

Ton Hol: 'De mediator mag directief zijn'

'Er is volop toekomst voor mediation binnen de context van een kwalitatief hoogwaardige rechtsstaat.' Dat schreef Antoine ('Ton) Hol in het artikel 'Hoe de ontwikkeling van mediation past in een algemene tendens', eerder in dit tijdschrift.¹ Ton Hol is hoogleraar rechtstheorie en hoofd van het departement rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Utrecht. Wij zochten hem op om te spreken over de betekenis van 'mediation'. Hij laat ons zien dat je daar ook anders over kunt denken dan wij tot nu toe doen.

De MfN-gedragsregels schrijven voor dat de mediator zich primair faciliterend moet opstellen. Een directieve rol zou zich niet goed verhouden tot de neutraliteit van de mediator. Hoe kijkt u daartegenaan?

Ik denk in dit verband graag aan Socrates. Hij was een filosoof die niet vertelde hoe de wereld in elkaar zit, want dat is iets dat niemand vermag. Zijn uitgangspunt was dat mensen zelf het nodige weten, ze hebben dat alleen nog niet in de gaten. Door het stellen van goede vragen en door het confronteren met stellingen, in spraak en tegenpraak, wordt vanzelf duidelijk waar het om gaat. Socrates vergeleek zichzelf met een vroedvrouw. De vrucht is tot wasdom gekomen en moet enkel nog worden geboren. Dat is waar de vroedvrouw bij helpt. Je zou de mediator ook in die positie kunnen denken. Anders dan een rechter is hij niet degene die definieert wat het eigenlijke probleem is en hoe dat moet worden opgelost. De mediator helpt mensen expliciteren wat ze precies willen. Door de goede vragen die hij stelt gaan mensen begrijpen wat het eigenlijke probleem is.

Je zou kunnen denken: 'Vragen stellen, dat is prachtig neutraal'. Maar als je de dialogen van Socrates

leest zie je dat zijn vragen heel sturend waren. Hij wist precies hoe hij bepaalde dingen duidelijk kon krijgen. Ik denk dat een goede mediator op een vergelijkbare manier sturend is. In mediation wordt immers toegewerkt naar een bepaald doel, dus wil de mediator niet dat lang wordt gesproken over allerlei irrelevante zaken. Hij wil vragen stellen die partijen in een bepaalde richting sturen en bij elkaar brengen. Met de informatie die op tafel komt weet de mediator hoe dat doel eventueel te bereiken is.

Mediation heeft het voordeel dat het niet zo beperkend is als een procedure bij de rechter. Het rechtssysteem sluit veel uit: het probleem wordt enorm versmald. Tegelijkertijd blijkt na de rechtszaak vaak dat het partijen om iets anders ging dan waar zij mee naar huis gaan. Als mediator moet je een beeld hebben van wat er voor nodig is om partijen tevreden naar huis te laten gaan. Dus je moet sturen.

Wat betekent dat voor het uitgangspunt van neutraliteit?

Neutraliteit is voor de mediator de meest correcte houding in de ideale situatie waarin partijen gelijk-

interview

Door **Henneke Brink** en
Aai Schaberg

Foto's: **John van Hamond**

waardig zijn: gelijk zijn geïnformeerd en in gelijke mate capabel zijn een goede afweging te maken over wat een wenselijke en aanvaardbare uitkomst is. Maar die ideale situatie doet zich zelden of nooit voor. Er is vrijwel altijd verschil in intellectuele en psychologische competenties, in macht, in informatie, in emotionele controle, en er is strategisch gedrag dat het onderhandelingsproces beïnvloedt. Om een redelijke uitkomst te genereren zal de mediator dus moeten bijsturen. Dat verlangt sturingskunst.

Uiteraard gaat het niet om wat de mediator zelf redelijk vindt, maar wat ‘redelijk denkende mensen’ in de betreffende situatie een redelijke of niet onredelijke uitkomst zouden vinden. In die zin laat een ‘neutrale’ mediator zich dus leiden door een criterium dat in zekere zin objectief is: dat van de redelijkheid. Dat is zijn oriëntatiepunt.

Hij moet weten wanneer hij door moet vragen om erachter te komen waar het precies om draait, wat voor informatie nodig is om verder te komen, en hij moet zich een beeld vormen van het type oplossing dat mogelijk is. Door goede vragen te stellen komt de juiste informatie op tafel en gaan partijen daarop reflecteren. Zo stuurt hij hen een bepaalde richting op.

