

De essentie van mediation

Door Elodie van Sytzama

Toen mediation in Nederland haar intrede deed werd de essentie van mediation benoemd met twee factoren: vertrouwelijkheid en vrijwilligheid. Die factoren doen naar mijn mening geen recht aan het onderliggende principe, de echte essentie dus, waar het bij mediation om gaat, partijautonomie. Bovendien lijkt het of het noemen van deze twee 'v-factoren' steeds vaker aanleiding geeft tot het stellen van regels, hoe mediation hoort te worden uitgevoerd. Ik pleit ervoor de steeds sterker wordende regels, die mediators en hun instituten elkaar opleggen, los te laten en terug te gaan naar partijautonomie. Waarom licht ik toe. Eerst noem ik kort een paar ontwikkelingen in Nederland waaruit blijkt dat vertrouwelijkheid en vrijwilligheid niet zo essentieel zijn voor mediation als vaak wordt gesteld. Daarna geef ik aan waarom ik vind dat we terug moeten naar de basis, en hoe de mediator partijautonomie kan waarborgen.

Vaak vertellen mediators elkaar – al dan niet op hoge toon – wat er wel en niet mag in mediation. Ik vraag mij af of het mediationvak gediend is met al te dogmatische stellingen en het krampachtig vasthouden aan regels over wat allemaal mag en niet zou mogen. Begrijp mij goed: vrijwilligheid en vertrouwelijkheid zijn nuttige aspecten van mediation, maar het is niet de essentie. De essentie is dat de partijen verantwoordelijk zijn, autonoom. Dit in tegenstelling tot de andere vormen van conflictoplossing. In rechtspraak, arbitrage, klachtencommissies en allerlei afgeleide vormen die ons polderland rijk is, wordt de macht over de uitkomst van het geschil juist uit handen gegeven én in wetten en regelgeving is vastgelegd hoe het proces dient te verlopen. Het onderscheid met mediation is juist dat bij zowel de inhoud als het proces de macht bij partijen blijft. De kracht van mediation is dat binnen de mediation geen vaste procedureregels gelden. De manier waarop cliënten hun proces willen inrichten is aan hen. Zij kiezen zelf de mediator die bij hen en bij hun geschil past. Zo zou het althans moeten zijn. Partijautonomie is immers de grondslag van mediation.¹

Belang van vrijwilligheid

Vrijwilligheid is niet zo essentieel voor mediation als vaak wordt gesteld. In het eerste WODC-rapport (2003) werd vastgesteld dat een gedwongen start van de mediator op zich geen verschil maakte voor het succes van de mediation.² Tot die tijd werd

onder vrijwilligheid zowel de vrijwillige aanvang als de vrijwillige tussentijdse beëindiging van de mediation verstaan. Er werd geen onderscheid tussen de twee gemaakt. Sinds dat rapport wordt geaccepteerd dat mediation gestart onder zachte dwang of liever met enige aandrang tot goede uitkomsten voor beide partijen kan leiden. Goede mediators weten weerstand van partij(en) die door overeenkomst of rechter naar mediation verwezen worden om te buigen naar commitment. Een vrijwillige start bleek dus niet meer tot de essentie te horen. En zelfs de vrijwillige tussentijdse beëindiging op zich en vertrouwelijkheid zijn niet de essentie waar mediation om draait. Als voorbeeld noem ik een excentrieke mediationmethode, forensische mediation, om aan te geven dat in plaats van de genoemde factoren, juist het principe van partijautonomie in alle mediation methoden zo sterk geldt.

Partijautonomie

Partijautonomie geldt voor alle vormen van mediation te allen tijde. Partijen zijn in staat om zelf tot de beste oplossing voor hun conflict te komen. De verantwoordelijkheid ligt bij hen, en moet ook steeds weer bij hen worden teruggelegd. Mediation gebaseerd op het principe van partijautonomie geeft partijen de kans hun conflict op hun eigen manier op te lossen. Dat is een kostbaar iets in een maatschappij waar regels steeds meer de overhand krijgen over principes. Mensen en hun relaties zijn niet altijd in regels te vatten.³ Het gaat niet

om de regels, het gaat om de onderliggende essentie, partijautonomie, een kans om het zelf op te lossen.

