

Ethische en andere dilemma's
bij
mediation naast rechtspraak

Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak

4 juli 2008

Auteurs: Maarten Bakker, Judith Emaus, Karin Iest en Bela de Vries

Eindredactie: Machteld Pel en Mieke Schoorl

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding.....	2
Hoofdstuk 2 Ethiek en dilemma's van de mediator	3
2.1 Ethiek van de mediator	3
2.2 Soorten dilemma's	3
Hoofdstuk 3 Dilemma's in de verwijzingsvoorziening.....	5
3.1 Herkennen van dilemma's	5
3.2 Ervaren dilemma's	5
3.2.1 Familiekwesties en met name de belangen van kinderen.	6
3.2.2 Arbeidsconflicten.....	7
3.2.3. Vertrouwelijkheid	8
3.2.4. Strafbare feiten en zwartgeldproblematiek	9
3.2.5. Overige besproken dilemma's, per onderwerp	10
3.3 Verwijzers en mediationfunctionarissen	13
Hoofdstuk 4 Omgaan met ethische dilemma's	15
4.1 Omgaan met onvoldoende commitment	15
4.2 Terugkoppelen van informatie uit de mediation	15
4.3 Belangen van kinderen en kindermishandeling	16
4.4 Melden van strafbare feiten of stoppen met de mediation	18
4.5 Informeren over objectieve normen	19
Hoofdstuk 5 Conclusies en aanbevelingen	19
5.1 Richtlijnen en protocollen	21
5.2 Melden van kindermishandeling	21
5.3 Terugkoppelen aan de rechter	22
5.4. Evaluatie	22
5.4 Vertrouwenspersoon	22
5.5 Intervisie	22

Hoofdstuk 1 Inleiding

In het najaar van 2007 hebben in totaal zestien workshops plaatsgevonden over het thema ‘ethische dilemma’s bij mediation naast rechtspraak’. Het Landelijk bureau *Mediation naast rechtspraak* (LBM) initieerde deze bijeenkomsten van ervaren gecertificeerde mediators om te onderzoeken of zich in het kader van *mediation naast rechtspraak* ethische of andere dilemma’s voordoen, en zo ja, welke deze zijn en wat een discussie over deze al dan niet ethische dilemma’s kan bijdragen aan de professionalisering van de verwijzingsvoorziening en aan de kwaliteit van de daaruit voortkomende mediations in het bijzonder.

De aanzet voor deze workshops is gegeven door de resultaten van een op 23 mei 2007 georganiseerde ‘pilotbijeenkomst’. Op basis van de resultaten van deze pilotbijeenkomst heeft het LBM besloten regionaal zestien bijeenkomsten te organiseren, bij de rechtbanken Alkmaar, Almelo, Amsterdam, Arnhem, Assen, Breda, Middelburg en Dordrecht, Utrecht, Den Bosch, Den Haag, Groningen, Haarlem, Maastricht, Rotterdam, Zutphen en Zwolle. De bijeenkomsten vonden plaats in de periode 3 oktober tot en met 30 november 2007. Bij elke bijeenkomst waren naast een deskundige gespreksleider¹ maximaal twee mediationfunctionarissen van het desbetreffende gerecht en maximaal vijftien gecertificeerde mediators aanwezig, allen werkzaam voor de verwijzingsvoorziening *mediation naast rechtspraak*.

Twee *hoofdvragen* vormden het uitgangspunt voor alle bijeenkomsten:

- Lopen mediators in de verwijzingsvoorziening tegen ethische dilemma’s aan die specifiek zijn voor de verwijzingsvoorziening?
- Is herkenning en inzicht in behandeling van ethische dilemma’s van belang voor de mediators zelf, of ook voor de mediationfunctionarissen en de verwijzende rechters?

Deze notitie beschrijft de onderwerpen die tijdens de workshops aan de orde zijn gekomen. Er wordt antwoord gegeven op onderstaande *deelvragen*:

- Welke soorten dilemma’s zijn er te onderscheiden? En welke zijn te karakteriseren als ethische dilemma’s?
- Welke soorten dilemma’s ervaren de mediators in het kader van de verwijzingsvoorziening?
- Hoe kan de mediator omgaan met een ethisch dilemma?
- Wat bepaalt hoe de mediator handelt bij een specifiek dilemma?
- Welke aandachtspunten zijn er voor de verwijzer en/of de mediationfunctionaris?
- Zijn er wensen, behoeften, suggesties met betrekking tot (ethische) dilemma’s?

¹ De gespreksleiders waren: Karin Iest, Bela de Vries en Maarten Bakker.

Hoofdstuk 2 bevat een uitleg van de gehanteerde definities en terminologie. Vervolgens beschrijft hoofdstuk 3 welke dilemma's of vermeende dilemma's mediators of mediationfunctionarissen in de verwijzingsvoorziening ervaren. In hoofdstuk 4 staat het omgaan met ethische dilemma's centraal. Tot slot volgen in hoofdstuk 5 conclusies en aanbevelingen.

Hoofdstuk 2 Ethiek en dilemma's van de mediator

2.1 Ethiek van de mediator

Ethiek is een praktische filosofie die handelt over wat goed en kwaad is. Bij ethiek gaat het om de toepassing van morele voorschriften op het eigen handelen. De moraal is de filosofie van het juiste handelen. Ethiek is ook wel het samenhangende geheel van opvattingen over een juiste handelswijze. Die opvattingen bestaan uit waarden en normen. Onder waarden worden abstracte opvattingen over het goede, het juiste, het rechtvaardige en het deugdzame verstaan. Normen zijn minder abstract, zij zijn de invulling van de waarden op een concreter niveau. Een norm is een wegwijzer om een doel te bereiken, een regel is een concreet richtsnoer voor het handelen. De waarde dat de mediator onafhankelijk dient te zijn, heeft bijvoorbeeld als afgeleide norm dat de mediator voorafgaand aan de mediation niet is opgetreden als adviseur van een van de partijen.²

Normen en waarden veranderen in de loop van de tijd. Wat tegenwoordig als normaal en dus als ethisch wordt bestempeld, kan eerder als onethisch beoordeeld zijn. Daarnaast verschillen opvattingen over ethiek in verschillende bevolkingsgroepen. Daarbij spelen *cultuurverschillen* binnen de bevolkingsgroepen in een samenleving een rol. De mediator krijgt te maken met de culturele diversiteit die in de huidige multiculturele samenleving speelt. Anders gezegd: de mediator dient zich bewust te zijn van de contextafhankelijkheid van waarden en normen die binnen mediations aan bod komen en die voor het ontstaan van de hierna te beschrijven dilemma's kunnen zorgen.