Dat kun je manipulatief noemen omdat je het arsenaal aan vragen beperkt. Dat woord krijgt een negatieve betekenis zodra je meer gaat voelen voor een van de twee partijen, en suggestieve vragen gaat stellen om het die partij naar de zin te maken. Maar je probeert beide partijen juist bij elkaar te brengen. Dat doe je door bepaalde dingen kleiner te maken, terwijl je op andere dingen doorgaat. Vanuit je positie als mediator heb je een beter overzicht van wat nodig is om een stapje verder te komen. Je bent aan het maken, en aan het sturen. Dat is riskant, maar ik zou niet weten hoe je het anders zou moeten doen.

Waar ik naar toe wil, is dat de mediator niet al te simpel vanuit een bepaald concept mensen een bepaalde richting op stuurt, maar van te voren een inschatting maakt van wat het probleem is, en zich afvraagt: hoe help ik deze mensen verder.

Wat voor soort knowhow moet de mediator hebben? Gaat het ook om inhoudelijke kennis over het onderwerp van het conflict?

Daar gaat het ook om, want de mediator moet voorkomen dat mensen achteraf het gevoel hebben dat ze beter af waren geweest als ze naar de rechter waren gegaan. Inhoudelijke deskundigheid is een van de dingen waarin de goede mediator zich moet onderscheiden. Terwijl een rechter deels kan leunen op kennis en inzicht van advocaten en deskundigen in een zaak, zal de mediator meer op zijn eigen kennis moeten kunnen bouwen – tenminste, als we willen vermijden dat mediation trekken gaat krijgen van een gewone rechtszaak, met advocaten die partijen bijstaan.

Er zijn rechters die gezag ontleen aan het feit dat ze materiedeskundige zijn. Bij die rechters verlopen de procedures misschien sneller, want advocaten weten dat ze niet met allerlei toeters en bellen aan hoeven te komen. De rechter zal daar meteen doorheen prikken. Daarentegen vinden rechters die die inhoudelijke deskundigheid niet hebben een houvast in de strakke procedurele rechtsregels. Een mediator heeft dat vangnet niet. Ook als het stroef gaat tussen partijen moet hij hen bij elkaar brengen, door goede vragen te stellen die in een bepaalde richting gaan. Partijen zullen

Je bent aan het maken, en aan het sturen. Dat is riskant, maar ik zou niet weten hoe je het anders zou moeten doen

In de rechtspraak is dat anders, want de rechter moet het recht toepassen. Hij zit daardoor strakker in het harnas dan de mediator. De rechtsgeleerde Radbruch schreef dat de rechter zich laat leiden door de beginselen van rechtvaardigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid. Zijn rol brengt echter met zich mee dat er veel gewicht moet worden toegekend aan de rechtszekerheid, wat een vrij strikte toepassing van rechtsnormen vraagt. Rechtvaardigheid en doelmatigheid zijn hooguit gezichtspunten die kunnen helpen de rechtsnormen uit te leggen en juist toe te passen in het concrete geval. Zo wordt ook zoveel mogelijk de rechterlijke neutraliteit gewaarborgd. De rechtsnormen zijn bepalend voor de uitkomst, niet de opvattingen van de rechter over wat rechtvaardig of doelmatig zou zijn. Voor de mediator kunnen die twee beginselen juist meer gewicht krijgen. Dit legt in zekere zin een redelijk zware verantwoordelijkheid op de mediator, nu hij bij de inschatting van wat een wenselijke uitkomst zou kunnen zijn minder gemakkelijk kan terugvallen op preciezere regels.

Wat betekent dat voor de benodigde expertise en vaardigheden van de mediator?

Een mediator moet veel knowhow hebben en snel een inschatting kunnen maken van het probleem.





moeten leunen op de persoon van de mediator. Het moet iemand zijn met inhoudelijke kennis, ervaring en mensenkennis. Die eigenschappen zijn bij een rechter ook niet altijd aanwezig, maar dat is minder erg omdat er dat vangnet is van een stevige procedure.

Hoe belangrijk is het dat de mediator gezag heeft?

Het gaat erom dat de mediator het vertrouwen heeft van partijen. De mediator stuurt in zekere zin, maar doet dat op grond van een bepaalde wijsheid en met een distantie die maakt dat partijen niet achteraf het gevoel moeten of zullen hebben dat ze een beetje in het ootje zijn genomen.

