

Mediation: verplicht of vrijwillig?

*R.W. Jagtenberg en A.J. de Roo**

Partijen in een conflict kunnen op uiteenlopende wijzen bij een mediator terechtkomen. Zij kunnen in een vroeg stadium van hun geschil spontaan voor mediation kiezen, of dat op basis van een eerder gesloten overeenkomst doen. Indien zij besloten hebben de rechter te adiëren, kan deze de partijen tijdens zitting alsnog wijzen op mediation als een beschikbare optie. Maar ook is denkbaar dat de wetgever partijen verplicht om eerst maar eens met een mediator rond de tafel te gaan zitten, alvorens zij de rechtszaal zelfs maar mogen betreden. Vooral de twee laatstgenoemde varianten trekken de aandacht in het huidige mediationdebat dat, net als deze bijdrage, de justitiële infrastructuur als uitgangspunt kiest. Naar aanleiding van de grote landelijke projecten *Mediation rechterlijke macht* en *Mediation gefinancierde rechtsbijstand* ligt immers de vraag voor, of structurele doorverwijzingmogelijkheden binnen de justitiële infrastructuur bestaansrecht hebben.

De titel van deze bijdrage is inmiddels van een bedrieglijke eenvoud. De suggestie wordt immers gewekt dat slechts een zwart-wit positionering denkbaar is. Hieronder zullen we echter laten zien dat er in de praktijk tussen beide uitersten nog vele grijstinten bestaan. Wij baseren ons daarbij primair op de gegevens verkregen uit het WODC-onderzoek *De praktijk van mediation in ons omringende landen* (De Roo en Jagtenberg, 2003). In dit onderzoek werd de praktijk van mediation binnen de justitiële infrastructuur geanalyseerd, op basis van wetgeving, rechtspraak, en een tiental empirische evaluatiestudies, verricht in met name Frankrijk, Engeland, Duitsland en Noorwegen. Het onderzoek heeft doorgeleidingsvarianten aan het licht gebracht in allerlei gradaties tussen volledige verplichting en volledige vrijwilligheid. Daarmee vormt dit WODC-onderzoek een interessante aanvulling op de grote landelijke projecten *Mediation naast rechtspraak* en *Mediation gefinancierde rechtsbijstand*. Binnen deze projecten heeft

* De auteurs zijn beiden werkzaam aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, sectie Rechtsvergelijking en tevens NMI mediator.

doorverwijzing naar mediation immers uitsluitend plaatsgevonden op basis van vrijwilligheid. De landelijke projecten laten door deze uniforme opzet geen gevolgtrekkingen toe ten aanzien van de effectiviteit van 'meer vrijwillige' dan wel 'meer verplichte' doorgeleiding. Op basis van de buitenlandse evaluatiestudies kunnen dergelijke gevolgtrekkingen echter wel gemaakt worden.

De aangetroffen schakeringen van verplichte of vrijwillige doorgeleiding en de effectiviteit van elke variant vormen de essentie van het eerste deel van deze bijdrage. Het gaat hierbij om een feitelijke analyse. Er is echter ook een normatief beoordelingskader denkbaar. Hier valt met name te denken aan de rechtstheoretische discussie over (in navolging van Owen Fiss) 'corrumpering van rechtsstatelijkheid' en 'rechtsverlies'. Meer concreet komt hier ook toetsing aan artikel 6 EVRM, het fundamentele recht op toegang tot de rechter, in beeld. In het tweede deel van deze bijdrage staat dit normatieve beoordelingskader centraal.

In de slotbeschouwing van deze bijdrage wordt op grond van de feitelijke en normatieve analyse geconcludeerd dat voor Nederland de zogeheten 'doorgeleidingsvariant 2b' de voorkeur verdient. Wat deze variant exact inhoudt, wordt hieronder uiteengezet.