2.2 Soorten dilemma's

De term *dilemma* betekent gewoonlijk een *keuze uit twee of meer alternatieven, die als even (on)aantrekkelijk worden ervaren*. De keuze kan daarom niet op alleen logische basis gemaakt worden. Onder een *professioneel dilemma* vatten wij kritische beroepssituaties waarin de mediator zich gesteld ziet voor een probleem of vraagstuk, waarbij hij of zij niet louter op routine of volgens eenduidige richtlijnen kan handelen, maar bewuste afwegingen moet maken omtrent de aanpak van de situatie gelet op de beoogde effecten. Als er geen duidelijke richtlijnen zijn, zal de mediator moeten zoeken naar de oplossing die past bij de strekking van de mediationreglementen en de gedragsregels voor mediators. Daarbij zal de mediator meestal zijn handelen afstemmen op hypothesen die hij voortdurend zal toetsen op hun juistheid en zonodig zal bijstellen. Sommige (beginnende) mediators

² Zie voor 'wat is ethiek' ook het *Handboek mediation* 2005, p. 235.

ervaren een professioneel dilemma als een ethisch dilemma, omdat ze (nog) twijfelen over de juistheid van hun beslissingen. Maar wanneer wordt een professionele keuze de keuze tussen twee kwaden en daarmee een ethische kwestie? Dat kan het geval zijn als een in de mediation behandelde kwestie of een daar ontstane situatie een kernwaarde van de mediator raakt.

Een *ethisch dilemma* is een bijzonder type dilemma. Ethische dilemma's ontstaan als waarden met elkaar botsen (*botsende waardenconstellaties*). Nu gaat het niet alleen meer om professioneel juist of onjuist handelen, het geweten en het persoonlijk besef van goed en kwaad gaan hier ook een rol spelen. Het ervaren van een dilemma is daarmee persoonsgebonden en bovendien contextafhankelijk. De keus is er dikwijls één tussen twee kwaden. Er zijn dan goede redenen om het één te doen, maar er zijn ook goede redenen om dat juist niet te doen. Dat is de reden dat een ethisch dilemma zich niet zo eenvoudig laat oplossen. De mediator moet dan kiezen tussen twee interventies die allebei als minder wenselijk worden gezien, waarbij de mediator klem zit tussen tegenstrijdige belangen of verplichtingen. *Voorbeeld: in een echtscheidingsmediation hoort de mediator in een caucus dat een van de partijen besmet is met het HIV-virus, maar die partij wil niet dat de andere partij hiervan op de hoogte wordt gesteld. De twee waarden die hier kunnen botsen zijn de vertrouwelijkheid versus het redden van een mensenleven.*

Hoe weegt een mediator die beide waarden af; hoe staat hij er zelf in?

Het ervaren van een ethisch dilemma heeft tot gevolg dat de mediator zich tot overdenking gedwongen voelt, zichzelf de vraag stelt 'wat ben ik aan het doen?' Er is een zekere bewustwording aanwezig die aanzet tot het beredeneren van wat goed is voor de keuze. De eisen van vakbekwaamheid die aan een mediator worden gesteld omvatten zijn bekwaamheid tot een professionele omgang met deze dilemma's. Hieronder vallen het herkennen en respecteren van eigen grenzen en eigen moraal en daar vervolgens professioneel naar handelen. Dit is niet altijd eenvoudig te beoordelen voor de mediator zelf en degenen die een beroep op hem doen.

Ziet de mediator dat in bepaalde gevallen zijn eigen grenzen in het geding komen? Kan hij die grenzen benoemen (vorm van professionaliteit) en daar vervolgens conclusies uittrekken? Het is duidelijk dat de mediator hierin zijn eigen grensbewaker is. Er is niemand die de mediator reflectie geeft op wat juist is. Het belang van intervisie en collegiaal overleg is hier cruciaal. Alleen bij een klacht tegen de mediator ontvangt deze (ongevraagd) feedback van het publiek. In dit geval dwingt de klacht de mediator tot externe verantwoording over de uitkomst van een ethisch dilemma.

Wat voor de ene persoon een dilemma is, is voor de andere persoon niet per definitie ook een dilemma. Het ervaren van een dilemma is daarmee *subjectief*. De persoonlijke grenzen van de mediator zijn onder andere afhankelijk van zijn eigen ethiek, zijn persoonlijkheid en zijn beroepsontwikkeling. Er bestaan ook meer *objectieve* maatstaven, waar de grenzen van de ethiek eenduidig zijn, bijvoorbeeld wanneer ethische normen zijn gecodificeerd in wettelijke en contractuele normen, of zijn opgenomen in gedragsregels die de beroepsgroep stelt voor professionaliteit. De

toepassing en interpretatie van deze normen is vervolgens echter weer onderhevig aan de subjectieve beoordeling van de mediator die hierbij weer afgaat op zijn eigen morele kompas. In de workshops is dit duidelijk gebleken. Zoals hierna blijkt bestond er een sterk subjectieve beleving van wat wel en niet als een professioneel dan wel ethisch dilemma moet worden beschouwd. Het herkennen van een dilemma hangt samen met de al dan niet gevorderde professionaliteit van een mediator. Onervaren mediators beschouwen soms vraagstukken als een dilemma terwijl daarvoor duidelijke regels bleken te bestaan en onderkenden anderzijds bepaalde dilemma's niet. Toename van professionaliteit maakt het herkennen van een dilemma makkelijker. Ervaren mediators zien soms weer dilemma's over het hoofd door routine.

