheden.

Deze publicatie is verzorgd door Iustitia Scripta: een imprint van PMJJFrissen.com ten tijde van de totstandkoming gevestigd te Best. Voor informatie over de activiteiten van de auteursrechthebbende ga naar: www.iustitiascripta.com.

DE BEVORDRING VAN MEDIATION: HET WETGEVINGSPROCES

© 2023 Iustitia Scripta mede namens de auteurs

Omslagontwerp: Ronald Koopmans

ISBN: 978-90-832475-6-4

NUR-code: 820

Behoudens de krachtens het (internationale) auteursrecht toegelaten uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, en evenmin in een gedigitaliseerde gegevensverzameling – al dan niet online – worden opgeslagen of toegankelijk gemaakt, zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteursrechthebbende(n).

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht: www.reprorecht.nl.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Desondanks kan de afwezigheid van eventuele zet- en/of drukfouten, dan wel onnauwkeurigheden en/of onvolkomenheden, niet worden gegarandeerd. De auteursrechthebbende aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventuele zet- en/of drukfouten, dan wel onnauwkeurigheden en/of onvolkomenheden.

Deze publicatie is verzorgd door Iustitia Scripta: een imprint van PMJJFrissen.com ten tijde van de totstandkoming gevestigd te Best. Voor informatie over de activiteiten van de auteursrechthebbende ga naar: www.iustitiascripta.com.

BEKNOPTE INHOUDSOPGAVE

7	WOORD VOORAF
9	INLEIDING
15	HOOFDSTUK 1 DE DEFINITIE VAN MEDIATION
15	De ethische definitie van mediation
19	Vrijwilligheid of willigheid van mediation?
27	HOOFDSTUK 2 EERSTE AANZET TOT MEDIATIONWETGEVING: DE EUROPESE RICHTLIJN
27	Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008
35	Ingetrokken voorstel tot implementatie
41	Algemeen deel memorie van toelichting op voorstel Opstellen
52	Implementatiewetgeving Mediationrichtlijn
56	Algemeen deel memorie van toelichting op de implementatiewetgeving
63	HOOFDSTUK 3 EERSTE POGING TOT NATIONALE MEDIATIONWETGEVING
64	Wet registermediator
162	Algemeen deel memorie van toelichting op de Wet registermediator
162	Algemeen deel toelichting Nota van Wijziging (2014)
162	Wet bevordering mediation in het burgerlijk recht
201	Algemeen deel memorie van toelichting op de Wet bevordering mediation in het burgerlijk recht
201	Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht
221	Algemeen deel memorie van toelichting op de Wet bevordering mediation in het bestuursrecht
223	Algemeen deel memorie van toelichting op de drie wetsvoorstellen, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State
240	Reacties vanuit de praktijk op de drie wetsvoorstellen
240	Naar een wettelijke regeling van mediation?
249	It's the system, stupid! Over de maatschappelijke meerwaarde van effectieve Nederlandse mediation wetgeving en over nudging
257	HOOFDSTUK 4 DE VOLGENDE FASE MET MINISTER VAN DER STEUR
257	Wet bevordering mediation
305	Algemeen deel memorie van toelichting op de Wet bevordering mediation
329	Reacties vanuit de praktijk op het consultatiewetsvoorstel van minister Van der Steur
329	Mediationwet light kan kloof overbruggen
335	De mediationclausule: hoe lang nog beperkt houdbaar?
349	Van 'in gebreke' naar 'in verbinding'
351	Mediation integreren in bestaande en nieuwe rechtspleging
354	Onveranderde toegang tot de rechter; daarnaast mediation
357	Partijen behoeven een duwtje van overheidswege in de goede richting van mediation
360	Er ligt een aanvullende de-escalerende rol voor de rechter
362	Mediation is een waardevolle methode
369	HOOFDSTUK 5 HET VERVOLG DOOR MINISTER DEKKER
387	HOOFDSTUK 6 RECENTE ONTWIKKELINGEN

WOORD VOORAF

Onze samenwerking op het terrein van het wetgevingsproces mediation startte in het najaar van 2010 met een interview van de pas aangetreden redacteurs van *Tijdschrift Conflictantering* Schonewille en Hupkes met het, toen eveneens pas aangetreden, Tweede Kamerlid Van der Steur.¹

We spraken daarna af dat Freds studenten in de minor mediation aan de Universiteit Utrecht een eerste proeve van een initiatiefwet zouden schrijven. De studenten trokken verder, maar het commitment van het Tweede Kamerlid en van de docent bleef. Hoe het vervolgens is gelopen kunt u lezen in het inleidende hoofdstuk van dit boek.

