

2 De rechter als bemiddelaar

Marc Simon Thomas en Erik Koster*

1 INLEIDING

Het is een feit: de civiele rechter houdt zich steeds vaker bezig met conflictoplossing en bemiddeling naast geschilbeslechting. De klassieke taak van de rechter – het beslechten van een juridisch geschil – is aan het veranderen. Deze verandering wordt enerzijds *bottom-up* vanuit de rechtspraktijk vormgegeven, getuige de verschillende pilots en experimenten waarbij de rol van rechter en die van bemiddelaar tot elkaar worden gebracht. Anderzijds wordt deze ontwikkeling *top-down* door de Raad voor de Rechtspraak opgelegd onder de paraplu van Maatschappelijk Effectieve Rechtspraak (MER).

Ook politiek gezien lijkt deze recente trend de wind mee te hebben. In een brief van 20 april 2018 onderschrijft de minister voor Rechtsbescherming, Sander Dekker, de ontwikkeling naar een maatschappelijk effectievere rechtspraak.¹ Hij benadrukt daarbij de maatschappelijke baten van de experimenten en verwoordt zijn voorkeur voor het dejuridiseren van conflicten. Ook licht hij alvast een tipje van de sluier op van zijn interesse in buitengerechtelijke conflictoplossing. Niet veel later, op 11 juli 2018, schrijft hij aan de Tweede Kamer dat het wenselijk is om in te zetten op het vermogen van mensen om zelf hun conflicten op te lossen en het gebruik van bijvoorbeeld mediation te stimuleren.²

Dit hoofdstuk gaat over de veranderende rol van de civiele rechter in de richting van een bemiddelaar en in het bijzonder over de toenemende aandacht voor mediation vanuit de rechtspraak. Een belangrijke rode draad die wij zien is dat de klassieke scheiding tussen de rol van rechter en die van mediator in de rechtspraktijk aan het veranderen is. In de hedendaagse praktijk van de civiele (kanton)rechtspraak is de rechter vaak naast ‘knopendoorhakker’ ook bemiddelaar geworden. Tegelijkertijd constateren wij dat, omdat de veranderingen van onderop worden geïnitieerd

* Dr. mr. M.A. Simon Thomas is universitair docent rechtssociologie aan de Universiteit Utrecht. Mr. F. Koster is MfN-registermediator en (senior-)rechter bij de Rechtbank Overijssel.

¹ *Kamerstukken II 2017/18, 29279*, nr. 425. Gevolgd door de brief van 12 december 2018 over de stand van zaken en de ontwikkelingen in ‘het traject Maatschappelijke effectieve rechtspraak’, *Kamerstukken II 2018/19, 29279*, nr. 476.

² *Kamerstukken II 2017/18, 34775 VI*, nr. 115.

en vormgegeven, belangrijke fundamentele vragen over die veranderende rol van de rechter pas in tweede instantie lijken te worden gesteld.

De aandacht vanuit de rechtspraak voor mediation is niet nieuw. De overheid promoot mediation *naast* rechtspraak al geruime tijd: via de doorverwijzingsvoorziening *Mediation naast Rechtspraak*, eerst als pilot, daarna landelijk ingevoerd met het in 2000 opgerichte Landelijke Bureau Mediation naast Rechtspraak.³ Vanaf 2007 hebben alle rechtbanken en gerechtshoven een verwijzingsvoorziening voor mediation in huis. Ook wijst de overheid ruziënde partijen via het Juridisch Loket op de mogelijkheid van mediation in plaats van een gerechtelijke procedure. Wat wel nieuw is, is de interesse in een nauwere *samenwerking tussen* rechters en mediators en de interesse in de rol van rechter *als* bemiddelaar. In paragraaf 2 van dit hoofdstuk wordt de rol van mediation in Nederland in relatie tot rechtspraak nader uitgewerkt.

We willen het voor alle zekerheid toch maar gezegd hebben: rechtspraak en mediation zijn twee volstrekt verschillende professies. Een rechter en een mediator zijn weliswaar beiden ten opzichte van ruziënde partijen een onafhankelijke en onpartijdige derde, maar daar houdt de vergelijking dan ook wel zo'n beetje op. Paragraaf 3 gaat uitgebreid in op verschillen tussen de rol van rechter en die van mediator. Tegelijkertijd is de trend in de civiele rechtspraak dat beslechting en bemiddeling dichter tegen elkaar aan komen te liggen. In paragraaf 4 passeren verschillende voorbeelden daarvan de revue. We zien bijvoorbeeld ontwikkelingen waarbij de rechter meer de rol van bemiddelaar krijgt en we signaleren het opnemen van mediationvaardigheden in de rechtersopleiding.

Het is echter te voorbarig om de ontwikkeling van een rechter als bemiddelaar kritiekloos te omarmen. Paragraaf 5 laat zien dat er in de literatuur forse kritiek wordt geuit op het blindelings omarmen van de figuur van een rechter als *problem solver*/probleemoplosser. Daar staat tegenover dat in de praktijk de geest evenwel al uit de fles is.⁴ Een toenemende aandacht voor mediation naast rechtspraak of zelfs een hybride van rechtspraak en mediation is een empirisch feit, of je het er nou mee eens bent of niet. In de afsluitende paragraaf worden vanuit deze feitelijke constatering conclusies getrokken en aanbevelingen voor toekomstig onderzoek gedaan.

³ Het Landelijke Bureau Mediation naast Rechtspraak is inmiddels omgedoopt tot Expertgroep Maatwerk en Mediation, dat niet alleen de coördinatie van de bestaande infrastructuur voor doorverwijzingen verzorgt, maar ook zoekt naar functionele samenwerking met Maatschappelijk Effectieve Rechtspraak en het Podium Innovatieve Projecten van de Rechtspraak.

⁴ M. Simon Thomas, 'De rechter en de mediator. Vriendjes worden?' *Montaigne blog*, 16 januari 2019: blog.montaignecentre.com.

2 MEDIATION IN NEDERLAND IN RELATIE TOT RECHTSPRAAK

De opkomst van mediation in Nederland is terug te vinden in de jaren 90 van de vorige eeuw en de branche groeit sindsdien gestaag.⁵ Er is in de afgelopen decennia niet alleen sprake van een steeds groter wordende groep professionele beoefenaars, maar ook van een toenemende interesse vanuit de politiek.⁶ Daarnaast groeide vanuit de Rechtspraak de interesse voor mediation,⁷ hetgeen heeft geresulteerd in het project 'Mediation naast rechtspraak', eerst als pilot en daarna landelijk ingevoerd.⁸ In deze paragraaf volgt – onder verwijzing naar het hoofdstuk 'Mediation - Ruim 25 jaar mediation in Nederland' in de *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*⁹ – eerst een korte schets van de ontwikkelingen in de groei van mediation in Nederland. Daarna wordt een summier samenvatting van het verrichte onderzoek gegeven.

Het was in 1993 dat mediation in Nederland een officieel gezicht kreeg met de oprichting van het Nederlands Mediation Instituut (NMI) als onafhankelijke koepelorganisatie. Het NMI stelde zich ten doel om de kwaliteit van het vakgebied mediation (klacht- en tuchtrecht, erkenning opleidingen en certificering van mediators) te bewaken. Een paar jaar na de oprichting van het NMI is in 1996 door de minister van Justitie het Platform *Alternative Dispute Resolution* (Platform ADR) opgericht.¹⁰ Het Platform is in 2005 ontbonden, maar zijn inspanningen hebben wel aan de wieg gestaan van het latere project 'Mediation naast Rechtspraak'. Ook het NMI bestaat inmiddels in naam niet meer, maar is overgegaan in een federatief verband en heet sinds 1 januari 2014 Mediationfederatie Nederland (MfN). In opvolging van het NMI vertegenwoordigt de MfN het mediationvak in de publieke belangenbehartiging en daarnaast maakt de federatie zich sterk voor de verdere ontwikkeling van het beroep van mediator in Nederland.

⁵ A. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 25; S. Drooglever Fortuyn, 'Kiezen, kiezen en nog eens kiezen', *Advocatenblad* 2014, p. 18-22; P. Ingelse, 'De rechter en de mediator', *Nederlands Juristenblad* 2014, afl. 40: p. 2856-2863; J. Kocken, 'Is "mediation" een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?' in: M. Hertogh & H. Weijers (red.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 225-251.