Hoofdstuk 3 Dilemma's in de verwijzingsvoorziening

3.1 Herkennen van dilemma's

Mediators herkennen een ethisch dilemma over het algemeen intuïtief aan een ongemakkelijk 'knagend gevoel'. Spanning, een onrustig gevoel, machteloosheid, schuldgevoel, er mee bezig blijven, als mediator harder gaan werken en een gevoel van tekortschieten worden onder andere als herkenningpunten voor een ethisch dilemma aangegeven. De mediator voelt dat er iets niet klopt en dat de situatie in strijd is met een bepaalde norm of waarde, of met de gedragsregels. Ook wordt wel het 'voelen aan je water' het 'buikpijngevoel' of het 'Fingerspitzengevoel' genoemd. Meestal krijgt de mediator bij een ethisch dilemma het gevoel te moeten manoeuvreren tussen twee of meerdere slechte opties (kwaden) om een goed resultaat te realiseren. De mediator kampt dan met een gewetensconflict. Tijdens de workshops kwam naar voren dat een ethisch dilemma ook herkend kan worden aan de neiging van de mediator om te gaan rationaliseren. Als de mediator na een verwijzing onvoldoende commitment meent te bemerken bij partijen, kan de mediator de neiging hebben dit als 'normaal' te bestempelen en kan hij bijvoorbeeld vervallen in sturende interventies gebaseerd op zijn persoonlijke opvattingen, met het risico dat deze niet de opvattingen van partijen zijn. Tevens laat de mediator na te onderzoeken wat de oorzaak zou kunnen zijn van te weinig of geen commitment. Vervolgens schiet de mediation zijn doel voorbij daar partijen geen ruimte geboden wordt om communicatieve vaardigheden aan te leren om gezamenlijk tot een oplossing van hun probleem te komen. meer zelf te gaan drukken op overeenstemming tussen partijen dan des mediators is, daarbij manoeuvrerend tot een "dwangovereenstemming".

3.2 Ervaren dilemma's

Tijdens de bijeenkomsten zijn verschillende dilemma's door mediators aangedragen en besproken. Vrijwel alle genoemde dilemma's vallen onder de volgende categorieën/onderwerpen:

- Familiekwesties en met name de belangen van kinderen

- Arbeidskwesties
- Vertrouwelijkheid
- Strafbare feiten en zwartgeldproblematiek
- Een combinatie van deze of andere onderwerpen

Tijdens de workshops bleek dat mediators bij mediations in familiekwesties, en met name als er belangen van kinderen op het spel staan, meer gewicht aan de daar ervaren ethische dilemma's toekennen dan aan de andere genoemde dilemma's die worden ervaren in mediations tussen volwassenen met een eigen verantwoordelijkheid. In de volgende paragrafen worden de genoemde onderwerpen nader toegelicht met voorbeelden en de visies en invalshoeken van de mediators. Daarna komen de overige dilemma's aan bod. Op elk gegeven voorbeeld zijn tal van scenario's denkbaar. We hopen de lezer te inspireren om per onderwerp of over andere onderwerpen eigen scenario's te bedenken.

3.2.1 Familiekwesties en met name de belangen van kinderen.

In een mediation over familiekwesties kan de mediator geconfronteerd worden met (een vermoeden van) kindermishandeling³, huiselijk geweld en/of incest door *de beschuldiging door een van de ouders* of door *de eigen waarneming* of door *signalering door derden*. Neemt de mediator het vermoeden voor waar aan? Of gaat de mediator de verwijten die over en weer gemaakt worden nog onderzoeken? Is er een verschil tussen een lopende mediation en een mediation die al door de mediator is beëindigd en/of teruggezonden naar de rechter? Wat moet een mediator doen als hij kennis krijgt van kindermishandeling die nog voortduurt tijdens het afwikkelen van een echtscheiding? Wat moet hij doen bij tekenen van of zelfs erkenning van incest in een familieconflict, waarbij partijen zelf geen stappen zetten tot al dan niet gedwongen beëindiging daarvan? De mediator zal dergelijke situaties ervaren als een appel op zijn verantwoordelijkheidsgevoel tegenover een gekwetste en nog steeds kwetsbare derde, het kind, waarmee hij echter dikwijls zelf geen contact heeft. Hoe stelt de mediator zich tegenover de partijen op, en hoe tegenover de rechter of de mediationfunctionaris? Onder welke voorwaarden zal hij de geheimhoudingsplicht willen verbreken om een direct en existentieel belang van een ander te beschermen?

De meeste mediators gaven er tijdens de workshops de voorkeur aan om, afhankelijk van de context, het vermoeden bespreekbaar te maken tussen partijen. Het maakt voor mediators verschil of de mishandeling een bewering van een van de partijen is of dat deze is erkend of dat op andere wijze is

³ P. Baeten, auteur van de meldcode Kindermishandeling, verstaat onder kindermishandeling elke vorm van voor de minderjarige bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard, die de ouders of personen ten opzichte van wie de minderjarige in een relatie van afhankelijkheid of van onvrijheid staat, actief of passief opdringen, waardoor ernstige schade wordt berokkend of dreigt te worden berokkend aan de minderjarige in de vorm van fysiek of psychisch letsel.

komen vast te staan dat de mishandeling heeft plaatsgevonden. Dit verschil is met name relevant voor het moment waarop eventuele kindermishandeling of incest bespreekbaar gemaakt dient te worden. Besproken dient te worden of de beweerde mishandeling enkel en alleen een bewering zou kunnen zijn van een van de partijen en als zodanig mogelijk een symptoom van het conflict, dat gevoed wordt door nog onverwerkt verdriet en boosheid.