We zijn inmiddels twaalf jaar en drieënhalve rondes mediationwetgeving verder. Dat dit proces zo lang heeft geduurd, hangt vooral samen met wat de Britse minister-president Harold Macmillan 'Events, my dear boy, events' noemde. Wat volgens ons echter ook een belangrijke factor is geweest, is het gegeven dat mediation als alternatief voor rechtspraak ongemakkelijk is voor het bestaande systeem, dat ruim 200 jaar bestaat en juist gericht is op rechtspraak. Rechtspraak is een verdienmodel voor de rechterlijke macht zelf, maar uiteraard ook voor de advocatuur in het kielzog daarvan. Het uitgangspunt in mediation is dat partijen zichzelf een bindend advies geven en daarmee rechter in eigen zaak zijn; dit maakt dat hier een *paradigm shift* speelt en dat fenomeen roept per definitie weerstand op. Wij hebben echter ook gemerkt dat het draagvlak voor mediationwetgeving in de afgelopen tien jaar sterk is toegenomen. Niet alleen omdat de beperkingen van de traditionele rechtspraak zowel inhoudelijk als qua capaciteit steeds meer inzichtelijk worden, maar ook omdat men zich steeds meer realiseert dat duurzame oplossing van een conflict sterk de voorkeur verdient boven een juridische uitspraak over een in dat conflict geworteld geschil. Het geschil is het topje van de ijsberg dat conflict heet.

De motie Ellian/Knops die kort voor de zomer van 2022 werd aangenomen geeft de minister voor Rechtsbescherming de opdracht te bevorderen dat er één centraal register wordt ontwikkeld dat publiekrechtelijk wordt geborgd. Hoe de minister uitvoering gaat geven aan deze motie is bij het ter perse gaan van dit boek begin november 2022 nog niet duidelijk. Een ware *cliffhanger* derhalve! Wij gaan ervan uit dat de motie uiteindelijk zal leiden tot een volwaardige Nederlandse mediationwet.

Dit boek omvat de gehele *werdegang* van het wetgevingsproces vanaf de Europese Mediationrichtlijn uit 2008, inclusief alle geconcipeerde wetteksten met toelichting en alle andere relevante documenten. Ook zijn enkele artikelen toegevoegd die bijdragen aan het begrip van dit proces.

Het leek ons zeer wenselijk dat deze uitgave beschikbaar komt, omdat het vele goede werk dat al is verricht in onze ogen een stevig fundament vormt voor de aanstaande afronding van het proces. Het inzicht in de ontstaansgeschiedenis en de achtergronden kan behulpzaam zijn bij het goede werk dat in de Tweede Kamer en door het ministerie moet worden verricht, om mediation wettelijk te verankeren als een volwaardige geschil- en conflictbeslechtingmethodiek. Onze grote dank gaat uit naar Lars Krale die in de afgelopen maanden veel tijd heeft besteed aan het samenstellen van dit boek.

Diepenveen/Warmond, januari 2023

Fred Schonewille en Ard van der Steur

¹ *Tijdschrift Conflictantering* 2010/6, p. 30-33; Ard van der Steur: 'In één keer goed regelen'.