⁶ *Kamerstukken II* 2013/13, 33722 nr. 2; *Kamerstukken II* 2012/13 33723, nr. 2; *Kamerstukken II* 2012/13, 33727, nr. 2; *Kamerstukken II* 2014/15, *Kamerstukken II* 2014/15, 33722 nr. 22; , *Kamerstukken II* 2014/15, 33723 nr. 22; , *Kamerstukken II* 2014/15, 33727, nr. 22.

⁷ L. Combrink e.a., *Op maat beslecht. Mediation naast rechtspraak 1999-2009*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009; S. Hazenberg e.a., *Jaarverslag 2014*, Het Juridisch Loket 2014.

⁸ Mediation naast rechtspraak, rechtspraak.nl.

⁹ M. Simon Thomas, 'Mediation – Ruim 25 jaar mediation in Nederland', in: C. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom 2020, p. 443-468.

¹⁰ Regeling van de Minister van Justitie van 12 april 1996 (*Stcrt.* 1996, 74), wetten.overheid.nl.

Tevens bewaakt en bevordert de MfN, via een aparte Stichting Kwaliteit Mediators (SKM), de kwaliteit van de beroepsuitoefening.¹¹

De ‘mediation bedrijfstak’¹² groeide hand in hand met de groei van mediation in Nederland.¹³ Waren er in 1994 nog maar 100 mediators geregistreerd bij het NMI, heden ten dage zijn er rond de 2.900 professionele mediators geregistreerd bij de MfN. Deze mediators zijn al dan niet ook aangesloten bij een van de landelijke verenigingen die aan de MfN deelnemen. Het huidige aantal mediations per jaar wordt geschat op circa 51.000, aldus een recent onderzoek naar de mediationmarkt in Nederland, uitgevoerd door Panteia in opdracht van de MfN.¹⁴

Ondanks de professionalisering van de mediation bedrijfstak, het toegenomen aantal mediations en de hierboven aangestipte interesse vanuit de politiek en de Rechtspraak is mediation in Nederland, anders dan in bijvoorbeeld andere Europese landen,¹⁵ niet juridisch geregeld. Het juridische kader van afspraken die tussen partijen onderling en tussen partijen en de mediator worden gemaakt bestaat in Nederland ‘gewoon’ uit het verbintenissenrecht. Er zijn overigens wel pogingen ondernomen om mediation een wettelijke basis te geven. In 2013 is door het toenmalig kamerlid Ard van der Steur een initiatief voor een wettelijke regeling ingediend, dat na kritiek vanuit de markt is omgevormd tot een aangepast initiatiefwetsvoorstel in 2014. Zijn initiatiefwetgeving is na zijn benoeming tot minister van Veiligheid en Justitie vervolgens omgezet in een regeringswetsvoorstel, de ‘Wet bevordering mediation’ en is in de periode van medio juli tot en met eind september 2016 in consultatie gegaan; tot wetgeving heeft dat echter niet geleid. In maart 2019 heeft de minister van Rechtsbescherming, Sander Dekker, in een schriftelijk overleg met de Tweede Kamer met zoveel woorden aangegeven positief tegenover mediation te staan.¹⁶ Hij verwijst daarbij naar het wetsvoorstel Wet bevordering mediation dat in 2016 in consultatie is gegaan. Vervolgens heeft hij zelf een concept wetsvoorstel geschreven, dat in januari 2021 in een informele consultatie met verschillende organisaties, waaronder de MfN, is besproken.¹⁷

¹¹ Over MfN-register, mfnregister.nl.

¹² M. Simon Thomas, ‘Theorizing Mediation: Lessons Learned from Legal Anthropology’, *Utrecht Law Review* 2016, afl. 1, p. 50-60.

¹³ M.A. Kleiboer, ‘De onstuimige opmars der bemiddelaars. Mediation praktijken in Nederland’, *Justitiële Verkenningen* 2000, jaargang 26, afl. 9, p. 9-24.

¹⁴ P. van der Zeijden & R. Vogels, *De Nederlandse Mediationmarkt*, Zoetermeer: Pantheia 2019, gallery.mailchimp.com .

¹⁵ A. De Roo & R. Jagtenberg, R. *De praktijk van mediation in ons omringende landen. Een vergelijkend onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van Justitie*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2003.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VI, nr. 96.

¹⁷ Dossier mediationwetgeving, mfnregister.nl.

Op moment van schrijven (mei 2021) zijn geen verdere vorderingen geboekt.

De vraag, die aan de vraag naar de wenselijkheid van een wettelijke regulering vooraf gaat, is natuurlijk of er überhaupt behoefte is aan mediation in Nederland. Het gegeven dat inmiddels rond de 2.900 geregistreerde mediators in Nederland werkzaam zijn die circa 51.000 mediations per jaar (waarvan meer dan de helft mediations in de familiesfeer betreft)¹⁸ begeleiden, mag als een bevestigend antwoord op die vraag worden gelezen. Daar was men in de jaren 90 van de vorige eeuw nog niet van overtuigd, vandaar dat veel onderzoek uit de beginperiode van de professionalisering van mediation in Nederland gericht was op het in kaart brengen van die behoefte en de bekendheid met mediation. Dat onderzoek werd vanuit de overheid, destijds het Platform ADR, geïnitieerd en de eerste onderzoeken die vanuit dat platform werden verricht, betroffen een onderzoek dat is uitgevoerd door de B & A Groep Beleidsonderzoek & -Advies naar *Kansen voor conflictbemiddeling*¹⁹ en twee evaluatieonderzoeken in opdracht van het Ministerie van Justitie. De eerste naar vier experimenten met bemiddeling bij Bureaus voor Rechtshulp en Rechtbanken, uitgevoerd door onderzoekers van de Universiteit van Amsterdam: *Weg van het recht*²⁰ en de tweede naar de verwijzingsmogelijkheden vanuit de rechtspraak naar mediation: *Ruimte voor Mediation*²¹.

In vervolg op *Ruimte voor Mediation* zijn in 2005 tot en met 2008 bij vele gerechten en het Juridisch Loket financiële en verwijzingsvoorzieningen getroffen om partijen te stimuleren gebruik te maken van mediation. De effecten van deze maatregelen zijn in een tussenrapportage *Mediation Monitor Rechtspraak* van 2008 door het WODC beschreven.²² De meest fundamentele inzichten naar het tot wasdom komen van mediation in Nederland kunnen worden gevonden in de door het WODC uitgevoerde onderzoeken *Geschilbeslechtingsdelta* uit 2003, 2009, 2014 en 2019.²³

¹⁸ P. van der Zeijden & R. Vogels 2019, p. 13.

¹⁹ H. Geveke e.a., *Kansen voor Conflictbemiddeling. Verslag van een onderzoek naar toepassingsmogelijkheden van conflictbemiddeling*, Den Haag: B & A Groep 1998.

²⁰ C.L.B. Kocken & N.F. van Manen, N.F., *Weg van het Recht. Verslag van het evaluatieonderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie naar vier experimenten met bemiddeling bij Bureaus voor Rechtshulp en Rechtbanken*, Amsterdam: Paul Scholten Instituut UvA 1998.

²¹ L. Combrink-Kuiters e.a., *Ruimte voor Mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, Meppel: Boom 2003.

²² M. Guiaux & M. Tumewu, *Mediation Monitor 2008: Tussenrapportage*. Den Haag: WODC 2008. Cahier 2008-7; M. Guiaux, e.a., *Mediation Monitor 2005-2008. Eindrapport*. Den Haag: WODC 2009. Cahier 2009-9.