Een andere genoemde oplossing is de mediation te beëindigen. Daarbij is een overweging of vaststaat of aangenomen moet worden dat de mishandeling nog gaande is of al eerder is beëindigd. Of de mishandeling nog gaande is of in het verleden speelde en inmiddels beëindigd, neemt de mediator mee in zijn overweging de mediation al dan niet te beëindigen. In elk geval moet de mediator achteraf jegens zichzelf en anderen kunnen verantwoorden waarom hij de keuze heeft gemaakt de mediation te beëindigen. Datzelfde geldt ten aanzien van de vraag of hij kan verantwoorden dat hij melding heeft gemaakt van wat hem in de mediation ter ore is gekomen. De beslissing dient ook bij partijen te liggen om al dan niet door te gaan met de mediation. Als de mishandeling nog gaande is, dan is het zeker een aanleiding om de mediation te stoppen en te melden. Is de mishandeling niet meer gaande, dan dient de mediator partijen te vragen wat er is gebeurd waardoor mishandeling is gestopt. Vervolgens dient de mediator te vragen of partijen tevreden zijn met deze oplossing en voldoende vertrouwen hebben voor de toekomst om door te gaan met de mediation.

Hieruit blijkt dat ethiek te maken heeft met het *verkennen van de eigen grenzen*. In geval van huiselijk geweld speelt voor sommige mediators een rol of het geweld tussen partners onderling betreft of dat het geweld ook op de kinderen gericht is. Tijdens de workshops bleek dat er in het eerste geval er vaak de voorkeur aan gegeven het geweld bespreekbaar te maken in de mediation, en dat in het tweede geval mediators eerder geneigd zijn direct actie te ondernemen.

3.2.2 Arbeidsconflicten

Meerdere malen is tijdens de bijeenkomsten ethische dilemma's het strategisch inzetten van mediation door de werkgever ter sprake gebracht. Bij mediations die zijn verwezen in arbeidsconflicten komt geregeld voor dat mediators de indruk hebben dat het mediationvoorstel door de werkgever om strategische redenen wordt aanvaard, met name om te voorkomen dat een (te) hoge vergoeding wordt opgelegd, terwijl er geen werkelijk commitment bestaat bij de werkgever om daadwerkelijk een oplossing te bereiken, anders dan ontslag met een lage vergoeding.

Voorbeeld:

In een arbeidsconflict tussen een werkgever en een werknemer heeft de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. De werknemer verweerde zich daartegen. De rechter stelt mediation voor met als motivatie tegenover de partijen dat het wellicht nog mogelijk is in onderling overleg alsnog tot vruchtbare samenwerking te komen. In de mediation blijkt al snel dat de samenwerking dusdanig verstoord is, dat verdere samenwerking niet meer mogelijk is.

De mediator krijgt sterk de indruk dat de werkgever maar één doel voor ogen heeft en wel om de samenwerking met de werknemer hoe dan ook te verbreken. De werknemer heeft geen geld meer om zijn advocaat en de mediator te betalen. Stoppen met de mediation zou in strijd zijn met de belangen van de werknemer. Doorgaan echter ook.

Ander voorbeeld met dezelfde strekking:

Een werknemer spant zich zeer in om de mediation te starten terwijl de werkgever eigenlijk niet wil. De mediator weet dat de mediation door het gebrek aan commitment van de werkgever waarschijnlijk niet zal slagen en dat een niet geslaagde mediation waarschijnlijk in het nadeel van de werknemer zal uitpakken indien partijen alsnog voor de rechter komen te staan. Immers, de werkgever heeft zich ingespannen om de relatie met de werknemer te herstellen en is dus zijn verplichting op dat punt nagekomen. Dat zal mogelijk gevolgen hebben voor de toe te kennen vergoeding.

Deze voorbeelden betreffen in wezen het al dan niet ontbrekende commitment van partijen. Een ethisch dilemma kan ontstaan als de mediator – ervan overtuigd dat de werkgever niet zal willen instemmen met een voortzetting van de arbeidsovereenkomst – meent dat instemmen met het ontslag de second best oplossing zal zijn voor de werknemer en deze gaat overhalen om met die second best uitkomst in te stemmen. Eigen waarden van de mediator doen hun intrede: het gebied van de ethiek wordt betreden. Tot hoever is hoop en het beste voorhebben door de mediator te verantwoorden: wanneer wordt het bijstand tegen beter weten in?

3.2.3. Vertrouwelijkheid

In gedragsregel 5 stelt het NMI dat de mediator geen informatie geeft aan derden en geen derden bij de mediation betreft zonder toestemming van partijen. Het handboek mediation zegt hierover: *voorzover derden betrokken worden bij de mediation, dient hen schriftelijk geheimhouding te worden opgelegd. In de praktijk kunnen zich met betrekking tot vertrouwelijkheid en geheimhouding verschillende ethische kwesties voordoen. De mediator heeft geen wettelijk verschoningsrecht. Enerzijds mag van hem verwacht worden dat hij geen informatie verschaft aan derden zonder dat partijen dit weten. Anderzijds kan het in sommige gevallen ethisch verantwoord zijn om derden, waaronder de rechter, te informeren over wat zich in de mediation heeft voorgedaan, soms zelfs uit eigen beweging. Uitzonderingen op de basisregel van geheimhouding kunnen alleen gemaakt worden wanneer er sprake is van belangen die evident zwaarder wegen dan het belang van geheimhouding.*⁴

⁴ A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 240-241.

Voorbeeld

In caucus meldt een van de partijen aan de mediator dat de maffia de wederpartij zal vermoorden. Het gaat hier dus om een kwestie van leven en dood. De mediator heeft gegronde redenen om aan te nemen dat er gevaar dreigt en heeft contact gezocht met de Officier van justitie en dus de geheimhouding doorbroken. De ethiek van de mediator brengt mee dat hij belangen aanwezig vindt die evident zwaarder wegen dan het belang van geheimhouding.