INLEIDING

Nederland was jarenlang gidsland voor de ontwikkeling van mediation. Enthousiaste advocaten, notarissen en mediators omarmden het concept en ontwikkelden een vrij snel bloeiende mediationpraktijk. Er ontstonden diverse organisaties waarin zich specialiserende mediators verenigden. Opleidingen ontkiemden en bleken succesvol. Op diverse terreinen werd mediation gezien als een krachtig alternatief voor de traditionele rechtspraak. Nederland werd daarbij als voorbeeld genomen door andere landen in Europa hoe je alternatieve geschilbeslechting kon ontwikkelen en bevorderen. Bepaald behulpzaam was bij deze ontwikkeling dat ook de Raad voor Rechtsbijstand het voordeel inzag van mediation en het fenomeen opnam in het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand. De Nederlandse mediationpraktijk was trots op hetgeen zich langs natuurlijke weg had ontwikkeld. Hoewel het fenomeen slechts beperkte bekendheid genoot bij het grote publiek, werd mediation voor bepaalde conflicten, zoals in het familierecht, het arbeidsrecht en het erfrecht als een zeer serieus te nemen alternatief gezien. Ook de rechtspraak experimenteerde met mediation voor conflicten die vanwege de complexiteit niet (meer) door de rechter met een vonnis konden worden opgelost. Opvallend was dat mediation evenwel geen enkele aandacht kreeg in de opleiding van jonge advocaten, noch dat in de gedragsregels werd uitgelegd dat het beproeven van een minnelijke regeling ook door middel van mediation tot stand kon worden gebracht.

Betrokkenheid van de overheid

Vanaf 1996 besteedde ook de overheid aandacht aan mediation. Gehoopt werd dat mediation een rol kon spelen in het tegengaan van de juridisering van de samenleving. In 2004 regelde de minister van Justitie landelijke verwijzing door Het Juridisch Loket en de rechtspraak en werden ondersteunende financiële voorzieningen aangekondigd. In 2009 werd geconcludeerd dat mediation goed op de kaart stond en dat het Nederlands Mediation Instituut (NMI) de kwaliteitsborging ter hand had genomen. Mediation leek te beginnen aan een succesvolle toekomst. Hierbij werd in meerdere beleidsdocumenten de vrijwilligheid van mediation als uitgangspunt genomen.

Implementatie Mediationrichtlijn: verschoningsrecht en register

De implementatie van de Europese mediationrichtlijn in 2010-2011 bracht een intrinsieke zwakte van mediation in Nederland aan het licht. In debatten in zowel de Tweede als de Eerste Kamer over de implementatie van deze richtlijn, werd door diverse Kamerleden gewezen op het feit dat in deze richtlijn een verschoningsrecht werd voorzien voor mediators die betrokken zijn bij grensoverschrijdende mediations. In Nederland was het verschoningsrecht toen alleen voorbehouden aan academisch opgeleide personen, zoals artsen, advocaten en notarissen. Daar kwam nu een groep bij, 'mediators in grensoverschrijdende zaken', zonder dat hiervoor enige kwaliteitseis werd gesteld of überhaupt werd uitgelegd wat eigenlijk een 'mediator' is. De minister zegde toe dat er een register voor mediators zou komen, zodat aan een aantal geuite bezwaren tegemoet zou kunnen worden gekomen. In hoofdstuk 2 komt deze Europese mediationrichtlijn aan bod en de (pogingen tot) implementatiewetgeving.

Initiatiefwetgeving Van der Steur

Het ministerie gaf aan de totstandkoming van het register geen prioriteit. Tegelijkertijd werd duidelijk dat Nederland haar rol als gidsland op het gebied van mediation eigenlijk was verloren. In veel andere landen was immers een stevige wettelijke verankering van mediation gerealiseerd, met als gevolg een eigenstandige volwassen positie van mediation als erkend alternatief voor de traditionele rechtspraak.

Het uitstekende boek van Schonewille en Schonewille waarin de wereldwijde stand van zaken gedetailleerd werd beschreven, onderstreepte deze conclusie.²

Indien sprake is van een vorm van wettelijke verankering, kunnen ook kwaliteitseisen aan het vak worden verbonden. Italië zette een grote stap voorwaarts toen de Italiaanse minister-president – overigens gedwongen door de onmetelijke achterstanden van de rechtspraak – verordonneerde dat toegang tot de rechter in een relatief groot aantal soorten zaken niet meer mogelijk was zonder eerst mediation te hebben geprobeerd. Dit decreet werd later omgezet in een wet en functioneert sindsdien.