²³ M.J. ter Voert & M.S. Hoekstra, *Geschilbeslechtingsdelta 2019. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: WODC 2020. Cahier 2020-18; M.J. ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingsdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom

Het valt buiten het bestek van dit hoofdstuk om de resultaten van deze – en andere – onderzoeken in detail te bespreken.²⁴ Samengevat kan wel worden gesteld dat veel onderzoek dat in de loop der jaren op instigatie van de politiek en de Rechtspraak is uitgevoerd naast zicht op de behoefte aan, of mogelijkheden voor, mediation ook inzicht in de effecten van en de eventuele belemmeringen voor mediation betreft. Daarnaast had men belangstelling voor de kosten en doorlooptijden van mediation. Omdat de druk op de rechtspraak hoog was, was men vooral geïnteresseerd in de inpasbaarheid van mediation naast rechtspraak. Oftewel, veel onderzoek naar mediation is in relatie tot ‘de justitiële infrastructuur’ verricht en de kennis verkregen uit die onderzoeken diende ter ondersteuning van het maken van politieke of beleidsmatige keuzes.²⁵

3 MEDIATION VERGELEKEN MET RECHTSPRAAK

De vraag die in het huidige tijdsgewricht binnen de Rechtspraak veel gesteld wordt, is of de rechter er nou is om de problemen van mensen op te lossen, of om geschillen te beslechten – in het inleidende hoofdstuk van deze bundel wordt daar al aan gerefereerd. Een mooie uitspraak daarover van Loth luidt: ‘Rechtspraak die zich alleen maar met probleemoplossing bezighoudt, vervreemdt van zichzelf; rechtspraak die zich niet met probleemoplossing bezighoudt, mist de band met de werkelijkheid.’ Zie daar, twee uitersten waartussen een moderne rechter balanceert, met zijn maatschappelijke taakopvatting als evenwichtsstok. Beperkt hij zich tot een juridische beslissing op een voorgelegde rechtsvraag? Of gaat hij op zoek naar waar het partijen eigenlijk om gaat en zoekt hij binnen de bestaande juridische context naar een voor partijen aanvaardbare oplossing? Die uitspraak van Loth duidt naar ons inzicht ook op twee dimensies, die de aard van (rechts)zaken bepalen. In de eerste plaats is er de puur juridische, normatieve dimensie, waar de in rechtsregels gestolde rechtvaardigheid de uitkomst bepaalt. En in de tweede plaats is er een sociaalpsychologische dimensie, waar de onderlinge emoties, gevoelens en behoeftes van partijen de overhand hebben. En die twee dimensies interfereren: de aan de rechter voorgelegde rechtsvragen zijn in meer of mindere mate ingegeven door de gevoelens en behoeftes, die eronder schuilgaan. In de ene rechtszaak is met

2020; B.C.J. van Velthoven & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2009. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom 2009; B.C.J. van Velthoven & M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom 2003.

²⁴ Zie daarvoor: M. Simon Thomas 2020.

²⁵ R. Jagtenberg, ‘Mediation & Rechtswetenschap. Tien jaar verder’, *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement* 2007, afl. 11(1), p. 13-32.

een rechterlijk oordeel over de voorgelegde rechtsvraag de kous af. In een andere rechtszaak is het vonnis een opmaat voor nog meer ellende. Een mooi maar triest voorbeeld van dat laatste is het conflict tussen Sanderink (topman van onder meer Centric en Strukton) en zijn ex-geliefde Van Egten, die hun onderlinge conflict in de media en tal van rechtszaken uitvechten, totdat een rechter in Den Haag het welletjes vond en partijen – op het randje van rechtsweigering – min of meer ‘dwong’ tot mediation,²⁶ en een advocaat uit Twente zijn confrères zelfs opriep het tweetal te boycotten en niet meer te voorzien van rechtshulp.²⁷

Op de keper beschouwd heeft de rechter alleen iets uit te staan met de juridische dimensie. De sociaalpsychologische dimensie is voer voor psychologen, coaches of andere hulpverleners. En voor mediators? Hoe gedijt een mediator eigenlijk te midden van die juridische en sociaalpsychologische dimensies?

In het navolgende zetten wij die twee rollen, die van de rechter en die van de mediator, naast elkaar. We doen dit aan de hand van een overzicht van Allewijn,²⁸ waarin hij de verschillen in fundamentele uitgangspunten tussen het juridische domein (het domein van de rechter) en het conflict-hanteringsdomein (het domein van de mediator) naast elkaar op een rij heeft gezet.

- Het eerste verschil zie je al bij de start. Bij de rechter geschiedt die veelal op basis van strijd. ‘*See you in court*’, zijn de gevleugelde Engelse woorden, die we daarvoor kennen. Wat volgt is een dagvaarding, waarbij de eisende partij zijn wederpartij dwingt om voor de rechter te verschijnen, op straffe van toewijzing van de rechtsvordering. Bij de mediator starten partijen op basis van vrijwilligheid. Het commitment van betrokken partijen, om naar een gezamenlijke oplossing te zoeken, is een van de hoofdkenmerken van mediation. En wie kent niet die iconische cartoon van Fokke & Sukke met ‘Ik sleep jou voor de mediator, mannetje!!’, waarin beide werelden op geinige wijze worden verward?
- Een groot verschil zie je vervolgens in de mind set waarmee partijen naar binnen stappen. Bij de rechter is dat in de hooggespannen verwachting dat die rechter nu eindelijk eens het verlossende woord zal spreken: zij zijn redelijk en de ander is onredelijk. Eindelijk erkenning. Bij de mediator komen partijen naar binnen in nerveuse spanning, omdat ze hebben afgesproken om met die andere partij te gaan praten om

²⁶ A. Kunst, ‘Zoveelste rechtszaak tussen Sanderink en Van Egten: de rechter vertikt het’, *Algemeen Dagblad* 29 oktober 2020, AD.nl.

²⁷ ‘Twents advocaat wil dat zijn collega’s Sanderink en Van Egten boycotten: “Wij zijn geen hoeren van de rechtspraak”’, *RTV Oost*, 30 oktober 2020, rtvoost.nl.

²⁸ D. Allewijn, *Tussen recht en vrede. Mediation in de responsieve rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2018, p. 17.

te proberen samen tot een oplossing te komen en omdat niet precies te zeggen valt hoe dat zal aflopen.

- Dan vertellen partijen aan de rechter hun verhaal, op een manier die hun (volgens hun juridisch adviseurs) de grootste kans biedt om gelijk te krijgen. Strategisch dus. Ze voeren de feiten en omstandigheden aan, die volgens het objectieve recht tot het beoogde resultaat zouden moeten leiden. Daarbij poetsen ze – hoe menselijk – het eigen aandeel wat op en bezoedelen ze het aandeel van de ander. Allemaal om de rechter te overtuigen van het eigen gelijk. Dat heeft bij de mediator geen zin, want de mediator oordeelt niet. Bij de mediator vertellen partijen hun verhalen aan elkáár, om de verschillende perspectieven te schetsen en uit te leggen hoe men het heeft beleefd en wat men heeft ervaren.
- Bij de rechter gaat het dan trouwens alleen om de feiten en omstandigheden die er juridisch toe doen voor het beantwoorden van de voorgelegde rechtsvragen. Andere feiten en omstandigheden kan de rechter als niet relevant buiten beschouwing laten. Bij de mediator bepalen partijen vooral zelf wat ze, in relatie tot de ander en het conflict, belangrijk vinden om te berde te brengen.
- Vervolgens hoort het tot de taak van de rechter om de verhalen van partijen, volgens een juridisch stramen van stellen en bewijzen, op waarheid te toetsen. Uit de aangevoerde feiten en omstandigheden distilleert de rechter een gerechtelijke waarheid, die niet noodzakelijkerwijs hoeft te stroken met de materiële waarheid, of met de waarheid waarin partijen geloven. De mediator kan partijen helpen om vanuit de verschillende verhalen tot één verhaal te komen, waarin beide partijen zich kunnen herkennen. De verschillende perspectieven kunnen, met een beetje goede wil, naast elkaar blijven bestaan.
- Overigens beperkt de gerechtelijke waarheid van de rechter zich tot de objectieve feiten en omstandigheden. Subjectieve aspecten als macht en machteloosheid, erkenning en miskennen, vertrouwen en wantrouwen, blijven in het algemeen onder de waterspiegel. Het zijn aspecten die bij de mediator wel aan bod kunnen komen, als de brandhaarden van het eigenlijke conflict.
- Als de gerechtelijke waarheid is komen vast te staan, wijst het objectieve recht de rechter al gauw de weg naar een juridische oplossing. Partijen kunnen nog steggelen over de juiste kwalificaties, de juiste toepassing van de wettelijke bepalingen en de laatste stand van de jurisprudentie. Maar uiteindelijk zal de rechter het geschil beslechten en naar de geldende juridische maatstaven bepalen wie van de twee gelijk krijgt. De mediator is intussen met partijen op zoek naar de problemen, emoties en zorgen, die de gebeurtenissen hen tot dan toe hebben opgeleverd en naar de behoeftes, wensen en verlangens die partijen voor de toekomst hebben. Deze inventarisatie biedt vaak bouwstenen om een brug te slaan tussen de op het eerste gezicht conflicterende belangen.