Mediators meldden tijdens de workshops in bepaalde gevallen het al dan niet verbreken van de overeengekomen vertrouwelijkheid als een ethisch dilemma te ervaren. Met name als in de mediation bepaalde dingen zijn voorgevallen of informatie is besproken die voor de rechter relevant (kunnen) zijn voor het nemen van een beslissing. Dit speelt voornamelijk in mediations waarin het belang van het kind aan de orde is.⁵

3.2.4. Strafbare feiten en zwartgeldproblematiek

Stel dat een mediator in het kader van een mediation kennis krijgt van een strafbaar feit (al dan niet gepleegd door een van de partijen) of te maken krijgt met botsingen tussen wat wettelijk wel mag maar moreel niet juist is of juist voelt. Hoe gaat de mediator daar dan mee om?

Dit hangt af van een aantal factoren: de aard van het strafbare feit, de relevantie ervan voor de onderhandelingen van partijen en voor het onderhandelingsresultaat, en de vraag in hoeverre de mediator zijn eigen positie zuiver weet te houden. De mediator kan bijvoorbeeld te maken krijgen met onderhandelingen over zwart geld of manieren om geldstromen te kaderen om belasting te ontduiken, ofwel: met onwettige fiscale constructies. Zo kan één of beide partijen beschikken over zwart geld of onroerende goederen die niet bekend zijn bij de Belastingdienst, en dat willen betrekken bij de verdeling. Ook kan één of beide partijen de mediator willen betalen met geld waarvan de mediator weet of vermoedt dat het zwart geld is. Of personen komen in aanmerking voor gefinancierde rechtshulp, terwijl zij daar eigenlijk geen recht op hebben omdat het werkelijke inkomen, naar tijdens de mediation blijkt, hoger ligt. Tevens kan het in een zwartgeldcircuit voorkomen dat een alimentatieontvangende partij een lagere alimentatie krijgt toegekend dan de feitelijke levensstandaard van partijen toelaat. Wat moet de mediator doen als deze dingen zich concreet voordoen?

⁵ zie paragraaf 3.2.1

Voorbeeld

De mediator is zich ervan bewust dat het huis in Zwitserland, dat in de mediation ter sprake komt, niet is opgegeven bij de fiscus. De financiële waarde van dat huis blijkt essentieel voor de oplossing van het conflict tussen partijen. Het persoonlijke belang van de mediator en de persoonlijke belangen van de partijen om het conflict op te lossen, staan op gespannen voet met het impliciet of expliciet meewerken aan het overtreden van de wet.

Zwartgeldproblematiek heeft tijdens de bijeenkomsten ethische dilemma's veel discussie opgeleverd. Hiermee is overigens niet gezegd dat deze dilemma's veel voorkomen. Dat is niet onderzocht. Dit type dilemma werd door sommigen overigens niet als dilemma ervaren, door anderen als professioneel dilemma en door weer anderen als een ethisch dilemma.

Op 1 juni 2003 is de wet 'Melding ongebruikelijke transacties' (Wet Mot) en de 'Wet identificatie bij dienstverlening' (Wid) in werking getreden voor zakelijk dienstverleners.⁶ De wet Mot verplicht de dienstverlener ongebruikelijke transacties direct aan de overheid te melden. Over de melding mogen de cliënten niet worden ingelicht. Zo beoogt de wetgever te voorkomen dat de beroepsbeoefenaar voor zijn diensten wordt betaald met gelden waarvan de herkomst onduidelijk is. De Wid verplicht de dienstverlener de identiteit van zijn cliënten vast te stellen. De strekking van dit artikel wijkt dus af van de verplichting over vermoeden van kindermishandeling, waar de mediator wel verplicht is te melden.⁷

De mediator verleent geen diensten in de zin van de wet Mot en de Wid, de werkzaamheden van de mediator zijn dus niet deze regelgeving verbonden. Ook niet als de mediator daarnaast werkzaam is als zakelijk dienstverlener.

3.2.5. Overige besproken dilemma's, per onderwerp

Naast bovenstaande vraagstukken zijn er tijdens de bijeenkomsten nog andere – soms vermeende - dilemma's ter sprake gekomen. De term 'vermeend' wordt hier gehanteerd, omdat mediators enkele van onderstaande vraagstukken als ethische dilemma's typeerden, die bij nader inzien alle betrekking hebben op de professionaliteit van de mediator.

A. Schijn van partijdigheid

- Als de mediator een geschenk krijgt van één van partijen (zoen, wijn, bloemen), kan hij dat als een dilemma ervaren. De mediator moet de afweging maken of deze handeling bij één van partijen de schijn van partijdigheid kan wekken, bijvoorbeeld in de vorm van een zekere mate

⁶ Zie voor de wet Mot en de Wid: E. Schutte, J. Spierdijk, A.F.M. Brenninkmeijer, *Juridische aspecten van mediation*, Mediationreeks deel 4, Den Haag: Sdu uitgevers 2007, p. 41.

⁷ zie hierboven, paragraaf 3.2.4.

van vriendschappelijkheid. Als het niet goed voelt, moet de mediator het geschenk niet aannemen. Menig mediator is van mening dat bloemen moeten worden teruggestuurd als ze worden toegestuurd voordat de mediation is afgesloten. Daarnaast moet de mediator of de partij die de bloemen gestuurd heeft, het gebaar melden aan de wederpartij.

- Partijen in een mediation zijn een aannemer en de (rijke) bewoners van een riant huis. De mediator komt er in de mediation achter dat de bewoners van het huis in dezelfde buurt wonen als de mediator. Hij vraagt zich af of hij dit in de mediation aan partijen moet melden. Hij kan dan bij zichzelf te rade gaan of het helpt als hij het zegt, en wat er zou kunnen gebeuren als hij het niet zegt en het feit uitkomt? Een kleine nuance: wanneer een derde persoon in de mediation ter sprake komt en niet in persoon aanwezig is, wordt de reactie van de mediator beïnvloed door de rol die de bekende in kwestie vervult in het relaas van partijen en in hoeverre de mediator de persoon kent.

De schijn van partijdigheid dient te allen tijde voorkomen te worden. Eigen privacy kan echter ook een rol spelen. Transparantie in de mediation, het bespreekbaar maken met partijen ofwel de kwestie benoemen voorkomt moeilijkheden achteraf (zie ook hoofdstuk 4).