In Nederland was ondertussen wel een register voorhanden van het NMI, dat jarenlang aanjager was geweest van de ontwikkeling van mediation. De eisen aan de mediator waren evenwel zeer laag (drie mediations per jaar). Een ontwikkeling die was ingezet om tot meer ervaren registermediators te komen, was inmiddels beëindigd. De markt reguleerde zichzelf niet afdoende. De kwaliteit van door inschrijving in het register erkende mediators werd immers niet voldoende gewaarborgd en de ontwikkeling van mediation als een volwaardig onderdeel van de geschilbeslechtingswaaier in Nederland werd niet gerealiseerd. Daarmee werd het enorme potentieel van mediation naar het oordeel van velen niet voldoende benut. Actie was geboden.

Na een lange periode van voorbereidingen, overleg, discussie, het houden van een reeks van lezingen en een internetconsultatie over het onderwerp, werd in 2013 een drietal initiatiefwetsvoorstellen ingediend door het Tweede Kamerlid Van der Steur. De wetsvoorstellen hadden betrekking op:

- regels omtrent de registratie en de bevordering van kwaliteit van registermediators;
- het bevorderen van mediation in het civiele recht; en
- het bevorderen van mediation in het bestuursrecht.

Doel van de wetgeving was om enerzijds het begrip mediation en de basale uitgangspunten ervan vast te leggen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Een ander doel was om ervoor te zorgen dat de meest relevante beroepsgroepen – advocatuur en rechtspraak – door middel van ‘nudging’ gestimuleerd werden na te denken over mediation en mediationclausules te respecteren, zonder dat er van verplichte mediation sprake zou zijn. Daarnaast zou er een wettelijk register worden geïntroduceerd met door de minister van Justitie en Veiligheid te stellen kwaliteitseisen. Dat register zou ook voorzien in specialismen zodat de rechtzoekende zich kon wenden tot een mediator die qua opleiding en ervaring geschikt zou zijn voor de gewenste rol. Daarmee werd het vertrouwen dat gesteld werd in de mediators ook gewaarborgd. De drie initiatiefvoorstellen van Kamerlid Van der Steur zijn het onderwerp van hoofdstuk 3.

Voordeel en succes van mediaton

Mediation heeft een aantal voordelen ten opzichte van de traditionele rechtspraak. Ten eerste stelt mediation partijen in staat om een geschil zelf op te lossen. Ten tweede komt tijdens een mediation niet alleen het geschil zelf, maar ook het onderliggende conflict en de daarmee gepaard gaande emoties op tafel. Dit leidt tot een duurzame oplossing. Ten derde moet de oplossing door alle partijen worden onderschreven, wil een mediation succesvol zijn. Anders dan in de traditionele rechtspraak (of bij arbitrage of bindend advies), wordt een oplossing door de betrokken partijen gezamenlijk gedragen. Zij

² M. Schonewille & F. Schonewille, *The variegated landscape of mediation. A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World*, Eleven International Publishing 2014.

worden niet geconfronteerd met een gerechtelijke uitspraak die wellicht door geen van de betrokken partijen werd gewenst. Ten vierde stelt mediation partijen vaak weer in staat om gezamenlijk verder te gaan. Onderling begrip kan zijn verbeterd en door oplossing van het geschil en het onderliggende conflict is er ruimte voor voortzetting van contacten. In het geval van familieruzies, erfeniskwesties, arbeidsgeschillen en echtscheidingen is dat vanzelfsprekend van groot belang. Ten slotte blijkt uit de cijfers in de afgelopen jaren dat de eindoplossing ook in vrijwel alle gevallen wordt nagekomen. Er is geen opvolgende (incasso)procedure nodig om partijen te dwingen de gemaakte afspraken uit te voeren. Een geslaagde mediation kan daarmee aanzienlijk goedkoper en efficiënter zijn dan een gerechtelijke procedure. Een niet geslaagde mediation leidt er veelal toe dat partijen tenminste hebben onderzocht of zij in staat en bereid zijn het geschil onderling op te lossen.