Terminologisch glad ijs

Alvorens de Europese doorgeleidingspraktijk te schetsen, verdienen nog drie algemene aspecten de aandacht. Allereerst kan men een onderscheid maken tussen – enerzijds – het objectief verplichten en – anderzijds – het subjectief ervaren van een verplichting, waar objectief gezien echter vrijwilligheid bestaat. Reeds binnen het project *Mediation rechterlijke macht* kwam dit aspect naar voren: waar de rechter ter zitting mediation slechts als vrijwillige optie onder de aandacht bracht, meenden partijen toch vaak dat zij deze optie 'omdat de rechter het adviseert' niet zomaar naast zich neer konden leggen. Wij zullen ons hierna vooral op de objectieve dimensie van doorgeleiding richten.

Een tweede aspect betreft het stadium waarin vrijwilligheid en verplichting aan de orde zijn. Hier kunnen achtereenvolgens het initiële tracé naar mediation, de medewerking aan de mediationpoging zelf, en het resultaat van de mediation onderscheiden worden. In Europees verband bestaat er consensus, dat het resultaat van de mediation

– de inhoud van de minnelijke regeling – slechts vrijwillig tot stand mag komen. Dwangschikkingen zijn anathema. Verdeeldheid overheerst echter waar het betreft de medewerking aan het mediationproces, en, vooral, het initiële tracé naar mediation. Wij richten ons vooral op dit laatste aspect en spreken hier van doorgeleiding, in plaats van doorverwijzing, omdat bij enkele buitenlandse mediationprogramma's partijen, na indiening van een inleidend processtuk, ook zonder tussenkomst van de rechter met een mediator in contact komen.

Een derde aspect betreft de in elk rechtsvergelijkend onderzoek terugkerende kwestie van systeemspecifieke terminologie. Welke vlag dekt welke lading? Ten aanzien van Nederland heeft Pel bijvoorbeeld criteria bepleit aan de hand waarvan het traditionele schikken onder leiding van de rechter kan worden onderscheiden van werkelijke mediation (Pel, 2003). Een dergelijk onderscheid is zeker nuttig, en ook in enkele andere landen, zoals Noorwegen, meteen inzetbaar. Dat geldt echter lang niet voor alle landen. Er zijn aanwijzingen dat er zowel in Frankrijk als in Engeland onder de noemer *médiation*, dan wel *conciliation*, nu eens faciliterend, dan weer evaluerend, dan weer sterk op inhoud sturend wordt geopereerd. Prozaïsche factoren zoals leeftijd en ervaring van de mediator spelen daarbij nogal eens een rol. Wij gebruiken hierna uitsluitend de term mediation, maar tenzij anders vermeld dient men hier steeds op deze verschillende ladingen bedacht te zijn.

Schakeringen van dwang en vrijwilligheid

In het vergelijkende WODC-onderzoek maakte een quick scan van mediationregelgeving in elf Europese landen duidelijk dat het onderscheid tussen vrijwillige en verplichte doorgeleiding verfijning behoeft. Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen zes (sub)varianten op de schaal van vrijwillig naar verplicht:

1. partijen opperen de mogelijkheid;
- 2a. de rechter oppert de mogelijkheid, maar vrijblijvend;
- 2b. de rechter (of mediator) oppert de mogelijkheid, maar met deskundige uitleg;
- 3a. de rechter initieert, partijen kunnen sanctieloos afwijzen;
- 3b. de rechter initieert, maar nu kan op afwijzing een sanctie volgen;
4. beroep op de rechter staat niet open, zolang niet eerst mediation is geëntameerd.

Ad 1. Partijen kunnen – geheel op eigen initiatief – samen besluiten de rechter te verzoeken aan hen de mogelijkheid te bieden het aanhangig gemaakte geschil aan een mediator voor te leggen. Deze variant treft men aan in Duitsland in het recent aangepaste art. 278 *ZPO*, en soms ook bij het Franse instituut van de *Conciliateurs de Justice* (voor een inhoudelijke beschrijving moet hier korthedshalve verwezen worden naar het WODC-rapport).