- Een mediator laat het convenant opstellen door een advocaat. De advocaat komt er na het lezen van de stukken achter dat de mediation betrekking heeft op twee ouders wier kind bij de zoon van de advocaat in de klas zit. De advocaat meldt dit aan de mediator, zodat de mediator dit kan terugkoppelen aan partijen. Wederom is nodig dat de mediator hierin volstrekt transparant is tegenover partijen.

Situaties als hierboven geschetst worden pas een dilemma als ze de neutraliteit van de mediator beïnvloeden. Wanneer de schijn van partijdigheid in de mediation dreigt, wordt dat niet getypeerd als een ethisch dilemma (keuze tussen twee kwaden op het vlak van eigen waarden en gedragsregels). Veel mediators zullen het zelfs helemaal niet als een dilemma ervaren, omdat het de professionele vaardigheden van de mediator betreft. Een enkele mediator typeert een situatie van mogelijke partijdigheid als een professioneel dilemma, omdat hij niet louter op routine of volgens eenduidige richtlijnen kan handelen maar bewuste afwegingen moet maken over de aanpak van de situatie. Als er geen duidelijke richtlijnen zijn, ook niet in de mediationreglementen en de gedragsregels van de mediator⁸, dan zal de mediator moeten zoeken naar de oplossing die volgens hem het beste past bij de strekking van de richtlijnen.

⁸ Zie ook hoofdstuk 2.2.

B. Tijd en geld

- Partijen geven bij de mediator aan dat de mediation niet langer dan 2,5 uur mag duren, ofwel, het mag partijen geen geld kosten.
- De houding van een toevoeginggerechtigde is zeer relaxed tijdens de mediation en de betalende partij zit op hete kolen, waardoor de machtsbalans niet in evenwicht is.

Bovenstaande twee voorbeelden betreffen het commitment van partijen en bevatten signalen dat zich ethische grenzen aandienen. Als een mediator voelt dat er werkelijk geen commitment is, hoe handelt hij dan professioneel juist? Hoe verantwoordt hij een keuze tussen voortgaan en beëindigen? Hierbij speelt vooral de eigen professionaliteit een rol. In alle mediations is de eigen inzet van de deelnemers in aanvang wankel en het hoort bij de vaardigheden van de mediator om de deelnemers hun eigen verantwoordelijkheid te onderkennen en terug te laten nemen.

C. Stoornissen

Wat doe de mediator wanneer hij een probleem signaleert waarvan de persoon zichzelf niet bewust is, bijvoorbeeld een persoonlijkheids- of gedragsstoornis? Of wanneer de mediator te maken heeft met niet redelijk denkende en handelende mensen, die niet in staat zijn tot zelfreflectie? Of wat te doen met een persoon die cognitief zeer zwak is en niet kan of durft te praten?

Of en op welke wijze de mediator een partij op een stoornis wijst dan wel omgaat met cognitief zwakkere personen hangt af van de achtergrond en de deskundigheid van de mediator. Een mediator met een juridische achtergrond, zal hier anders mee omgaan dan een psycholoog-mediator. Bij dergelijke thematiek speelt vooral het dilemma van het overschrijden van grenzen van de eigen deskundigheid, of bij het gebruiken van interventies uit zijn beroepsachtergrond die de mediator niet passen. Bijvoorbeeld de psycholoog-mediator die de neiging krijgt therapeutische interventies te doen. De mediator zal ethisch juist handelen wanneer hij tijdig een ter zake kundige inschakelt en zich bewust is wanneer zijn eigen deskundigheid te kort schiet.

Voorbeeld

Tijdens de mediation verzucht een cliënte telkens weer dat 'hij haar helemaal kapot heeft gemaakt' en 'dat het allemaal geen nut meer heeft, het is nu te laat'. Cliënte is ook erg emotioneel, vooral boos en cynisch en bij huilbuien nauwelijks tot bedaren te brengen. Bij mediator rijzen zorgen over haar toestand (is zij depressief? Speelt zij met suïcidale gedachten?). De mediator besluit haar advocaat te informeren en pleegt intervisie met een collega.

D. doorspreken van objectieve normen

- Partijen willen tijdens de mediation een bedrag aan kinderalimentatie afspreken, waarvan de mediator weet dat het afwijkt van de “normale” alimentatieberekening. .
- een werknemer neemt in de mediation genoegen met een lagere ontslagvergoeding van de werkgever dan de werknemer bij de kantonrechter had kunnen krijgen.

In dit verband speelt de volgende vraag: ‘Wat is het verschil tussen enerzijds de professionaliteit en anderzijds de inhoudelijke deskundigheid van de mediator en is er een overlap? Zo ja, waar?’

Beantwoording van deze vraag helpt bij het verkennen en bepalen van de eigen grenzen van het vakgebied of beroep als deskundige (jurist, fiscalist, psycholoog, mediator etc.) en het maximale professionele kennen en kunnen, weten hoe professioneel te handelen.

Aan de mediators is gevraagd of een via de rechter verwezen mediation zorgt voor extra dilemma’s bij de mediator. Veel mediators beantwoorden deze vraag ontkennend. Mediators die de vraag bevestigend beantwoorden, geven aan dat het commitment van partijen in een verwezen zaak dikwijls niet zo hoog is en dat het regelmatig voorkomt dat partijen niet echt vrijwillig in de mediation zitten. Het dilemma dat klaarblijkelijk onder mediators speelt, is het wel of niet voortzetten van de verwezen mediation in dit geval.

3.3 Verwijzers en mediationfunctionarissen

In de workshops is ook besproken in hoeverre de door de mediators ervaren dilemma’s van belang zijn voor verwijzers en mediationfunctionarissen en of er bepaalde dilemma’s zijn die voor de laatstgenoemden evenzeer dilemma’s opleveren.