Wettelijke verankering noodzakelijk

Zowel de traditionele rechtspraak als bindend advies en arbitrage zijn in de wet verankerd. Deze geschilbeslechtingsmethodes worden mede om die reden voor ‘vol’ aangezien. Mediation is onbetwist een vierde pijler van geschilbeslechting. Het is lastig in te zien dat wettelijke verankering van mediation tot juridisering zou kunnen leiden, hetgeen de Afdeling advisering van de Raad van State wel degelijk beweerde (zie hoofdstuk 3). Integendeel: een duidelijk wettelijk kader zorgt voor een vaste plek in het rechtsbestel van mediation en waarborgt een deskundige en efficiënte wijze van geschiloplossing. De al jaren bestaande tegenstand – veelal gebaseerd op onbekendheid en dus koudwatervrees – bij de advocatuur kan worden weggenomen door middel van wettelijke verankering en het creëren van een kwalitatief hoogwaardige doelgroep. Het stimuleren van begrip bij de traditionele advocatuur over wat mediation kan doen voor partijen die zich geconfronteerd zien met een geschil, kan ook geen kwaad. Al met al voldoende reden om de initiatiefwetsvoorstellen in te dienen.

Initiatiefnemer Van der Steur wordt minister

Doordat de initiatiefnemer tot het ministerschap van Veiligheid en Justitie werd geroepen, eindigde de behandeling van de wetsvoorstellen in de Tweede Kamer. De minister nam de wetsvoorstellen over en luidde daarmee een nieuwe fase in voor de wetsvoorstellen. Een overzicht van deze voorstellen staat in hoofdstuk 4. Een gecompromeerd wetsvoorstel ging in consultatie, maar werd door het voortijdig afbreken van de rol van minister niet afgerond. Opvolgende ministers hebben er onvoldoende prioriteit aan gegeven, vooral vanwege een gebrek aan consensus bij de praktijk over de af te leggen route. Enkele in dit kader relevante stukken, kan de lezer vinden in hoofdstuk 5. Eindresultaat is dat bijna tien jaar later de wettelijke verankering van mediation in Nederland nog altijd niet is gerealiseerd en dat de beroepsgroep het nog steeds moet stellen zonder de noodzakelijke kwaliteitseisen. Het is hoog tijd dat daar verandering in wordt gebracht. Tweede Kamerlid Ulyse Ellian heeft daarop verschillende initiatieven genomen om de beroepsgroep dichter bij elkaar te brengen. Inmiddels heeft dat er mede toe geleid dat de minister van Rechtsbescherming voornemens is een tweelijns aanpak te volgen. Allereerst krijgt de beroepsgroep tot het einde van 2022 om samen te zorgen voor verbeterde regulering en registratie. Wordt deze deadline niet of niet voldoende gehaald, dan neemt de minister het initiatief over en zal hij een overheidsregister inrichten. Daarnaast is er een motie aangenomen, die ziet op de opdracht voor de Raad voor Rechtsbijstand. Meer informatie over de recente ontwikkelingen staat in hoofdstuk 6.

Leeswijzer

Dit boek geeft een overzicht van de gedane pogingen tot (nationale) mediationwetgeving en de

memories van toelichting daarop. Hierbij wordt aangegeven welk deel is toegevoegd ten opzichte van het originele wetsvoorstel (door middel van onderstrepen) en welk deel in latere versies is ~~weggelaten~~ (door middel van doorhalen). Hetzelfde geldt voor de memories van toelichting.

HOOFDSTUK 1 DE DEFINITIE VAN MEDIATION

Alvorens de verschillende pogingen tot mediationwetgeving langs te lopen, is het wenselijk om het begrip ‘mediation’ te ontleden. In dit hoofdstuk zijn een aantal artikelen en stukken opgenomen, die invulling geven aan voornoemd begrip. Te beginnen met een artikel van Jacques de Waart, waarin hij schrijft wat volgens hem de definitie is van mediation.

De ethische definitie van mediation

*Jacques de Waart in Tijdschrift Conflictantering*³

Over een definitie van mediation valt veel te zeggen. Niet voor niets waagt het nieuwe mediation-wetsvoorstel zich maar niet aan een definitie, waarschijnlijk omdat het mediationveld zelf het ook nog niet eens is kunnen worden over dé definitie. Graag deel ik bij deze mijn definitie van mediation die nauw verband houdt met ethiek, het thema van deze TC.