Ad 2. De rechter kan partijen de mogelijkheid van mediation voorhouden (onder leiding van hemzelf, een speciale mediationrechter, of een externe mediator), of een externe mediator kan partijen die mogelijkheid voorhouden (zoals bij de individuele *ACAS*-conciliatie in Engeland). Het staat ieder der partijen vrij deze optie van de hand te wijzen, zonder dat de procedure voor de rechter hier op enigerlei wijze door beïnvloed wordt (ook geen vertraging). Deze variant, waarin dus een ander dan de partijen het idee oppert, kan zich als een pure formaliteit voltrekken (subvariant 2a – deze treft men meestal, doch niet altijd, aan bij de Franse *médiation judiciaire*). Het is echter ook mogelijk dat degene die het idee oppert tevens een deskundige, veelal op partijen toegesneden uitleg geeft over de mogelijkheden van mediation, en daarmee partijen wellicht enthousiasmeert. Deze subvariant 2b treffen we aan bij de *ACAS*-conciliatie in Engeland en de *rettsmekling* in Noorwegen. Ook in het project *Mediation Rechterlijke Macht* prevaleerde deze variant, waarbij partijen soms mondeling, soms schriftelijk benaderd werden, met uiteindelijk een zelftest.

Ad 3. Een rechter kan eigener beweging besluiten de mogelijkheden voor een minnelijke regeling te onderzoeken, zoals bij het Duitse *Arbeitsgericht*, of partijen eigener beweging mediation aanbevelen ten overstaan van een externe mediator, zoals bij de Engelse *Commercial Court orders*, of meer algemeen in het kader van de Engelse *Civil Procedure Rules*. Het verschil met de vorige variant is, dat de rechter hier rechtstreeks overgaat tot handelen, zonder dat eerst expliciete instemming van (beide) partijen is afgewacht. Het staat ieder der partijen echter in beginsel vrij de reeds gestarte verwijzingshandeling alsnog een halt toe te roepen, door kenbaar te maken dat men niet in mediation geïnteresseerd is. De gewone procedure herneemt dan zijn loop, soms met een lichte vertraging. Ook binnen deze variant kunnen twee subvarianten onderscheiden worden. Bij subvariant 3a blijft de weigerachtigheid van (een der) partijen zonder verdere gevolgen. Wij noemen dit de sanctieloze subvariant, waartoe de praktijk van het *Arbeitsgericht* en de vroegere *Commercial Court* praktijk behoort.

Daartegenover staat subvariant 3b, waarbij weigerachtigheid wel degelijk gesanctioneerd kan worden door de rechter, in de dan voortgezette gerechtelijke procedure, bijvoorbeeld in de vorm van een kostenveroordeling. Dit is de sanctiegestuurde subvariant, die men aantreft bij de latere *Commercial Court* praktijk, en de algemene praktijk onder de *Civil Procedure Rules*.

Ad 4. De wet bepaalt dat partijen (door de rechter) verplicht doorverwezen worden naar een externe mediator. De mediationverplichting houdt voor partijen doorgaans een verschijningsplicht voor de mediator in, hetzij ten behoeve van een kennismakingsgesprek, hetzij ten behoeve van een daadwerkelijke mediationpoging. Enkele voorbeelden: de procedure voor het *bureau de conciliation*, van de Franse *Conseil de Prud'hommes*, bij individuele arbeidsgeschillen; de procedure voor de *Riksmeklingsmannen* in Noorwegen, bij een dreigende staking; *family mediation* in Engeland bij een beroep op gefinancierde rechtshulp; het Noorse mediationprogramma voor scheidende ouders; de regionale Duitse procedures onder art. 15a *EGZPO* voor – met name – burenruzies en kleine vermogensrechtelijke geschillen.

In deze 'echt verplichte' variant moet de voorgeschreven gang naar de mediator altijd gemaakt worden door partijen, op straffe van niet-ontvankelijkverklaring in de gerechtelijke procedure. Behalve niet-ontvankelijkheid zijn ook andere fatale sancties aan de orde, zoals het onthouden van toekenning gefinancierde rechtsbijstand (*family mediation*) of een stakingsverbod (*Riksmeklingsmannen*).