Bij verwezen zaken kan de inzet van partijen gering zijn en dat komt volgens sommige mediators mogelijk iets vaker voor bij verwezen dan bij niet verwezen zaken. Dit is echter niet onderzocht en deze conclusie delen lang niet alle mediators, omdat ook bij mediations uit eigen acquisitie de motivatie van mediationdeelnemers erg kan verschillen. Partijen zitten tijdens een gerechtelijke procedure dikwijls behoorlijk vast in hun standpunten en in de strijd; zij vertonen vechtedrag. Dat is niet verwonderlijk gezien de kenmerken van een gerechtelijke procedure. De juridische rationalisaties in een gerechtelijke procedure bevorderen het denken in termen van gelijk en ongelijk: alleen de rechtens relevante belangen doen ter zake.

Voor een effectieve verwijzing is het noodzakelijk dat er een zuivere en zorgvuldige selectie van zaken plaatsvindt. De selectie van zaken ligt bij *mediation naast rechtspraak* in handen van verwijzers en van mediationfunctionarissen. De keuze voor mediation ligt echter in handen van de partijen en hun advocaten. Toch kunnen de partijen het gevoel hebben ‘gestuurd te zijn’ door de rechter omdat diens autoriteit zonder meer al een gevoel van dwang geeft, zonder dat dit door de rechter is bedoeld. De verwijzende rechter en de mediationfunctionaris kunnen bijdragen aan het verminderen van dit ‘gevoel van dwang en drang’ door bij het mediationvoorstel (nog meer) stil te staan bij het commitment van

partijen en door het onderzoeken van de commitment bevorderende motieven van partijen door het geven van een juiste voorlichting. Het benadrukken van de scheiding tussen de gerechtelijke procedure en het mediationtraject draagt eveneens bij aan een effectieve verwijzing.

Mediators hebben het vermoeden dat een 'te' hoge escalatiegraad ook bepaalde dilemma's in de hand werkt. Bij voorbeeld wanneer de mediator zich bedreigd voelt en daardoor de neiging heeft eerder op de hand te zijn van diegene die dreiging uitstraalt. Of geïrriteerd raken door diegene die slachtoffergedrag vertoont, door in heftige huilbuien te vervallen. Dit laat onverlet dat mediators bij een echt ontbrekend commitment kunnen besluiten de mediation niet te accepteren zonder dat hierdoor een ethisch dilemma ontstaat.

Mogelijk stelt een verwijzing soms ook eisen aan de ethiek van de verwijzers. Wanneer vinden zij het traject naast de rechtspraak voor de betrokkenen nog een goede zaak? Wat kan de doorslag geven om niet te verwijzen: hoe wordt de kans op extra escalatie door de mediation en de zozeer gewenste onderlinge overeenstemming in bepaalde zaken (familie en belangen van kinderen) afgewogen?

Tijdens enkele bijeenkomsten is de rol van de mediationfunctionaris kort aangestipt. De mediators waarderen de rol van de mediationfunctionaris over het algemeen zeer positief, de functionaris wordt in enkele gerechten regelmatig benaderd als klankbord of als vertrouwenspersoon. Sommige mediationfunctionarissen rekenen het fungeren als klankbord en vertrouwenspersoon ook tot hun takenpakket en verantwoordelijkheid. Andere daarentegen hebben deze rollen (wellicht bewust) niet naar zich toe getrokken.

Mediationfunctionarissen hechten belang aan goed verwijzen. De vraag hoe ver hun verantwoordelijkheid reikt bij de verwijzing, is bij enkele gerechten onderwerp van discussie. Mediationfunctionarissen willen het beste voor de conflictpartijen en willen anderzijds de mediators beschermen tegen zaken die beter niet verwezen hadden kunnen worden. De ervaring leert dat er in een mediation dikwijls dingen naar boven komen waarvan de mediationfunctionaris van het gerecht ook niet op de hoogte was, bijvoorbeeld drankmisbruik van een van de partijen, een persoonlijkheidsstoornis of gewelddadigheid. Naar eigen zeggen trekken de functionarissen het zichzelf aan als de veiligheid van de mediator in het geding komt. Dit roept de vraag op of de mediationfunctionaris de mediators wellicht meer achtergrondinformatie over de zaak moet verschaffen. Overigens met de kanttekening dat de functionarissen dikwijls ook geen weet hebben van (alle) achtergrondinformatie. Sommige gerechten geven de mediator, indien gewenst, voor de start van de mediation inzage in het proces verbaal of de beschikking. Veel mediators geven echter aan dat zij blanco de mediation in willen gaan om elke schijn van partijdigheid te vermijden. Uitgangspunt van *mediation naast rechtspraak* blijft dat de gerechtelijke procedure en de mediationprocedure gescheiden zijn. Dat neemt niet weg dat de mediationfunctionaris hierin een goede tussenpositie kan innemen die mogelijk toekomstige ethische dilemma's kan helpen voorkomen als deze door de

mediators op de hoogte wordt gehouden van de dilemma's die ze tegenkomen. Daarmee is er weliswaar een brug tussen procedure en mediation, maar de beide procedures op zich blijven geheel gescheiden.

Hoofdstuk 4 Omgaan met ethische dilemma's

Bij het denken over omgaan met dilemma's is het belangrijk te weten welke factoren die omgang bepalen. Van invloed zijn onder meer de ervaring en kennis van de mediator, zijn opleiding/training, beroepsachtergrond of beroepsgroep waarin hij werkzaam is of is geweest en zijn professionaliteit. Ook de eigen normen en waarden van de mediator, die zoals eerder opgemerkt, in de loop van de tijd kunnen veranderen en de cultuur waarbinnen een mediator opgroeit dan wel opereert, kunnen van invloed zijn op de omgang met dilemma's.

De mediator hanteert als indicatie om een mediation te beëindigen onder andere het gevoel dat de neutraliteit van de mediator in het geding komt (de mediator wordt bijvoorbeeld meegezogen in het conflict), dat de mediator in zijn keuzevrijheid beperkt wordt, en dat de mediator om wat voor reden dan ook niet meer transparant kan zijn. Hieronder volgen enkele suggesties voor omgaan met een aantal dilemma's.