De gedragsregels voor de mediator beperken de mediator enorm in zijn rol

De vraag is: naar wat voor iemand luisteren partijen? Ik had op de middelbare school een vriendinnetje met wie het niet gemakkelijk ging. Toen ik weer eens piekerde over of ik het uit moest maken ben ik naar mijn oma gestapt. Ik vroeg haar: 'Oma, wat zou jij doen?' Zij zei toen: 'Dat weet je best zelf jongen.' Zij confronteerde mij, op het juiste moment, met wat ik zelf al dacht. En ik ging naar mijn oma omdat ik haar zag als een wijze vrouw. Ik denk dat een mediator op een vergelijkbare manier

meer succes heeft als hij ervaren en inhoudelijk deskundig is, en het vertrouwen wekt dat hij weet waar het over gaat.

Als een conflict verhardt percipiëren partijen de situatie helemaal vanuit zichzelf. Zij geloven dat de andere partij onredelijk is, niets wil en niets begrijpt. Een goede mediator weet dat te doorbreken. Door het stellen van de juiste vragen en het samenvatten van de antwoorden helpt hij mensen te komen tot een redelijk inzicht. Dat betekent dat partijen over en weer begrip voor elkaar krijgen en zien dat de tegenpartij misschien toch een goed recht heeft op iets, of alles. De persoon van de mediator is niet weg te filteren uit dit proces. Hij is geen neutrale machine die wat vragen stelt, maar iemand die vertrouwen moet wekken. Daar hoeft je niet autoritair voor te zijn, maar het verlangt wel een zeker gezag. Dat komt voort uit praktische wijsheid en is meer dan techniek.

De Grieken kenden drie overtuigingsmiddelen: *ethos*, *pathos* en *logos*. *Ethos* betekent dat men een goed karakter moet hebben en betrouwbaar moet zijn. *Pathos* dat men zich kan inleven in de ander om te snappen wat die ander beweegt, en hoe die persoon emotioneel te raken. *Logos* houdt in dat men ook deugdelijke argumenten moet hebben voor een standpunt. De mediator is er niet om een ander te overtuigen, maar het is wel van belang dat hij over eigenschappen beschikt waardoor partijen er achteraf in vertrouwen een goede oplossing te hebben bereikt voor het geschil. *Ethos*, *pathos* en *logos* zijn onmisbaar om dat vertrouwen te kunnen wekken.

Kan een mediator even effectief zijn als hij of zij louter faciliteert?

Dat geloof ik niet. Ik maakte eerder de vergelijking met de minder ervaren rechter die wat strakker in het keurslijf zit van juridisch procedurele regels, als een soort vangnet. De gedragsregels voor de mediator kunnen dat vangnet zijn in mediation, maar die beperken de mediator wel enorm in zijn rol. Je wilt natuurlijk niet dat de mediator partij kiest, maar ik vind het aantrekkelijk dat de mediator meer kan. De basisstructuur is helder, maar kan ook beknellend zijn. Die moet je kunnen oprekken en uitbouwen. Dat is effectiever.

Hoe sturend mag de mediator zijn in de onderhandelingen?

Als partijen moeite hebben om eruit te komen is het in mijn ervaring belangrijk dat je bijvoorbeeld kunt zeggen: 'Wat u nu eist gaat te ver. U kunt niet verlangen dat de ander daarin meegaat.' Mensen hebben hun trots en zien niet in waarom ze toe zouden moeten geven. Je moet daarom op

een gegeven moment kunnen zeggen: ‘Als we eruit willen komen dan zal het die kant op moeten.’

Met de huidige gedragsregels is er een risico dat een partij een klacht indient als de mediator zonder goede afspraken te sturend optreedt.

Je kunt het aan partijen voorleggen: ‘We komen nu in een stadium dat we niet verder komen. Ik wil best als een arbiter knopen doorhakken of als een non-bindend adviseur richting aangeven. Stemmen jullie daarmee in?’ Of partijen dat goed vinden hangt af van hoe zij er strategisch in staan. Als een partij niet sterk staat is die misschien minder geneigd dat geen goed idee te vinden, uit vrees dat een onwenselijke oplossing zal worden opgedrongen.