‘Mediation is het in gezamenlijke opdracht van partijen door een onafhankelijke neutrale derde begeleid proces, dat als doel heeft partijen in onderling overleg de door hen gedeelde norm te laten (her)vinden, waar die (schijnbaar) ontbreekt terwijl daar bij partijen wel behoefte aan is.’

Een *norm* is volgens Van Dale ‘regel, richtsnoer, de toestand die voor een categorie van personen of zaken de gewone is of waarnaar zij zich kunnen of moeten richten.’ Partijen in mediation zoeken met elkaar naar het antwoord op de vraag: ‘Wat vinden wij met elkaar gewoon?’, omdat kennelijk niet voortgegaan kan worden met het naast elkaar bestaan van verschillende opvattingen daarover. Het schuurt ergens; men komt elkaar tegen, in de ongemakkelijke zin van het woord. Of men wil of niet, men moet er iets mee; er is behoefte aan de gedeelde norm.

Onder normen liggen *waarden*. Waarden zijn de meer algemeen geformuleerde oriëntatiepunten voor ons handelen.⁴ Normen zijn specifieker. Waarden hebben normen nodig om concreet te maken welk gedrag wenselijk is. Als eerlijkheid een waarde is, dan krijgt die waarde concreet invulling met de norm ‘alle beschikbare informatie wordt gedeeld met allen die deze informatie aangaat’. Dezelfde waarde kan leiden tot verschillende normen. Dat is waarom de mediator pelt tot de onderliggende drijfveren in beeld zijn, als gemeenschappelijk oriëntatiepunt voor nieuwe gezamenlijk gedragen concretisering.

Ethiek is de zedenleer, praktische wijsbegeerte die handelt over zedelijke begrippen en gedragingen. Het begrip houdt nauw verband met *ethos*: de zedelijke houding of motivatie. Zedelijk is overeenkomstig de zeden. En *zede* is de instelling of handelwijze die in kleinere of grotere kring algemeen in gebruik of traditioneel van kracht is en goed genoemd wordt; of: die gedragingen en handelingen die in zekere kring algemeen als goed of geoorloofd gelden en aanvaard worden.⁵ In die zin is de juridische term ‘goede zeden’ een pleonasme; er zijn geen slechte zeden (hooguit lichte).

Zachte – in de zin van subjectieve – begrippen allemaal, die de neiging hebben tot cirkelredenering: ethisch is volgens de zeden; zeden is wat algemeen als goed geldt; dus ethisch handelen is goed

3 J. de Waart, ‘De ethische definitie van mediation’, TC 2013/6.

4 H. Prein e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 327.

5 *Wederom allemaal: Van Dale, Groot woordenboek van de Nederlandse taal.*

handelen; om te weten wat goed is, zoeken we naar de daarvoor heersende norm; norm blijkt dat wat voor een categorie van personen gewoon is. Dus ‘goed’ is geen waarde in zich maar ‘dat wat gewoon is’. Daarmee hebben we nog steeds niet de toets gevonden om ons aan te ijken, tenzij we daarbij volstaan met ons te voegen naar wat de groep, waar we bij willen horen, van ons verwacht.

Uit het voorgaande blijkt dat de essentie van ethiek niet is gelegen in de statische objectieve beoordeling, maar in de onderlinge afstemming met anderen. Allereerst omdat we van verschillende groepen deel uitmaken en voorts omdat *wat in zekere kring als geoorloofd geldt*, niet anders dan in onderlinge samenhang zijn invulling kan krijgen. Ethisch handelen is de bereidheid de norm steeds weer te hervinden in afstemming met de ander waarmee je verbonden wenst te zijn. Om die norm te kunnen verstaan is begrip nodig van de onderliggende waarde(n).

Precies dat is wat mediation faciliteert: het (her)vinden van wat in kleinere of grotere kring algemeen als goed of geoorloofd geldt en aanvaard wordt en vanuit welke waarde dat invulling krijgt. De kring wordt daarbij bepaald door diverse betrokkenen in de mediation: partijen (met achterban), partijbegeleiders, adviseurs, derde-belanghebbenden en derde-betrokkenen die allen met partijen verbonden zijn.⁶

Een conflict gaat over essentiële onderliggende waarden, anders was het niet geworden tot een conflict. De kennelijke noodzaak om met de ander tot afstemming te komen, brengt het spanningsveld met zich van enerzijds de behoefte aan ruimte om elk de eigen belangen te realiseren en anderzijds de behoefte te komen tot constructief samenwerken ten behoeve van het realiseren van die belangen.