Welbeschouwd is alleen de eerste variant geheel vrijwillig, en alleen de vierde variant geheel verplicht. Subvarianten 2a en 3b liggen dicht tegen 'vrijwillig' respectievelijk 'verplicht' aan. De subvarianten 2b en 3a vormen tussencategorieën waarbij het voor partijen altijd mogelijk, maar niet altijd gemakkelijk is om de mediation optie naast zich neer te leggen. In variant 3a omdat de rechter als het ware 'teruggefloten' moet worden, in variant 2b omdat partijen zich hier genoopt zullen voelen een eventuele weigering te onderbouwen met argumenten tegen de hen gepresenteerde deskundige schets van de mogelijkheden van mediation.

Waarom dwang?

De argumenten pro verplichte doorgeleiding mogen algemeen bekend worden verondersteld. Vanuit het bottom up perspectief van partijen wordt aangevoerd dat verplichting helpt, indien beide partijen eigenlijk wel in mediation geïnteresseerd zijn, maar vrezen met een voorstel daartoe een zwakgebod te doen. Vanuit het perspectief van (kwetsbare) derden-belanghebbenden en reductie van sociale kosten wordt gewezen op de noodzaak de direct betrokken partijen (scheidende ouders, werkgevers en vakbonden) in het belang van deze kwetsbare derden tot het uiterste te bewegen hun geschilpunten samen op te lossen.

En vanuit het top down perspectief van beleidsverantwoordelijken wordt gewezen op de noodzaak de overheidsrechtspleging zoveel mogelijk vrij te houden van geschillen die daar 'niet thuishoren', zoals geschillen die in de grond een bejegeningkwestie betreffen. Hier ontmoeten wij de Woolf-paradox: de toegang tot de rechter wordt uiteindelijk verbeterd door die toegang aanvankelijk te beperken door middel van een mediationfilter. Bij dit top down perspectief speelt uiteindelijk steeds de hoop op een significante besparing in de operationele kosten van de rechtspleging.

Is dwang effectief?

Uit de Franse, Engelse, Duitse en Noorse evaluatiestudies kunnen wel enige conclusies getrokken worden ten aanzien van de effectiviteit van al dan niet verplichte doorgeleiding. Hierbij zijn twee groepen onderzoeksgegevens van belang. Ten eerste het aantal zaken dat als percentage van het totaal aantal aanhangige procedures daadwerkelijk is doorverwezen. En ten tweede het percentage mediations dat vervolgens in een gemedieerde schikking tussen partijen heeft geresulteerd. De beide groepen onderzoeksgegevens kunnen, gekoppeld aan programma en doorgeleidingsvariant, als volgt worden geschematiseerd.

Mediationprogramma	Variant	Percentage 1 Mediations t.o. zaken totaal	Percentage 2 Schikkingen t.o. alle mediations
médiation judiciaire	2a	2 %	57 %
conciliateurs	1,2a	onbekend	47 %
conseil de prud'hommes	4	100 %	13 %
15a EGZPO Nordrhein Westfalen	4	100 %	35 %
Forlikrader	4	100 %	4 %
Rettsmekling	2a/b	14 %	80 %
Central London County Court	2a/b	5 %	62 %
Commercial Court	3a/b	50 %	50 %
Court of Appeal	2a/b	2 %	52 %
ACAS	2b	57 %	54 %

Welk patroon wordt nu zichtbaar? Waar sprake is van doorgeleidingsvarianten 2a of 2b (de rechter oppert slechts het idee), is het percentage van alle aanhangige zaken dat uiteindelijk bij een mediator terecht is gekomen in het algemeen vrij laag. Bij de *rettsmekling*, waar nogal eens een deskundige uitleg wordt gegeven, is het percentage iets gunstiger. Slechts bij de ACAS – waar het de mediator is die het idee vrijblijvend oppert, met deskundige uitleg – ligt het percentage ver boven de 50%.

Bij de doorgeleidingsvarianten 3a en 3b ligt het percentage gemiddeld rond de 50%, en bij verplichte doorverwijzing (variant 4) bedraagt het percentage per definitie 100%.