Gedragsregel 5 voor de advocatuur schrijft voor dat advocaten hun zaken in beginsel moeten proberen minnelijk te schikken. Wat voegt mediation toe, als goede advocaten en andere rechtshulpverleners dit doel ook kunnen bereiken?

In de eerste plaats zou mediation meer laagdrempelig moeten zijn. Wie naar een advocaat stapt heeft al een stevige stap gezet. Dat ligt voor een deel van de bevolking niet voor de hand. Er is dan bovendien sprake van een sterk gejuridiseerde perceptie. Verder roept een advocaat in voorkomende gevallen het beeld op van: hij haalt het onderste uit de kan omdat hij aan mij wil verdienen. Een mediator zou dat imago niet mogen hebben. Ook in complexe situaties kan de mediator succesvoller zijn dan een advocaat in het vinden van een oplossing. De advocaat is een laatste middel om van een conflict af te komen.

Kan de mediator worden ingezet voor de conflict diagnose? En wat betekent die opdracht voor zijn rol?

Ja, ik ben wel door een faculteit ingehuurd om een advies op te stellen over een conflictsituatie. Mij werd gevraagd te kijken waar het conflict vandaan kwam en of de faculteit iets fout had gedaan. Vervolgens werd ik gevraagd met betrokkenen te bekijken of de kwestie op een goede manier kon worden opgelost. Het nadeel in een dergelijke situatie is dat je bent gevraagd door de organisatie zodat de andere partij je als partijdig kan ervaren.

Het is belangrijk dat je als mediator eerst een goede indruk krijgt van wat er aan de hand is en flink de ruimte krijgt om informatie op te vragen. Daarvoor zou je niet alleen afhankelijk moeten zijn van partijen. Ik heb vaak meegemaakt dat partijen over en weer met sterk gekleurde informatie kwamen en er ook van alles en nog wat bijhaalden, ook over andere personen. Als het in zo'n situatie

een welles-nietesspelletje wordt zul je om verder te komen meer informatie moeten kunnen inwinnen. Daarbij moet je niet per se afhankelijk zijn van partijen. Wel vind ik dat je daar open over moet zijn. Als partijen daar niet mee instemmen, kun je hen dan overtuigen dat het inwinnen van die extra informatie nodig is? Mijn ervaring is dat partijen niet meteen zeggen: we houden er mee op.

Hoe komt het dat mediation nog onvoldoende van de grond is gekomen in Nederland?

Ik heb veel gewerkt in Afrika. Daar is het heel gewoon om naar een mediator te gaan in plaats van naar de rechter. Dat is een dorpsoudste of een andere wijze in het dorp die de mensen bij elkaar zet en met hen aan de slag gaat. Er wordt wel gezegd dat gerechtigheid in de Afrikaanse cultuur te maken heeft met verzoening, met weer bij elkaar komen. Het is een aantasting van de eer als je op een conflictueuze wijze blijft voortleven. De Zuid-Afrikaanse Waarheids- en verzoeningscommissie was gebaseerd op dat idee. In onze cultuur zit dat er niet zo in.

In Afrika is het heel gewoon om naar een mediator te gaan in plaats van naar de rechter

In Uganda en Rwanda zijn rechters tevens mediators. Als partijen comparitie hebben gaat de rechter met ze naar de andere zaal. Daar trekt hij zijn toga uit en gaat door als mediator. En als ze er niet uitkomen gaat hij gewoon als rechter weer door met de zaak. Er wordt zo veel geschikt. De rechter heeft gezag, en partijen weten ook: als wij er niet uitkomen gaat hij straks een oordeel vormen. Ik denk niet dat wij het op die manier moeten regelen, maar mediation is daar wel geïnstitutionaliseerd en wordt door partijen serieus genomen. Zo krijg je ook mensen die het serieus gaan beoefenen, en je krijgt meer zaken.

Mensen hebben een beeld bij wat een rechter is: iemand die op een bepaalde manier gezag uitstraalt. Bij mediators ontbreekt dat nog

Wat zou er moeten gebeuren om die institutionalisering ook in Nederland te realiseren?