Rol van de mediator

Een mediator kan er natuurlijk niet zomaar op vertrouwen dat de partijen wel weten wat ze doen. Niet voor niets wordt hij door hen ingeschakeld en niet voor niets worden er hoge eisen aan hem gesteld als professional. Hij moet zich er wel van vergewissen dat partijen weten waarover ze iets gaan beslissen, en ieder voor zich ook weten wat ze willen. De mediator heeft de kennis en kunde die partijen ontberen in hun conflict en stelt die ter beschikking aan partijen. Wat is het dan precies dat de mediator aan partijen moet vertellen? In mediation wordt vaak gesproken over transparantie, transparant zijn in wat je doet en wat het met je doet. De mediator moet transparant zijn. En er zijn regels die aangeven wat er moet worden besproken aan het begin van de mediation. Deze blijken veelal uit de mediationovereenkomst, maar mediators in Nederland, en andere landen, zijn het niet eens wat daar precies in moet staan, of zelfs of die overeenkomst wel een plaats moet hebben. Waar gaat het nu eigenlijk om? Het gaat om partijautonomie, dat partijen in de mediation zelf tot een oplossing komen met behulp van de mediator. Partijen moeten dus de informatie krijgen op basis waarvan zij keuzes kunnen maken over het mediationproces en over het geschil en op een zodanige wijze dat zij ook zelf in staat zijn die beslissingen te nemen, eventueel met bijstand. Om de partijautonomie te kunnen waarborgen zou de dienstverlening door de mediator moeten zijn gebaseerd zijn op het principe van *informed consent*.

Dit is niets nieuws, het is van toepassing daar waar professionals diensten verlenen aan cliënten. Forest Mosten noemde het *unbundling*.⁴ Unbundling is het opknippen

Reacties op de in de rubriek *Opinie* geplaatste artikelen worden door de redactie bijzonder op prijs gesteld. U kunt uw reactie mailen naar het redactiesecretariaat (info@lissettesloots.nl).

van de dienstverlening in verschillende elkaar opvolgende handelingen. Voorafgaand aan het ter hand nemen van de opdracht bespreekt de professional, bijvoorbeeld de familierechtadvocaat, welke handelingen relevant zijn en welke alternatieven er zijn. De cliënt beslist daarna en in overleg wat hij nodig heeft. In plaats dat de professional het van de cliënt overneemt, gaat het er nu om hoe hij de cliënt, het meest toegespitst op zijn noden en wensen, van dienst kan zijn met de kennis, kunde en vaardigheid die hij bijdraagt. Hij is dus complementair aan de cliënt.

Informed consent

Een recent artikel van professor Lela P. Love geeft een overzicht van het onderzoek op het gebied van informed consent in mediation in de Verenigde Staten.^{5,6} Prof. Love schrijft: *'Anyone who dares to explore the field of informed consent in alternative dispute resolution quickly comes to appreciate the quagmire of differing expert view points, of conflicting (or silent) codes of conduct, status and rules, of divergent definition of processes, and of the complexity of the topic generally.'*

Het onderzoek in Nederland op de toepasbaarheid van informed consent in mediation staat in de kinderschoenen. Laat dit niemand weerhouden dit onderwerp voor Nederland verder uit te werken.

Het recht op informatie vormt de grondslag van de mogelijkheid keuzes te maken en dus van het principe van autonomie. Dat wordt nog eens onderstreept door de definitie van informed consent voor mediators door prof. J. Nolan-Haley: *'A robust theory of informed consent requires that parties be educated about mediation before they consent to participate in it. (...) Informed consent serves the values of autonomy, human dignity, and efficiency. It guards against coercion, ignorance and incapacity that can impede the consensual underpinnings of the mediation process.'*⁷

Uitgaande van het principe van de autonomie van de cliënten dient de mediator hen te informeren op een zodanige wijze dat zij ieder een weloverwogen beslissing kunnen nemen over de verschillende stappen in de mediation, denk aan het aangaan van de mediation, geheimhouding, caucus, ondersteuning door een expert, etc. De mediator geeft de cliënten informatie over voors en

tegens, over alternatieven en consequenties. Het is maatwerk. De mediator moet checken of de informatie aangekomen is. De ene cliënt heeft nu eenmaal meer woorden nodig dan de ander en kan op een moment meer informatie verwerken dan de ander. Dit gegeven veronderstelt dan ook dat je informatie toevoegt en bijstelt naarmate je de cliënten beter leert kennen, merkt hoe informatie aankomt etc. Met de informatie nemen cliënten een expliciete beslissing. Het kan best zijn dat ze het aan de mediator overlaten om te beslissen, mits hij de informatie heeft gegeven en heeft gecheckt dat het is aangekomen.