De tweede groep gegevens betreft als gezegd het percentage mediations dat vervolgens in een gemedieerde schikking tussen partijen resulteert. Zowel bij de varianten 2a en 2b, als bij de varianten 3a en

3b ligt dit percentage ten minste rond de 50 %, bij de varianten 2a en 2b vaak nog een stuk hoger. Bij werkelijk verplichte doorgeleiding (variant 4) daarentegen lopen de uiteindelijke schikkingpercentages sterk uiteen, maar in het algemeen liggen zij beduidend lager dan bij (semi-)vrijwillige doorgeleiding. Dat het aantal gemedieerde schikkingen bij verplichte doorgeleiding procentueel ongunstiger ligt dan bij (semi-)vrijwillige doorgeleiding zal niemand verbazen: als partijen het er samen over eens zijn dat een poging moet worden ondernomen, geeft dit reeds blijk van een wederzijdse onderhandelingsbereidheid.

Dat het aantal gemedieerde schikkingen bij werkelijk verplichte doorgeleiding procentueel ongunstiger ligt dan bij (semi-)vrijwillige doorgeleiding impliceert overigens nog niet dat daarmee ook het absolute aantal schikkingen in de verplichte variant ongunstiger is. Stel gerecht A behandelt duizend zaken per jaar. Hiervan worden er 150 (15%) vrijwillig doorverwezen, en daarvan wordt 50% geschikt ten overstaan van de mediator: het gaat dan uiteindelijk om 75 geschikte zaken.

Stel vervolgens dat gerecht B eveneens duizend zaken behandelt, en dat deze alle (100%) verplicht worden doorverwezen. Het schikkingpercentage bedraagt hier 15%. Dan gaat het in deze variant uiteindelijk om 150 geschikte zaken, dus nominaal tweemaal zoveel als in de vrijwillige variant.

Mag dwang eigenlijk wel?

Werkelijk verplichte doorgeleiding (variant 4) is, zoals wij zagen, voorzien in de wetgeving van diverse Europese landen. Maar is dwang daarmee ook toegestaan? Deze vraag is niet zonder praktisch belang. Wetgeving waarin een verplicht doorgeleidingsregime is vastgelegd kan immers getoetst worden aan algemene rechtsbeginselen en aan rechtstreeks werkend verdragsrecht.

Het ligt voor de hand eerst de relevantie van art. 6 EVRM te bezien. Verplicht voorgeschreven mediation impliceert immers mogelijk een inbreuk op het recht op toegang tot de rechter. Voor een onwillige partij is er slechts sprake van een nieuwe, verplichte voorprocedure die de aanlooproute naar de overheidsrechter alleen maar langer maakt, en waarschijnlijk ook duurder. Zo'n partij zou art. 6 EVRM kunnen inroepen met als argument dat de 'tijdigheid' van rechtspraak

wordt gefrustreerd en extra 'financiële drempels' worden opgeworpen. Of die specifieke insteek iets zou opleveren wagen wij echter te betwijfelen, indachtig de Straatsburgse jurisprudentie terzake.

Tijdigheid en extra financiële drempels

Voor wat betreft tijdigheid geldt weliswaar dat structurele vertraging in de overheidsrechtspleging aan de lidstaat wordt toegerekend, en dat daarbij in de beoordeling ook voorprocedures worden betrokken. Daar staat tegenover dat de beoordeling mede afhangt van de bijzondere omstandigheden van de zaak, en ook van de proceshouding van de appellant in die zaak. Dit criterium van proceshouding impliceert overigens niet een algemene zorgvuldigheidsplicht voor de procederende burger om procedures zo vlot mogelijk te laten verlopen (De Werd, 1999).

Voor wat betreft de extra financiële drempels: aan de toegang tot de rechter mogen formele beperkingen worden gesteld, waaronder financiële drempels, mits deze het recht in concreto niet in de kern aantasten, een rechtmatig doel dienen en in dat licht bezien evenredig zijn. Mede gezien de relatief beperkte duur van mediations zal een onevenredige inbreuk echter niet licht worden aangenomen.¹