-
- De rechter bepaalt uiteindelijk wie van partijen (geheel of gedeeltelijk) gelijk krijgt en neemt de beslissing, waarmee partijen het zullen moeten doen. De mediator helpt partijen bij het zoeken naar een oplossing, die zoveel mogelijk tegemoetkomt aan beider belangen. Daarbij onderhandelen partijen – tastend langs alle angsten, zorgen, wensen en verlangens – over het eindresultaat. Objectieve rechtsregels zijn daarbij belangrijke aangrijpingspunten. Maar onderlinge erkenning, begrip en vertrouwen vormen een minstens zo belangrijke graadmeter voor de kans op een gemeenschappelijke oplossing *in the shadow of the law*. Partijen bepalen zelf hoe ver ze willen gaan.
 - Of de beslissing van de rechter ook de uiteindelijke oplossing is voor het conflict tussen partijen, hangt van allerlei factoren af. Meestal hangt het gewoon af van geld, dat nog beschikbaar is om de juridische strijd voor te zetten. Een andere factor van belang is de procedurele rechtvaardigheid, die partijen tijdens het proces hebben ervaren. Ook hier interfereert de juridische dimensie met de sociaalpsychologische dimensie. Hoe correct een beslissing in juridisch opzicht ook kan zijn, zij kan door partijen toch als apert onrechtvaardig worden ervaren. Omgekeerd kan een partij zich neerleggen bij een negatieve beslissing, als hij het proces als eerlijk heeft ervaren. Tenslotte hangt het er ook vanaf in hoeverre de juridische beslissing op het voorgelegde geschil beantwoordt aan het onderliggende conflict. Zo niet, dan kan het conflict op een ander front onverminderd worden voortgezet. Omdat de mediator juist inzoomt op dat onderliggende conflict, kan de strijdbijl na een geslaagde mediation worden begraven. En een gezamenlijk aanvaarde oplossing vergroot de bereidwilligheid tot naleving, zodat de hulp van de sterke arm niet hoeft te worden ingeroepen.
 - Als de rechter eenmaal heeft gesproken, kan de naleving van diens beslissing zo nodig via executoriale rechtsmaatregelen en hulp van de openbare macht worden afgedwongen. De mediator kan partijen enkel naar de drinkbak leiden, maar ze zullen zelf moeten drinken. En als ze dat niet doen en niet tot een gezamenlijke oplossing kunnen komen, staan beide partijen uiteindelijk met lege handen. De mediator heeft partijen dan wellicht wel geholpen aan een betere communicatie en meer onderling begrip, maar hij heeft geen doorzettingsmacht. Dan zal alsnog de justitiële weg bewandeld moeten worden.
 - Ten slotte schuilt er nog een verschil in de openbaarheid waarin een en ander zich afspeelt. De rechter, als *bouche de la loi*, functioneert publiekelijk. Zijn beslissing is niet alleen voor partijen van belang, maar ook relevant voor anderen in de samenleving, om te kunnen zien hoe het rechtssysteem in de praktijk functioneert. Dat soms daarbij in de media vooral ook de smeüige sociaalpsychologische elementen van een conflict naar boven komen, is meer een effect van de vrije nieuwsgaring dan dat het van belang is voor de rechtstaat; het weerhoudt menig conflictpartij van een gang naar de rechter. Bij de mediator beloven partijen elkaar geheimhouding. Dat bevordert dat partijen vrijuit kunnen spreken over wat hen bezighoudt, en om hardop na te denken over

het geven en nemen tijdens de onderhandelingsfase. Het voorkomt bovendien dat de vuile was komt buiten te hangen.

De vragen die in verband met effectieve conflictoplossing een antwoord nodig hebben: Hoe dienen de juridische dimensie en de sociaalpsychologische dimensie zich tot elkaar te verhouden? Hoe zijn de rol van de rechter en de rol van de mediator met elkaar te verenigen?

4 ONTWIKKELING VAN DE ROL VAN RECHTER ALS BEMIDDELAAR

In de eerste helft van 2016 heeft de Raad voor de rechtspraak een verkenning laten uitvoeren naar maatschappelijk effectieve rechtspraak. De Raad wilde concreter krijgen wat rechters en gerechtsambtenaren voor ogen stond toen zij anno 2016 het gevoel uitspraken hun taak niet altijd optimaal te kunnen uitvoeren. In het kader van die verkenning verscheen het rapport *Rechtspraak die ertoe doet*. Dat bracht een duidelijke ontwikkeling aan het licht: 'De rechter transformeert langzaam maar zeker van knopendoorhakker in een juridische strijd in een beslechter van conflicten tussen mensen. De rechter is daarbij vaak regisseur. Samen met de betrokken partijen en belanghebbenden zoekt de rechter naar een duurzame oplossing – de oplossing waar betrokkenen en maatschappij het meest aan hebben. Een juridische juiste beslissing is vaak niet meer genoeg. Als de rechter zich hiertoe wel beperkt, volgt de ene procedure de andere op. Met andere woorden: rechters leveren meer en meer maatschappelijk effectieve rechtspraak. Hierbij is het recht vaak de kapstok om het goede te doen.'²⁹

Sinds dit rapport staat maatschappelijk effectieve rechtspraak (MER) onafgebroken op de agenda van de Rechtspraak en ontstonden her en der in het land activiteiten en experimenten om te onderzoeken of rechtspraak beter kan voorzien in behoeften van burgers, onder het onuitgesproken motto 'Laat alle bloemen bloeien'.

In het navolgende belichten we een aantal van die activiteiten en experimenten, waarin de rol van de rechter en de rol van de mediator nader tot elkaar worden gebracht, soms náást elkaar in een nauwe samenwerking en soms verenigd in één persoon in één functie.

4.1 Piketmediation

Volgens het *Rapport Landelijke Evaluatie Piketmediation* uit 2018 is piketmediation een vorm van mediation naast rechtspraak in de variant van een

²⁹ De Rechtspraak (auteurs onbekend), *Rechtspraak die ertoe doet, Rechters over rechtspraak anno 2016*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2016, p. 22.; rechtspraak.nl.

pressure-cooker.³⁰ Het is gericht op (v)chtscheidingen. Typisch voor piketmediation is dat de mediation plaatsvindt in het gerechtsgebouw en dat in beginsel direct na het eerste gesprek een terugkoppeling plaatsvindt aan de rechter. Het doel van piketmediation is om een verdere escalatie van het conflict te beperken en partijen een dienst te bieden waardoor zij snel tot een oplossing kunnen komen. Piketmediation wordt veelal aangeboden in de voorlopige voorzieningenprocedure en kent per gerecht verschillende variaties. Met piketmediation wordt getracht procedures te stroomlijnen door in een vroegtijdig stadium (voorafgaande of tijdens de eerste zitting) helder te krijgen op welke punten een rechterlijke beschikking nodig is en op welke punten partijen met behulp van een mediator zelf tot een oplossing kunnen komen. De term 'piket' duidt erop dat een mediator op afroep beschikbaar is om, *stante pede* met partijen een eerste mediationgesprek te beginnen, wanneer de rechter tijdens de behandeling van de rechtszaak met partijen tot de conclusie komt dat mediation partijen beter zou kunnen helpen dan een rechterlijke beslissing.

Uit het evaluatierapport blijkt een, zij het sterk per rechtbank variërend slagingspercentage van tussen 75% (N=16) en 23% (N=12³¹). Uit de aanbevelingen in het evaluatierapport valt verder – onder meer – op de maken dat advocaten niet altijd goed worden betrokken bij de voorselectie van een zaak voor een eventuele piketmediation, waardoor zij hun cliënten niet altijd even goed kunnen informeren en partijen zich nog weleens overvallen voelen. Wanneer er voor de mediation eerst een zitting plaatsvindt, verdient het de voorkeur om de mediator daarbij aanwezig te laten zijn, op een neutrale plek, zodat een soort van 'warme overdracht' kan plaatsvinden tussen de rechter en de mediator. Rechter hebben nog wel eens klachten over de wijze waarop afspraken in de mediation worden teruggekoppeld, waardoor de rechter deze niet zomaar in een beschikking kan opnemen. Kwaliteitsbewaking, intervisie en onderling overleg zou dit moeten kunnen ondervangen.