Mediation is ethiek, namelijk het faciliteren van het vinden van de gedeelde goede norm. Goed voor betrokkenen, met de mediator als instrument. Precies om die reden moet niet de mediator zijn of haar norm inbrengen. Hoewel... ook de mediator heeft zijn eigen ethische grens.

Verdieping definitie mediation

Bovenstaand artikel krijgt een vervolg door een brief van Jacques de Waart aan het Tweede Kamerlid Gerard Schouw (D66). Schouw had een amendement ingediend op een wetsvoorstel van het Tweede Kamerlid Van der Steur (VVD).⁷ Volgens De Waart ging dat amendement echter uit van een verkeerde definitie. De Waart schreef daarom aan Schouw de volgende brief waarin hij uitlegt wat mediation inhoudt:

‘Geachte heer Schouw,

Bij deze reageer ik op het door u ingediende amendement op het wetsvoorstel mediation voor wat betreft de definitie. De invulling die u aan de definitie wenst te geven leidt tot misvatting over de essentie en voorts tot overbodige toevoegingen.

Vanuit welke achtergrond ik dat doe schets ik u onderaan dit bericht.

⁶ Zie over betrokkenen de negen mediationrollen in Prein e.a. 2013, hoofdstuk 7 en M.
⁷ In hoofdstuk 3 komt dit wetsvoorstel van het lid Van der Steur aan de orde.

Opmerkingen bij amendement betreffende de definitie

Uw definitie hanteert een onduidelijk en onjuist normbegrip. Een conflict is veel méér dan een geschonden rechtsnorm (regelperspectief). Er zijn verschillende perspectieven van waaruit een conflict kan worden gezien. De literatuur onderscheidt zes perspectieven: het regelperspectief, het sociale-uitwisselingperspectief, het systeemperspectief, het psychodynamisch perspectief, het sociaal-constructivistisch perspectief en het psychodynamisch perspectief.

De door u gevolgde redenering gaat mijns inziens mank op een aantal punten.

‘Er wordt immers vaak helemaal geen norm gedeeld.’

Een conflict is een botsing van normen. Dat wat de één graag ziet als oplossing verschilt van wat de ander graag ziet als oplossing. Dat wat de één in de gegeven situatie ‘normaal’ vindt, vindt de ander kennelijk niet ‘normaal’. Een conflict typeert zich door ingenomen standpunten. Die standpunten zijn een door betrokkene gekozen oplossing die verschilt van de door de ander gekozen oplossing.

Mediation is nu net het proces waarin partijen zich van dat verschil bewust zijn en met elkaar beogen een oplossing te vinden die voor beiden aanvaardbaar is. Dat vergt een exploratie van onderliggende uitgangspunten en drijfveren om vanuit begrip van (en voor) die wederzijdse wensen en behoeften (in jargon: belangen) te zoeken naar ‘common ground’: dat wat de betrokken partijen in gezamenlijkheid als norm kunnen delen, norm in de zin van normaal, voor alle partijen aanvaardbaar.

Om die reden is de gedeelde norm (her)vinden de essentie van mediation, zoals in het wetsvoorstel in de definitie opgenomen. Voor zover dat niet wordt bereikt betreft het een niet geslaagde mediation.

‘... terwijl er wel een compromis tot stand komt. Daarbij wordt geen norm gedeeld.’

De toegevoegde waarde van mediation betreft nu juist de ruimte voor exploratie van onderliggende uitgangspunten en drijfveren, vanuit de wetenschap dat vanuit kennis van onderliggende belangen wederzijds begrip in beeld komt, wat leidt tot ruimte in creëren van oplossingen. Dat is wat anders dan het door u genoemde compromis dat in die vorm een middeling is van ingenomen of bijgestelde standpunten. Er is een wezenlijk verschil tussen het zoeken van een midden tussen ingenomen standpunten (conflictstijl ‘het compromis zoeken’) en het zoeken van een gezamenlijke oplossing die voorziet in de onderliggende belangen van beide partijen (conflictstijl ‘samenwerking’). Het compromis zoals u dat aanhaalt is hetgeen ook met succes bij de rechterlijke schikking kan worden bereikt. Als een dergelijk ‘compromis’ in mediation het eindresultaat is, zal dat zijn omdat partijen dat als gedeelde norm accepteren.