Toetsingsomvang

Toch zou de onwillige partij ons inziens de 'variant 4'-wetgeving wel terzijde kunnen laten stellen met een beroep op art. 6 EVRM. De insteek zou evenwel anders moeten zijn: de verplichte doorgeleiding, zijnde de *ingangszijde* van de mediation, zou aangevochten dienen te worden via de *uitgangszijde*, te weten de toetsingsomvang van het bereikte resultaat. De Straatsburgse jurisprudentie terzake kan als volgt worden samengevat. ADR-procedures, waaronder mediation, kunnen een nuttige voorfase, of zelfs een alternatief ten opzichte van de overheidsrechter vormen. Het eindresultaat van dergelijke procedures dient zich evenwel te lenen voor *effective judicial review* door een instantie van overheidsrechtspraak, die zelf aan alle relevante art. 6 EVRM-vereisten voldoet. Mocht aan dit vereiste aan de uitgangszijde niet voldaan kunnen worden, dan geldt aan de ingangszijde dat partij-

¹ Dit alles neemt niet weg dat er nog vele vragen liggen op het vlak van tijdigheid en kosten. Bijvoorbeeld: hoe wordt de partij beschermd wiens tegenspeler de mediation als vertragungstactiek misbruikt? Vallen mediationkosten als buitengerechtelijke kosten aan te merken? Wat is het dekingsbeleid van rechtsbijstandverzekeraars in Nederland ten aanzien van mediation? Voer, wellicht, voor de departementale commissie FIM?

en vrijwillig voor de ADR-procedure gekozen moeten hebben. Nu is het dus de vraag of het resultaat van een succesvolle mediation zich leent voor effective judicial review; met andere woorden: kan dit resultaat 'vol' getoetst worden? Het antwoord zal ons inziens meestal ontkennend zijn. Wie van een gemedieerde schikkingsafpraak af wil, zal zich immers doorgaans op dwaling beroepen.² Maar bij een beroep op dwaling zal het onderhandelingsgedrag leidend tot de uiteindelijke schikking in beeld gebracht moeten worden. En dat kan nu precies niet, want een echte mediation die volgens het boekje is verlopen, valt immers onder de contractuele geheimhoudingsplicht van betrokkenen. Nu effective judicial review dus (meestal) uitgesloten zal zijn, zal aan de ingangszijde – bij de doorgeleiding – de eis van vrijwilligheid (meestal) van toepassing zijn. Wordt een gemedieerde schikking neergelegd in een arbitraal vonnis, dan zijn de problemen aan de uitgangszijde nog meer evident, en zal de eis van vrijwilligheid bij doorgeleiding zich nog sterker doen voelen.

Tussenconclusie

Uit het vorenstaande concluderen wij dat werkelijk verplichte doorverwijzing *ex lege* (variant 4) vrijwel steeds aangetast zal kunnen worden, en dus maar beter helemaal achterwege kan blijven. Hetzelfde geldt ons inziens *mutatis mutandis* voor de zogenoemde sanctiegestuurde variant 3b, waarbij de rechter initieert en een oncoöperatieve opstelling van partijen financieel kan afstraffen.

Van varianten 4 en 3b naar variant 2b

Deze tussenconclusie verkrijgt meer reliëf, door kort de situatie te bezien waarbij partijen elkaar contractueel gebonden hebben eerst een mediation te beproeven alvorens de gang naar de rechter te maken. 'De overeenkomst strekt de partijen tot wet', zo heette het immers in het oude BW. Hier geraken wij aan de bekendste Nederlandse doorgeleidingsuitspraak tot nu toe, te weten de zaak

² Deze mogelijkheid staat echter in het algemeen slechts open voor de niet in een professionele hoedanigheid handelende partij; gezien het kanselement in vaststellingsovereenkomsten is het zeer de vraag of ook de professional zich op dwaling zou kunnen beroepen.

Wilkens-Kempers. Oordelend in hoger beroep heeft de Rechtbank Amsterdam in deze zaak beslist dat het – in strijd met de contractuele verplichting – niet beproeven van mediation niet aan ontvankelijkheid in de weg staat. Van Schelven merkt in zijn annotatie terecht op dat de rechtbank dit oordeel op twee zelfstandige argumenten grondt: de aard van mediation als een consensueel proces, dat niet leidt tot een bindende beslissing van een derde; *en* het feit dat in deze zaak de wederpartij zich aanvankelijk evenmin op de mediationclausule had beroepen (Van Schelven, 2003). Wat kan men dus nog aanvangen met een contractueel verplichte doorgeleiding naar mediation, als beide partijen er niets voor voelen?