4.2 GOO (Gericht Op Oplossing)

Sinds begin 2015 kent de Rechtbank Amsterdam een bijzondere behandeling in civiele zaken, aangeduid als de GOO-behandeling. GOO staat voor Gericht Op Oplossing. Met deze nieuwe zittingsvorm wordt met partijen

³⁰ E. de Jong & D. Brouwer (o.l.v. L. Coenraad & M. Antokolskaia), *Rapport Landelijke Evaluatie Piketmediation*, Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam 2018, a-lab.vu.nl.

³¹ Het gaat om rechtbanken Overijssel, Oost-Brabant, Noord-Nederland, Midden-Nederland, Den Haag, Gelderland. E. de Jong & D. Brouwer (o.l.v. L. Coenraad & M. Antokolskaia), *Rapport Landelijke Evaluatie Piketmediation*, Vrije Universiteit Amsterdam 2018, p. 22.

gezocht naar een oplossing die zoveel mogelijk recht doet aan alle belangen van partijen, ook de belangen die achter het juridische geschil schuilgaan.³²

Voor de GOO-behandeling is een groep rechters in de gelegenheid gesteld een gespecialiseerde training in mediationvaardigheden te volgen. Aan partijen wordt, in elke zaak waarin een mondelinge behandeling wordt gelast, tegelijk met het daarop gerichte tussenvonnis ook een brief gestuurd waarin hen de keuze voor een GOO-behandeling wordt geboden. Benadrukt wordt daarbij of er bij partijen onderhandelingsbereidheid en -ruimte bestaat. Alleen als alle partijen daarvoor kiezen wordt de zaak voorgelegd aan een van de deelnemende rechters die beslist of de zaak geschikt is voor een GOO-behandeling. Op de zitting, die vervolgens wordt gepland, vindt in beginsel een volledige behandeling van de zaak plaats. Belangrijk verschil met de reguliere terechtzitting is echter dat er meer aandacht wordt besteed aan het inventariseren van belangen en het gezamenlijk vinden van een oplossing. Er wordt daarvoor meer tijd voor de zitting ingepland dan gebruikelijk en partijen moeten van tevoren de nodige gegevens toesturen. Het is de bedoeling dat de zaak door de-escalatie van het conflict en de toepassing van mediationstechnieken door de rechter, tot een goed einde wordt gebracht. Zo nodig kan de rechter ook eerst op onderdelen beslissen, waarna partijen proberen er voor het overige onderling uit te komen. Indien in het geheel geen schikking wordt bereikt, zal dezelfde rechter uiteindelijk een vonnis wijzen.

Hoewel er geen harde cijfers zijn van de effectiviteit van deze GOO-behandeling (schikkingspercentages), blijkt uit evaluaties dat een belangrijk verschil met andere zittingen is, dat partijen met een andere *mindset* naar de zitting komen. Partijen tonen zich in het algemeen tevreden, ook als er geen schikking uit de bus rolt; ze zijn vooral positief over de aandacht voor het echte conflict en ze voelen zich gehoord.

In navolging van Rechtbank Amsterdam kennen het Gerechtshof Den Haag (de 'Bemiddelingsraadsheer') en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) inmiddels hun eigen GOO-projecten en hun eigen raadsheren die in mediationvaardigheden zijn getraind. Het Hof Den Haag richt zich vooral op de meer complexe en geëscaleerde handelszaken, waar veelal sprake is (geweest) van een langdurige zakelijke relatie. Ook kunnen er praktische redenen zijn om een zaak voor de bemiddelingsraadsheer te selecteren, bijvoorbeeld concentratie van meerdere lopende procedures. De CRvB richt zijn vooral op zaken over de Participatiewet.

³² Zie ook: E. Bauw e.a. (red.), *Naar een nabijheidsrechter? Een onderzoek naar de inpasbaarheid van de vrederechter in België en Frankrijk in het Nederlandse rechtsbestel*, Den Haag: Boom 2019, p. 132-133.

4.3 MER-pilots met 'buurtrechters'

Deze verschillende variaties op het thema van 'de buurtrechter' hebben als gemeenschappelijke doelstelling om de toegang tot de rechter te vergroten door de rechtspraak voor bepaalde categorieën zaken laagdrempeliger te maken. De daarvoor aangewezen procedure is geënt op art. 96 Rv. De beoogde laagdrempeligheid wordt bereikt doordat deze procedure sneller, goedkoper en informeler kan worden ingericht. Informeler, omdat partijen niet eerst juridisch correcte processtukken hoeven te produceren, voor ze een rechter te spreken krijgen. Het proces is er juist op ingericht om de zaak door middel van een simpel aanmeldformulier te starten, waarna partijen dan tijdens een op korte termijn te plannen zitting hun verhaal kunnen doen. Dat maakt de procedure voor partijen ook direct al een stuk goedkoper, omdat er geen rechtsbijstandsverleners hoeven te worden ingeschakeld voor een juridisch correcte presentatie van de feiten. Evenmin hoeft er een deurwaarder op pad gestuurd te worden om een dagvaarding te betekenen. Ook het griffierecht is in de pilotfase lager dan normaal en wordt bovendien door de partijen gedeeld. Het proces gaat sneller, omdat er geen juridische termijnen hoeven te worden afgewacht, maar er direct een zitting kan worden gepland. Door de toegankelijkheid aldus te vergroten beoogt deze procesvorm vooral zaken te trekken, die anders wellicht niet tot de rechter zouden zijn doorgedrongen.

Een ander kenmerk van deze procesvorm is de aandacht die wordt besteed aan het onderlinge gesprek en de pogingen om samen afspraken te maken die kunnen helpen om het probleem op te lossen: in ieder geval in Overijssel kregen de rechters daarvoor ook een training in mediationvaardigheden. De rechter heeft niet meteen zijn oordeel klaar, maar gaat eerst met partijen in gesprek om te zien of er in goed onderling overleg oplossingen denkbaar zijn, waar beide partijen zich in kunnen vinden. Lukt het partijen niet om er in een goed gesprek onderling uit komen, dan hakt de rechter alsnog de knoop door. Het blijft dus wel een rechtszaak.

De rechter kan partijen tijdens de zitting helpen bij het vinden van oplossingen. Door creatief mee te denken. Maar ook door te informeren over hoe het recht in elkaar zit en waar eventuele juridische piketpaaltjes staan. Zo draagt de vertrouwenspositie van de rechter bij aan het vinden van oplossingen in *the shadow of the law* en kan de combinatie van de luisterende bemiddelaar en de gezaghebbende rechter meer zijn dan de som der delen.

Een nadeel van deze vormen van buurtrechtspraak is, dat het allemaal is gebaseerd op vrijwilligheid. Het proces komt niet van de grond als niet beide partijen bereid zijn om het probleem langs deze weg in het bijzijn van een rechter te bespreken en op te lossen. In de praktijk blijkt in een ruime meerderheid van de gevallen die wederzijdse bereidheid, om uit-

eenlopende redenen, te ontbreken. De initiatiefnemer is dan alsnog aangewezen op een reguliere procedure, die hij/zij meestal niet wil, zodat het probleem blijft bestaan.

Sinds de evaluatie van de pilots van de Rotterdamse regelrechter en de Haagse wijkrechter is de vraag actueel of de voorwaarde, dat beide partijen akkoord moeten gaan met behandeling van een zaak door een rechter, gehandhaafd moet worden.³³ Er worden twee kampen onderscheiden. Een groep betrokkenen vindt de gezamenlijke aanmelding van partijen essentieel voor een goede behandeling ter zitting, vanwege de inzet om te komen tot gezamenlijke afspraken. Om met partijen tot overeenstemming te komen, is het nodig dat partijen intrinsiek gemotiveerd aan tafel zitten. Een andere groep (merendeels rechters) ziet vooral kansen in het laten vervallen van de tweezijdigheidseis. Die groep is ervan overtuigd dat ook partijen die aanvankelijk onwillig zijn, in de setting van een zitting kunnen ontdoeien en bereid kunnen zijn om te werken aan afspraken.

Deze discussie is opmerkelijk, waar in de wereld van de mediation het commitment van partijen welhaast een *conditio sine qua non* is, hoewel ook daar wel geldt dat zelfs de kleinst mogelijke bereidheid om een gesprek een kans te geven ('wat is er tégen om samen een gesprek te hebben...?'), genoeg kan zijn.