Het zou moeten beginnen met grotere organisaties, waar problemen vaak langer blijven liggen. Die organisaties moeten er vertrouwen in krijgen dat ze mensen in kunnen zetten die problemen in een vroegtijdig stadium herkennen en aanpakken. Zij moeten mediation gaan zien als alternatief voor het laten veretteren van conflicten of het juridiseren ervan. Organisaties moeten mediation verinnerlijken. Het is belangrijk dat tegelijkertijd meer bekendheid wordt gegeven aan wat mediation is en wat het vermag. Het moet uit de 'softe' hoek komen. Ik denk dat het ook helpt als mediators meer armslag krijgen en duidelijk wordt dat ze inhoudelijk deskundig zijn. Daar moeten sterke voorbeelden van komen.

Zou het helpen als mediation in de wet wordt geregeld?

Ja, dat zou enorm helpen. Het wordt dan een serieuze aangelegenheid. Ik denk ook dat het zou helpen als in de wet staat dat mediation eerst moet worden beproefd voordat men bij de rechter terecht kan. Mediation werkt dan als een zeef. Soms zie je zaken die nooit bij de rechter hadden moeten komen.

Ik zie geen directe spanning met het beginsel van partijautonomie, want als partijen niet willen houdt het op en kunnen ze alsnog naar de rechter. Het hangt af van de kwaliteit van de mediator of kan worden voorkomen dat partijen in zo'n situatie onoprecht deelnemen aan de mediation.

Met de feiten op tafel kan een inhoudelijk deskundige mediator vaak een goede inschatting maken van waar het heen zal gaan als de zaak bij de rechter komt. Dat beeld kan de mediator gebruiken om partijen te sturen naar een redelijke oplossing. En als het onduidelijk ligt is het helemaal verstandig om eens goed aan tafel te zitten om te kijken of er op een mooie manier uit te komen is.

Moet de figuur van de mediator ook worden geregeld?

Je moet zorgen dat mediators aan de maat zijn. Het gaat om de garantie van kwaliteit. Zoals psycholo-

gen en advocaten zijn georganiseerd, zo heb je ook een organisatie voor mediators en dat geeft een zekere garantie voor kwaliteit.

Maar als jij optreedt als mediator doe je dat enkel op je gezag in de rol van decaan?
Precies. Volledig.

Dus die registratie of certificering bij een beroepsvereniging is niet coûte que coûte nodig?

Nee. Maar dat ligt anders als mensen er een beroep van maken.

Wat vindt u van de plannen van minister Dekker, die wil bezuinigen op het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand en mediation ziet als een van de manieren waarop de gevolgen daarvan kunnen worden gemitigeerd?

Ik ben niet zo'n fan van minister Dekker omdat hij heel instrumenteel denkt. Hij moet een begroting op orde krijgen en dit een van zijn argumenten om dat voor elkaar te krijgen. Tegelijkertijd zie ik dat de rechterlijke macht niet in staat is snel te acteren als dat nodig is, en dat er een gat bestaat tussen het eigen vermogen van burgers om conflicten op te lossen en de formele instituties. Daar kan de mediator een belangrijke rol vervullen. Dat is de principiële kant. Praktisch gezien is het nog maar de vraag of met het plan van Dekkers ook de kosten kunnen worden gedrukt. Ik vraag mij af hoe dat concreet uitwerkt.

Maar mediation moet meer aandacht krijgen en beter worden geïnstitutionaliseerd. Waarom bijvoorbeeld wel experimenteren met buurtrechters, maar niet inzetten op de mediator? Het gaat om gezag. Mensen hebben een beeld bij wat een rechter is: iemand die op een bepaalde manier gezag uitstraalt. Bij mediators ontbreekt dat nog. Het beeld moet ontstaan dat een mediator iemand is die ter zake kundig is en weet hoe je een zaak aanpakt, je op weg helpt en begeleidt.

Wat is uiteindelijk de kern van wat mediation?

Zoals gezegd denk ik dat de mediator directief mag zijn, waarmee ik bedoel dat hij moet sturen op redelijkheid. Hij wil partijen zover brengen dat ze de redelijkheid van het andere standpunt inzien – of in ieder geval van een deel daarvan. Dat is de kern van mediation. En dat is belangrijk, want dat begrip maakt dat partijen achteraf vrede hebben met de vaststellingsovereenkomst. Dat vind ik de kracht van mediation.

Noot

1. *Tijdschrift Conflictantering* 2016, nr. 2.



Henneke Brink is MfN-registermediator, buurtbemiddelaar en en jurist. **Aai Schaberg** is zelfstandig advocaat en mediator. Beiden zijn redactielid van dit tijdschrift.