Indien wij nog een korte overstap maken naar algemene voorwaarden en CAO's, dan blijkt hier juist de wetgever ervoor te waken dat met name de one shotter – de consument of de werknemer – onverkort aan een verplicht voorgeschreven mediationprocedure gehouden wordt. Zou het niet vreemd zijn als diezelfde wetgever dan vervolgens zelf wél een verplichte mediationronde zou introduceren?

Om tot slot weer terug te komen op empirische argumenten: van de niet werkelijk verplichtende doorgeleidingsvarianten is variant 2b, de variant waarin de rechter (of mediator) het idee slechts oppert, maar daar wel meteen een deskundige uitleg bij geeft, het meest effectief gebleken. Wij zouden er dan ook voor willen pleiten in de toekomst met deze variant te opereren – of beter: te *blijven* opereren, want met deze zelfde variant is inmiddels immers ruime ervaring opgedaan binnen de landelijke projecten. Rechters, mediators en partijen zijn thans vertrouwd geraakt met deze variant, en het lijkt geen goed idee nu opeens een radicaal andere koers te gaan volgen. Op de rechter blijft dan wel de zware verantwoordelijkheid rusten om te selecteren in welke zaken de mediationoptie aan partijen wordt voorgelegd. De navolgers van Fiss, die de rechter vooral zien als bewaker van fundamentele publieke normen en waarden, zullen teleurgesteld zijn dat noch de landelijke projecten, noch het onderzoek naar de praktijk van mediation in ons omringende landen, een duidelijke catalogus met zaakgerelateerde doorverwijzingsindicaties voor de rechter (en de rechtstheorie!) heeft opgeleverd. Voor zo'n catalogus is de diversiteit aan zaken, en partijen, echter domweg te groot (vergelijk reeds Menkel-Meadow, 1985).

Slotbeschouwing

Op grond van – enerzijds – een feitelijke analyse van de effectiviteit van verschillende doorgeleidingsvarianten, en – anderzijds – een normatieve analyse van de toelaatbaarheid van werkelijk verplichte doorgeleiding, concluderen wij dat voor Nederland de zogeheten variant 2b geïndiceerd is, dat is de variant waarbij de rechter slechts het idee oppert een mediation te beproeven, maar daar meteen een deskundige, vaak op de partijen toegesneden uitleg bij geeft. Het is ook met deze variant dat inmiddels de meeste ervaring is opgedaan. De varianten 4 – waarbij beroep op de rechter niet open staat, zolang niet eerst mediation is beproefd – en 3b – waarbij de rechter doorverwijzing initieert, en op afwijzing een sanctie kan laten volgen – zouden een basis vereisen in nieuwe wetgeving, die echter terzijde zou kunnen worden geschoven door een onwillige partij, wegens strijd met art. 6 EVRM. Los daarvan staat vast dat werkelijk verplichte doorverwijzing resulteert in lagere percentages gemedieerde schikkingen.

Literatuur

- | | |
|---|---|
| <p>Menkel-Meadow, C.
<i>For and against settlement; uses and abuses of the mandatory settlement conference</i>
UCLA law review, 33e jrg., 1985, p. 485 e.v.</p> <p>Pel, M.
<i>De drievoudige taak van de rechter; schikken, doorverwijzen naar mediation, en/of beslissen</i>
In: A.F.M. Brenninkmeijer (red.), <i>De taakopvatting van de rechter</i>, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003</p> <p>Roo, A.J. de, R.W. Jagtenberg
<i>De praktijk van mediation in ons omringende landen</i></p> | <p>Den Haag, Ministerie van Justitie, WODC, 2003</p> <p>Schelven, P.C. van
<i>Mediation en de toegang tot de rechter</i>
Tijdschrift voor mediation, 7e jrg., nr. 2, 2003</p> <p>Werd, M. de
<i>Tijdigheid van rechtspraak en artikel 6 EVRM</i>
Trema; tijdschrift voor de rechterlijke macht, afl. 10, 1999</p> |
|---|---|