4.4 De schikkingsrechter

Parallel aan de ontwikkeling in de wetgeving, waarbij de mondelinge behandeling³⁴ tot het hart van de civiele procedure is geworden, is er in de rechtspraak een ontwikkeling op gang gekomen, waarbij de civiele rechter op de zitting, behalve aan het juridische geschil, ook aandacht aan het onderliggende conflict besteedt.³⁵ Hoewel de professionele standaarden van de civiele (kanton)rechter niet openbaar zijn gepubliceerd, hoeft het geen geheim te zijn dat daarin sinds 2015 is opgenomen: 'Tijdens de zitting bestaat ruimte voor het verhaal achter de zaak, indien dat functioneel is om het door partijen voorgelegde geschil op te lossen. Dit kan functioneel zijn ten behoeve van het beproeven van een schikking of het verwijzen naar mediation, gezien de met de zaak gemoeide achterliggende belangen van partijen.'³⁶ En in de huidige initiële opleiding tot rechter of raadsheer

³³ H. Grootelaar e.a., *Evaluatie Rotterdamse Regelrechter en Haagse Wijkrechter*, Research Memorandum nr. 1, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2020.

³⁴ Voorheen genaamd: de comparitie van partijen.

³⁵ W. van Rossum & R. Verschoof, 'De civiele rechter als *problem solver*', *Recht der Werkelijkheid* 2017, afl. 2, p. 51-75.

³⁶ *Professionele Standaarden civiele (kanton)rechter* (rapport van de Projectgroep Professionele standaarden civiele (kanton)rechter (op verzoek van het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton [LOVCK] van De Rechtspraak van 2 februari 2015, pagina 7, sub 1.3.4).

van de Stichting Studiecentrum Rechtspleging (SSR) wordt ook ruim tijd besteed aan training in mediationvaardigheden en onderricht in conflict-hanteringsstrategieën.

Dat alles in de veronderstelling dat conflict- naast geschiloplossing bijdraagt aan een duurzamer oplossing van het probleem tussen partijen en meer mogelijkheden biedt voor een regeling in plaats van een juridische afdoening van de zaak. Een voordeel is bovendien dat de bereidheid tot naleving van schikkingen in het algemeen groter is dan die van vonnissen.³⁷ Naarmate een rechter zich meer mediationvaardigheden eigen maakt, zal hij effectiever zijn bij het oplossen van problemen, dat is het idee.³⁸

In hoeverre dit daadwerkelijk effect sorteert valt nog te bezien, omdat Van Rossum en Verschoof uit hun onderzoek de conclusie trokken dat van daadwerkelijke effecten van de rechter als *problem solver/probleemoplosser* op de afloop van de zaak waarschijnlijk nauwelijks sprake is.³⁹ Een rechter die meer energie en schikkingsinterventies in een mogelijke schikking steekt, bereikt daarmee niet per se meer schikkingen. Maar relativering van deze conclusies is op z'n plaats. Zo gaat het niet zozeer om de wil van de rechter om zaken te schikken, maar belangrijker is of partijen dat willen. Nog belangrijker, het gaat niet om het aantal interventies van de rechter, maar om de kwaliteit en de aard van die interventies. Met het oog daarop zou het onderzoek van Verschoof en Van Rossum nog eens herhaald moeten worden,⁴⁰ als men zich in de Rechtspraak verder heeft bekwaamd in mediationvaardigheden.

4.5 De Geregiseerde Combinatie van Mediation en Rechtspraak als Versneller

Door de Coronacrisis en de aanverwante economische crisis ontstond bij de Rechtspraak de verwachting dat het aantal zaken zou gaan toenemen en de doorlooptijden (mede door de beperkingen bij het houden van zittingen) zouden gaan oplopen. De Expertgroep Mediation en Maatwerk (voorheen het Landelijke Bureau Mediation naast Rechtspraak) in de Rechtspraak bedacht als een mogelijke remedie tegen deze vertraging in de zaaksafdoening, om meer urgentie te geven aan de reeds bestaande doorverwijzingsmogelijkheid van de rechter in de richting van mediation.

³⁷ Zie ook: R. Eshuis, 'Worden rechterlijke uitspraken en schikkingsuitspraken wel nageleefd?', in M. Hertogh & H. Weijers, *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechts-sociologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 185-202.

³⁸ J.M. Barendrecht & B.E. Baarsma, 'Mediation 2.0', *Nederlands Juristenblad* 2015, afl. 32, p. 15.

³⁹ Van Rossum & Verschoof, *Recht der Werkelijkheid*, jaargang 38, afl. 2, 2017, p. 51-75.

⁴⁰ R. J. Verschoof & W. van Rossum, *Geschied of niet geschied*, Den Haag: Boom 2018.

Het pleidooi van de Expertgroep is: benut de (extra) wachttijd als hersteltijd. De rechtbank selecteert daarvoor zaken die zich op het eerste gezicht zouden kunnen lenen voor mediation en het mediationbureau van de rechtbank en benadert partijen nog voor de zitting met het voorstel om de wachttijd te benutten voor een (turbo-)mediationstraject. Indien partijen er geheel of gedeeltelijk in slagen om de zaak alsnog onderling op te lossen, dan kan er vervroegd een zitting worden belegd voor de laatste loodjes, bijvoorbeeld om de vaststellingsovereenkomst op te nemen in een procesverbaal of een deelbeslissing te nemen op een punt waar partijen niet uitkwamen. De ambitie is om dit traject binnen een termijn van 7 weken af te ronden. Komen partijen er in de mediation toch helemaal niet uit, dan gaat de zaak via de reguliere weg naar de zitting, zonder dat de procedure door het inlassen van het mediationstraject extra vertraging heeft opgelopen. Wellicht dat het mediationstraject dan wel heeft opgeleverd dat duidelijker is geworden waar de rechter nog op moet beslissen. Het gaat hier om een combinatie van mediation en rechtspraak die tot een versnelde afdoening van de zaak kan leiden. En dit kan zowel in het civiele-, het bestuurs- als in het familierecht. Het is als idee naar alle gerechten gestuurd. De gerechten zijn vrij om de reeds bestaande doorverwijzingspraktijk – maar dan in versnelde vorm – te intensiveren.

5 VERSCHILLENDE VISIES OP DE RECHTER ALS BEMIDDELAAR

Het lijkt geen twijfel dat, mede onder de paraplu van MER, de rol van de civiele rechter – zij het voorzichtig – aan het veranderen is. Van de klassieke taak om een geschil te beslechten, welke partijen aan hem voorleggen, naar de rol van *problem solver*/probleemoplosser.⁴¹ Een probleemoplossende rechter is een rechter die ook achterliggende belangen en oorzaken van het conflict boven water poogt te krijgen en probeert om partijen zélf bij een oplossing te betrekken: een bemiddelende rechter dus. Hierbij raken de in paragraaf 3 genoemde dimensies van effectieve conflictoplossing elkaar: de juridische dimensie en de sociaalpsychologische dimensie. De kruisbestuiving met mediation, zoals daarna in paragraaf 4 is beschreven, is dan ook – praktisch gezien – voor de hand liggend voor de invulling van de rol van ‘rechter als bemiddelaar’. Het theoretische kader voor deze proactieve, oplossingsgerichte rechter wordt gevonden in het door Nonet en Selznick ontwikkelde idee van responsief recht.⁴² Indachtig de veranderende rol van het recht in de samenleving, onderscheiden zij drie evolutiestadia: repressief recht, autonoom recht en responsief recht. In dat laatste

⁴¹ Van Rossum & Verschoof, *Recht der Werkelijkheid* 2017, p. 51-75.

⁴² P. Nonet & P. Selznick, *Law and society in transition: toward responsive law*, New Brunswick and London: Transaction Publishers 2009.

stadium wordt rechtspraak niet louter gezien als een neutraal platform (waarbij rechtmatigheid, rechtszekerheid en voorspelbaarheid leidend zijn), maar ook als middel om op een pragmatische manier conflicten op te lossen en maatschappelijk effectief te zijn.⁴³ Op deze veranderende rol van de rechter als probleemoplosser wordt in een aantal publicaties kritiek geleverd. Deze paragraaf besteedt aandacht aan die kritiek en laat zien waar en hoe er door wetenschap en praktijk verschillend op de rol van rechter wordt gereflecteerd.