‘...maar (wordt) een concessie aan de eigen norm gedaan.’

Norm in de zin van de definitie in het wetsvoorstel is niet een begrip dat voor onderhandeling vatbaar is, in tegenstelling tot waar u kennelijk op doelt. Er kan geen concessie gedaan worden aan wat partijen normaal vinden. Wat mediation wél brengt is dat partijen een ander beeld en begrip krijgen van hun eigen situatie, die van de ander en van ieders perceptie op zijn/haar situatie. Dat leidt of kan leiden tot een al dan niet gezamenlijke herdefiniëring van begrippen en daarmee ook van wat

aanvaardbaar is, of te wel wat 'normaal' is. Zonder dat een concessie wordt gedaan aan de eigen norm.

In het wetsvoorstel zoals voorgelegd aan de Raad van State was welbewust afgezien van een definitie, vanuit de gedachte dat de wet op de registermediator slechts een beperkte vorm van mediation beoogt te regelen, die genoegzaam blijkt uit hetgeen in dat wetsvoorstel is bepaald. De kernwaarden, voor zover relevant, zoals bijvoorbeeld de vertrouwelijkheid, zijn opgenomen in de verschillende artikelen.

Dat de definitie toch in het wetsvoorstel is opgenomen, is om het onderscheidenlijk karakter van mediation te verduidelijken ten opzichte van reeds bestaande wijze van geschilbeslechting. Ten behoeve van het doel van de wet is het van belang mediation zo te definiëren dat het zich beperkt tot de kernwaarde, het vinden van de gedeelde norm. Dit is de essentie waarmee mediation zich onderscheidt van alle andere bestaande wijzen van geschilbeslechting. Mediation is meer dan een geleide onderhandeling naar een compromis.

De voorgestelde definitie beperkt zich juist tot deze kernwaarde van mediation. In uw definitie ontbreekt die kernwaarde en is slechts sprake van een opsomming van een aantal kenmerken.

Kenmerken die niet de onderscheidenlijke essentie betreffen. Zo blijkt al uit 'behoudens andere afspraken'. Zo bestaat er voor partijen de mogelijkheid af te zien van vertrouwelijkheid. Zo bestaat er voor partijen de mogelijkheid gebruik te maken van mediation zonder dat de daartoe gesloten overeenkomst schriftelijk wordt vastgelegd (buurtbemiddeling). Zo roept 'een kwestie die hen verdeeld houdt' in de door u voorgestelde definitie meer vragen op dan dat het verduidelijkt.

Mediation is een ruim begrip en kent vele verschijningsvormen. De wet beoogt slechts een bepaalde vorm te regelen, juist met respect voor het bestaan van andere vormen van mediation. Zo valt bijvoorbeeld de eveneens zeer waardevolle buurtbemiddeling buiten de reikwijdte van de wet. De voorgestelde definitie doet recht aan mediation als toegevoegde waarde in het veld van geschilbeslechtingmethoden.

Mijn achtergrond

Het voorgaande schrijf ik vanuit mijn nauwe betrokkenheid bij de ontwikkeling van mediation sinds 2000, onder meer als: trainer van de rechterlijke macht voor het – destijds - LBM (Landelijk Bureau Mediation naast rechtspraak); trainer van advocatuur en mediators; voorzitter van de NVVMA (Nederlandse vereniging van mediation-advocaten); lid van de WBC (Waarborgcommissie kwaliteit mediators – destijds - DNV / NMI); mede initiatiefnemer tot samenwerking en meer eenduidigheid binnen het mediationveld, resulterend in de huidige MFN; lid CEM (Commissie Evaluatie Mediators in verwijsoorzieningen van de overheid); bestuurslid van de VCM (Vereniging Corporate Mediation); mediator.

Met vriendelijke groet,

Mr. Jacques A.Th.M. de Waart