Toestemming

Ten opzichte van andere professies (advocatuur, geneeskunde) is er een verschil. In mediation wordt onderscheid gemaakt tussen informatie over het proces en informatie over de inhoud. De mediator bewaakt het vertrouwen dat zijn cliënten in hem hebben en beperkt zich in principe tot informatie over het proces. Verder is het aan de mediator om erop toe te zien dat partijen zich over de inhoud en de gevolgen van een beslissing over het geschil voldoende laten informeren zodat zij niet achteraf 'spijt krijgen op basis van non-informed consent'.⁸

Nolan-Haley noemt het 'participant en outcome consent in mediation'. Zij schrijft: *'Meaningful consent must be voluntary and should be given with an understanding of its attendant consequences. Consent to participate in the mediation process, what I will call "participation consent", has several dimensions. It involves a conscious, knowledgeable decision to enter into the mediation process, and to continue participation in mediation through good faith negotiations. This is more than a matter of signing a form agreement to mediate. It involves an ongoing commitment to honor the integrity of the mediation process. (...)*

*Consent to outcome reached in mediation, what I will call "outcome consent", involves a separate decision to accept the agreement that is reached with an understanding of its content, its consequences and what options are being waived by such consent. This requires sufficient factual and substantive information. In this sense then disclosure and consent are linked concepts and, without sufficient disclosures, "outcome consent" is suspect.'*⁹

Conclusie

Dat de macht bij partijen ligt impliceert dat die macht niet in regelgeving ligt of bij wat anderen of de dogmatiek zouden opleggen. Uitgangspunt is dat de partijen zelf samen de regels maken bij iedere mediation opnieuw en dat er geen vaststaande regels zijn in de mediation. De mediator heeft zijn eigen manier van werken en zal dat vooraf met partijen bespreken, zij kunnen zelf kiezen met welke mediator zij de mediation willen aangaan. Dat is informed consent. Alleen op deze manier is de essentie van mediation, partijautonomie, gewaarborgd en houden partijen het heft in eigen hand. Ik stel daarom voor de essentialia van vertrouwelijkheid en vrijwilligheid te vervangen door partijautonomie en informed consent.

Noten

- 1 Zie onder andere de Amerikaanse Model Standards of Conduct for Mediators, Standard 1 (2005): *A mediator shall conduct a mediation based on the principle of party self-determination.*
- 2 L. Combrink-Kuiters e.a., *Ruimte voor mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, Den Haag: WODC 2003.
- 3 Zie onder andere A.F.M. Brenninkmeijer, 'Op de grens van rechtsorde en rechtschaos', *Ars Aequi* 2005, p. 533.
- 4 Forest S. Mosten, 'Unbundling: the future of family law practice', *The American Journal of Family Law* 1997, vol.11, p.1-11.
- 5 Professor Lela P. Love is een gerenommeerd schrijver en onderwijzer in conflict resolution in de Verenigde Staten. Zij is Professor of Law en directeur van het Kukin Program of Conflict Resolution op de Benjamin N. Cardozo School of Law in New York.
- 6 L.P. Love en J. W. Cooley, 'The Intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent: Warning the Unwary', *Journal on Dispute Resolution* 2006, p. 45-72.
- 7 J. Nolan-Haley, 'Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decision making', *Notre Dame Law Review* 1999, p. 775.
- 8 Zoals staat vermeld in de kwaliteitseisen van de toetstermen voor mediators, zie www.rechtspraak.nl.
- 9 Nolan Haley, idem noot 8.



Mr. Elodie van Sytzama is voormalig directeur van het Amsterdams ADR Instituut. Samen met dr. Alex Brenninkmeijer en dr. Martin Euwerna heeft zij de Master Advanced Dispute Resolution vorm gegeven.