In een bijdrage aan een Forumdiscussie in het blad *Recht der Werkelijkheid* uit 2017 is Coenraad al kritisch op het al te breed gebruik maken van het idee van de rechter als probleemoplosser voor rechtzoekenden én samenleving.⁴⁴ Zij richt zich daarbij op de taak van de *individuele* rechter en betoogt dat het oplossen van problemen van de samenleving als geheel niet tot zijn taak kan worden gerekend. Daarin wordt zij gesteund door Verberk,⁴⁵ die erkent dat het oplossen van problemen van de samenleving eerder thuishoort bij de Rechtspraak als organisatie dan bij de individuele rechter. Maar, zo betoogt Verberk, die organisatie is wel afhankelijk van wat het dagelijkse werk van individuele rechters voor inzicht geeft in die maatschappelijke problemen (Verberk sluit hiermee aan bij wat Coenraad noemt: het 'signaleren en rapporteren'). En daar komt volgens Verberk nog bij dat de organisatie ook afhankelijk is van initiatieven van individuele rechters (lees: pilots in het kader van MER) om beleid of procedures ter discussie te stellen. Indirect, zo zou je dus kunnen stellen, speelt de rechter wel degelijk een rol bij het oplossen van maatschappelijke problemen. Dat een rechter een rol kan spelen in het oplossen van problemen van rechtzoekenden, daarover zijn beide auteurs het met elkaar eens.

In het juridische maandblad *Ars Aequi* verscheen in 2020 een column van De Bock,⁴⁶ advocaat-generaal bij de Hoge Raad, waarin zij zich verzet tegen de kwalificatie van rechter als probleemoplosser – ook in het geval van problemen van rechtzoekenden. In een *key note* lezing tijdens de jaarvergadering op 10 en 11 januari 2019 van de Vereniging voor de Sociaal wetenschappelijke bestudering van het Recht (VSR) over de verschuivende grenzen binnen de civiele rechtspraak in Nederland zond zij een vergelijkbare boodschap. In de kern komt die er op neer dat een rechter geen probleemoplosser is omdat hij dat niet kán en zich derhalve dient te

⁴³ H.A.M. Grootelaar, P. Mascini & W. van Rossum, 'Recht als probleemoplossing?', *Recht der Werkelijkheid* 2017, afl. (38) 2, p. 3-8.

⁴⁴ L. Coenraad, 'Het oplossen van problemen van rechtzoekenden en samenleving behoort niet tot het domein van de rechter', *Recht der Werkelijkheid* 2017, afl.(38) 2, p. 131-135.

⁴⁵ S. Verberk, 'Rechtspraak en het oplossen van maatschappelijke problemen', *Recht der Werkelijkheid* 2017, afl. (38) 2, p. 136-140.

⁴⁶ R. de Bock, 'De zin en onzin van maatschappelijk effectieve rechtspraak', *Ars Aequi* 2020: afl. 4, p. 358.

beperken tot geschilbeslechting. Natuurlijk, zo schrijft zij, als een rechter op zitting merkt dat hij kan bijdragen aan het oplossen van problemen van rechtzoekenden, dan zal hij dat zeker niet nalaten, maar primair is het de taak om juridische geschillen te beslechten. De rechter kan namelijk helemaal geen problemen oplossen omdat hij beperkt is in tijd en omvang. Zo krijgt de rechter slechts de juridische feiten gepresenteerd, waar ook nog eens binnen een kort tijdsbestek over moet worden geoordeeld. Van de voorgeschiedenis weet de rechter vaak niet veel en hij heeft ook geen zicht op wat er na de afloop van de zitting gebeurt. Een rechter die met een beslissing het achterliggende probleem van een of beide partijen oplost is een 'irreële gedachte', zo schrijft zij, 'die alleen maar tot teleurstelling kan leiden.'⁴⁷

Teleurstelling is ook een belangrijke waarschuwing die Jan Vranken en Marnix Snel zenden in een kritisch artikel in het *NJB* in 2019.⁴⁸ Het idee van een rechter als *problem solver*/probleemoplosser is volgens hen gebaseerd op een aantal veronderstellingen die niet realistisch zijn. Het is, volgens hen, onrealistisch om van partijen te verlangen dat zij hun problemen goed en volledig voor het voetlicht kunnen brengen, inclusief hun belangen en de emoties die daarbij spelen. En het is voor een rechter vervolgens vrijwel onmogelijk om het probleem te behandelen terwijl hij formeel gezien slechts beschikt over het instrumentarium om juridische geschillen te beslechten. Kortom, partijen noch rechters zijn in staat om samen een oplossing te vinden. Te hoog gespannen verwachtingen kunnen alleen maar leiden tot teleurstelling voor betrokkenen in individuele gevallen en uiteindelijk ook schadelijk zijn voor het vertrouwen in de rechtspraak als geheel.

Naast Coenraad, De Bock en Vranken en Snel, heeft ook Klijn zich kritisch uitgelaten over het probleemoplossend vermogen van de Rechtspraak,⁴⁹ waarbij hij nadrukkelijk wijst op het verschil tussen rechtspraak als primair proces (rechtspreken met een kleine r) en de Rechtspraak als organisatie (met een grote R).⁵⁰ Te vaak worden die, volgens hem, met elkaar verward. Als wij ons beperken tot de rol van de individuele rechter als bemiddelaar, dan kan de kritiek van de verschillende auteurs volgens Verberk worden samengevat in twee argumenten: (1) de rechter kan geen

⁴⁷ De Bock, *AA* 2020, p. 358.

⁴⁸ J. Vranken & M. Snel, 'De civiele rechter in Nederland op de schopstoel', *Nederlands Juristenblad* 2019, afl. 13, p. 858-866.

⁴⁹ A. Klijn, 'Rechtspraak die ertoe doet. Een ander geluid', *NJB Blog*, 10 januari 2017: njb.nl.

⁵⁰ A. Klijn, 'mE=rR2. Twee vliegen in één klap?', *Recht der Werkelijkheid* 2020, afl.(41) 2, p. 55-60.

problemen oplossen en (2) de rechter zou dat ook helemaal niet moeten willen.⁵¹ Het eerste argument is empirisch van aard, het tweede normatief.

Bij het empirische argument, dat een rechter geen problemen kan oplossen, speelt nadrukkelijk mee dat de verschillende critici een strikt onderscheid voorstaan tussen wat wij noemen de juridische en sociaalpsychologische dimensie van conflictoplossing. De Bock schrijft niet voor niets: '[h]et op één hoop gooien van deze twee [dimensies] leidt tot rolverwarring.'⁵² De in de vorige paragraaf genoemde voorbeelden waarbij de rol van de rechter en die van een mediator nader tot elkaar worden gebracht, laten echter zien dat in de praktijk de rechter wel degelijk een dubbelrol kan spelen: beslechter én bemiddelaar.

Hiervoor werd het *Rapport Landelijke Evaluatie Piketmediation* uit 2018 al aangehaald,⁵³ dat een positief beeld schetst van een experiment waarbij mediation plaatsvindt in het gerechtsgebouw en waarbij direct terugkoppeling naar de rechter plaatsvindt. Ook de procedure GOO van de rechtbank Amsterdam, waarbij de GOO-zitting vooral is gericht op het in onderling overleg oplossen van conflicten, bleek dusdanig succesvol dat de pilot die in 2015 was gestart, na een evaluatie in 2017 als vaste mogelijkheid wordt aangeboden. Op basis van interviews met bij GOO betrokken rechters en advocaten, alsmede op beschikbaar cijfermateriaal, werd geconcludeerd dat de GOO-zitting met name bij handelszaken effectief is.⁵⁴ De positieve GOO-ervaringen in Amsterdam hebben geleid tot vergelijkbare procedures bij het Hof in Den Haag en bij de CRvB in Utrecht. Experimenten in het kader van MER met 'buurrechters', zoals de Spreekuur-rechter bij de rechtbank Noord-Nederland en de hiervoor genoemde Rotterdamse regelrechter en Haagse wijkrechter, zijn overwegend positief geëvalueerd. Van de pilots in Rotterdam en Den Haag is inmiddels bekend dat die zullen worden gecontinueerd tot ten minste 1 januari 2021, maar waarschijnlijk langer zullen doorlopen.⁵⁵ Ook zien we dat de civiele (kanton)rechter opschuift naar het vaker beproeven van een schikking of het verwijzen naar mediation. Met een empirische bril bezien, is de hiervoor genoemde dubbelrol van de rechter dan ook helemaal geen uitzondering in de dagelijkse rechtspraktijk. Belangrijk is wel dat het voor partijen duidelijk moet zijn welke rol de rechter op welk moment speelt.

⁵¹ S. Verberk, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak: probleemoplossing door de rechter?' in: A. Akkermans e.a. (red.), *Het probleemoplossend vermogen van het rechtssysteem*, Den Haag: Boom 2020, p. 33-40.

⁵² De Bock, *AA* 2020, p. 358.

⁵³ De Jong & Brouwer 2018.

⁵⁴ Bauw e.a. 2019, p. 132-133.

⁵⁵ Brief van de minister voor Rechtsbescherming van 17 november 2020 over 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak en innovatie'.

Volgens Hartendorp hoeft – vanuit een normatief perspectief bezien – de dubbelrol van de rechter geen probleem te zijn. In het blad *Recht der Werkelijkheid* in 2020 stelt Hartendorp zelfs: '[h]et rechtsbestel en de procedures zouden zo moeten zijn ingericht, dat rechters deze “dubbelrol” kunnen spelen in de gevallen dat deze door partijen wordt verlangd.'⁵⁶ Onder verwijzing naar zijn oratie van januari 2020,⁵⁷ leert Hartendorp ons dat aan ieder geschil een concreet maatschappelijk probleem ten grondslag ligt en zodra een rechter dat miskent, verliest zijn beslissing aan betekenis.⁵⁸ We hebben Loth in paragraaf 3 iets dergelijks zien beweren. En met verwijzing naar Nonet en Selznick, schrijft Verberk dat rechters oog moeten houden voor de 'real life'-effecten van hun uitspraken en dat dit alleen maar vorm kan krijgen wanneer rechters ook daadwerkelijk proberen, daar waar mogelijk, om het probleem van de rechtzoekende ook echt opgelost te krijgen.⁵⁹

Kritiek op de rol van de rechter als probleemoplosser kan vanuit theoretisch perspectief goed worden gegeven. Het is ook belangrijk die kritiek ter harte te nemen. Tegelijkertijd laat de praktijk zien dat de rechter als bemiddelaar handen en voeten krijgt. Transparantie voor de partijen over de dubbele rol van de rechter is daarbij essentieel. De Rechtspraak (nu met een grote R) kan haar maatschappelijke effectiviteit, in de woorden van Hartendorp, 'alleen maar vergroten als zij een synthese tussen de klassieke beslissende taak en een op effectiviteit gerichte oriëntatie tot stand weet te brengen.'⁶⁰ Een fundamentele discussie over de rol van de rechter als bemiddelaar zal daarbij nog moeten worden gevoerd.

6 CONCLUSIE EN RICHTINGEN VOOR TOEKOMSTIG ONDERZOEK

In dit hoofdstuk is de veranderende rol van de civiele (kanton)rechter in de richting van een bemiddelaar beschreven, in het bijzonder de toenevende aandacht voor mediation vanuit de rechtspraak. De aandacht voor mediation vanuit de Rechtspraak en de politiek is niet nieuw, dit liet paragraaf 2 zien, waarbij blijkt dat de aandacht in de diverse onderzoeken die daarnaar zijn gedaan, verschoof van vragen naar de behoefte aan en de bekendheid van mediation in de samenleving, naar interesse in de inbedding van mediation naast rechtspraak. In paragraaf 3 werd mediation met rechtspraak vergeleken, waarbij twee dimensies die de aard van

⁵⁶ R. Hartendorp, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak: een synthese', *Recht der Werkelijkheid* 2020, afl.(41) 2, p. 63.

⁵⁷ R. Hartendorp, *Naar m(e)er rechtspraak* (oratie Leiden Universiteit), 2020.

⁵⁸ R. Hartendorp, *Recht der Werkelijkheid* 2020, p. 65.

⁵⁹ Verberk 2020, p. 39.

⁶⁰ Hartendorp 2020, p. 66.

(rechts)zaken bepalen leidend zijn: de juridische dimensie en de sociaal-psychologische dimensie. Het verschil tussen beide dimensies manifesteert zich in de (klassiek) verschillende rollen van rechter en mediator en de verschillende wijzen van aanpak van het geschil/conflict. In de praktijk is de trend inmiddels dat beslechting en bemiddeling dichter tegen elkaar aan komen te liggen. Relevante vragen lijken ons in dit verband, hoe de juridische dimensie en de sociaalpsychologische dimensie zich bij een adequate conflictoplossing tot elkaar dienen te verhouden en hoe deze 'rolvermenging' tussen rechter en mediator vorm te geven. Kan dat eigenlijk wel?

Verskillende vormen waarin deze rollen in de praktijk naar elkaar toe groeien – mediation *naast* rechtspraak, rechtspraak *in samenwerking* met mediation en de rechter *als* bemiddelaar – werden in paragraaf 4 behandeld. Achtereenvolgend passeerden de revue: piketmediation, GOO-behandeling, MER-pilots met 'buurtrechters', de schikkingsrechter en de geregisseerde combinatie van mediation en rechtspraak als versneller. We behandelden deze initiatieven, indachtig wat Allewijn heeft gezegd: recht en mediation verschillen weliswaar van elkaar, maar uiteindelijk dienen beide de rechtsvrede, namelijk rechtmatige en rechtvaardige oplossingen.⁶¹ Daar zou je wellicht aan kunnen toevoegen: de rechter heeft het gezag, de mediator heeft de conflicthanteringsvaardigheden. En het roept de vraag op: hoe zou je beide rollen zo kunnen combineren dat de kans op een effectieve en duurzame oplossing voor de betrokken partijen wordt gemaximaliseerd.

Paragraaf 5 beschreef de kritiek die er vanuit de literatuur op deze veranderende rol van de rechter, met name die als *problem solver*/probleemoplosser, wordt gegeven. Niettegenstaande het belang van deze fundamentele kritiek, de verandering heeft een 'aanhoudend momentum en een groeiend bereik', zoals Akkermans schrijft,⁶² en daarmee zal men moeten omgaan. Sommige rechtzoekenden verwachten nou eenmaal een louter juridische beslissing van de rechter, anderen willen hun conflict graag opgelost zien. De rechter kan daarop inspelen en blijkt in staat om verschillende rollen te spelen. Onderdeel van de vraagstelling in dit verband zou nog wel kunnen zijn, in hoeverre de rechter zich hierbij niet – gevraagd of ongevraagd – op het terrein begeeft van de rechtsbijstandverleners, zoals de advocatuur, die vanouds als *dominus litis* placht te worden aangemerkt. Licht het niet veel meer op de weg van deze dienst- en/of hulpverleners om

⁶¹ Allewijn 2018, p. 17.

⁶² A. Akkermans, 'Het geheel is meer dan de som der delen. Een algehele transformatie binnen de conflictoplossende functie van het rechtssysteem', in A. Akkermans e.a. (red.), *Het probleemoplossend vermogen van het rechtssysteem*, Den Haag: Boom 2020, p. 25.

in de geschillenbeslechtingdelta de weg naar een oplossing uit te stippen? Of geeft de opkomst van de rechter als bemiddelaar juist blijk van het tekort van de eenzijdige juridische belangenbehartiging? Hoe wordt de (nieuwe) rolverdeling tussen rechter als bemiddelaar en de rechtsbijstandsverleners?

Dit laat overigens onverlet dat men de discussie over de rol van de rechter als bemiddelaar moet blijven voeren. Een uitgangspunt bij deze vraag over het probleemoplossend vermogen van de rechter zal blijven dat het recht een belangrijke ordenende functie in de samenleving vervult en dat aan rechtsstatelijke waarborgen niet kan worden getornd.⁶³ De twee verschillende perspectieven op de rol van de rechter in de samenleving: het *problem solving* (probleemoplossend) perspectief en het *public life* (ordenend) perspectief kunnen helpen in het voeren van die discussie. Het gaat, denken wij, niet zozeer om stellingname voor het ene of het andere perspectief, maar om de vraag hoe een praktisch en met waarborgen omkleed rechtssysteem kan voldoen? En om af te kunnen meten of dat rechtssysteem daadwerkelijk effectief is, zal er een *communis opinio* dienen te ontstaan over het beoogde doel ervan.

⁶³ Zie bijvoorbeeld: E. Bauw e.a. (red.), *Rechtsstatelijke waarborging van buitengerechtigde geschiloplossing*, Den Haag: Boom 2018.