4.1 Omgaan met onvoldoende commitment

Wanneer de mediator het gevoel heeft dat mediation wordt gebruikt met verkeerde bedoelingen (ten behoeve van een betere rechtspositie) van de ene partij en dat in dit opzicht de machtsbalans tussen partijen zoek is en het commitment bij tenminste één partij ontbreekt, kan de mediator dit gevoel bespreekbaar maken met partijen met de vraag 'Waarom zit u hier' In wezen betreft dit vraagstuk niet altijd een ethisch dilemma. Een matig commitment bij de start van een mediation komt in zeer vele mediations voor, en zeker ook bij mediations die niet zijn verwezen of zijn verwezen door anderen dan rechters. De professionaliteit van de mediator en met name het juiste gebruik van mediationvaardigheden kan bevorderen dat de partijen alsnog actief aan de mediation gaan deelnemen of dat de mediation niet start.

4.2 Terugkoppelen van informatie uit de mediation

Mediators kunnen – tenzij de partijen daarmee instemmen – in verband met de overeengekomen vertrouwelijkheid niets terugkoppelen aan de rechter over de inhoud van de mediation of de reden van beëindiging. Voor zover het verstrekken van informatie uit de mediation wel nuttig lijkt kan de mediator bij een mediation zonder overeenstemming voorstellen een deelovereenkomst met partijen of

een beëindigingbericht op te stellen. Deze stukken kunnen door de advocaten van partijen in de gerechtelijke procedure worden ingebracht.⁹

4.3 Belangen van kinderen en kindermishandeling

In bepaalde typen conflicten waar de belangen van kinderen spelen geven mediators aan liever als deskundige te willen optreden (deskundigenbericht met behulp van mediation/ouderschapsonderzoek), zodat het wel mogelijk is aan de rechter te rapporteren. Dit biedt echter geen oplossing voor de dilemma's die kunnen ontstaan tijdens een mediation. Een andere suggestie was om in overleg met partijen een externe deskundige te betrekken in de mediation (bijvoorbeeld een vertegenwoordiger van Jeugdzorg of de Raad voor de Kinderbescherming). Het is dan van belang met partijen te bespreken dat, indien een gezinsvoogd bij de mediation wordt betrokken, hij vanuit zijn functie geen geheimhoudingsverklaring zal ondertekenen, daar de voogd, indien hij dit nodig acht, eventuele misstanden ten aanzien van het kind wil kunnen rapporteren aan de rechter. Wanneer partijen en de mediator het nuttig en nodig achten dat de voogd bij enkele of meerdere sessies aanwezig is, kan men met partijen afspreken dat zij een verklaring ondertekenen, waarin vermeld staat dat zij weten dat de voogd niet tekent voor geheimhouding, maar desondanks toch toestemming verlenen aan de voogd om bij de mediation aanwezig te zijn. Tevens kan men afspreken dat de voogd alleen bij die sessies aanwezig is, die betrekking hebben op het kind d.w.z. de omgangsregeling en/of communicatie tussen de ouders ten aanzien van de opvoeding van hun kind.

De mogelijkheid het kind te betrekken in de mediation werpt de vraag op hoe de mediator omgaat met het al dan niet geheimhouden van wat het kind hem in vertrouwen heeft verteld. Hoe de mediator omgaat met een eventueel kindgesprek en hoever hij daarin gaat is sterk afhankelijk van zijn professionele achtergrond. Een mediator die vanuit zijn professie gewend is om gesprekken met kinderen te voeren, zal doorgaans meer kunnen halen uit een kindgesprek (en de door de kinderen gegeven informatie beter kunnen plaatsen en interpreteren) dan bijvoorbeeld iemand met een notariële achtergrond. Mediators zijn van mening dat het betrekken van kinderen in de mediation wel extra ethische dilemma's kan opwerpen voor de mediator, bijvoorbeeld bij al dan niet terugrapportage aan de ouders.

Voorbeeld van een gedragslijn:

Wanneer een mediator een gesprek met een kind gaat voeren, dan kan de mediator voordat het gesprek met het kind onder vier ogen begint, zowel aan de ouder als aan het kind gelijktijdig vertellen dat datgene wat besproken wordt vertrouwelijk en geheim is en tussen het kind en de mediator blijft. Verder legt de mediator (in begrijpelijke taal voor het kind) uit dat het doel van het gesprek is dat de omgang met de ouders soepeler verloopt, zodat het kind zonder schuldgevoel met de ene ouder over de

⁹ Extra aandachtspunt: wanneer een mediation niet is geslaagd kan de mediator nogmaals de vertrouwelijkheid bij partijen (en hun advocaten) benadrukken in een brief aan partijen waarin de geheimhouding nog eens extra wordt benadrukt. Dit voorkomt dat partijen gevoelige informatie uit de mediation in de gerechtelijke procedure trachten in te brengen.

andere ouder kan praten. De mediator vertelt tevens dat het niets aan de ouders zal vertellen als het kind daar geen toestemming voor geeft. Aan het eind van het gesprek met het kind vraagt de mediator aan het kind wat hij wel en niet met de ouders mag bespreken. Een mediator dient te allen tijde in te schatten of datgene wat het kind verteld heeft hem niet in gevaar kan brengen, wanneer een van de ouders ter ore krijgt dat het kind bepaalde zaken aan de mediator heeft verteld. De mediator dient hier extra naar te vragen bij het kind bij voorbeeld als volgt: “weet je heel zeker dat ik deze zaken wel met papa of mama kan bespreken? Heb ik dat goed begrepen?”

Op de door het Landelijk bureau *Mediation naast rechtspraak* georganiseerde workshop ‘De belangen van kinderen in mediation’ van 28 juni 2007 is besproken hoe de mediator kan omgaan met (vermoedens van) kindermishandeling¹⁰. Volgens de meldcode kindermishandeling voor beroepskrachten¹¹ heeft iedereen een meldingsplicht bij het vermoeden van kindermishandeling. Deze meldcode geldt voor iedereen die (beroepsmatig) met kinderen te maken heeft. De mediator valt volgens veel deelnemers aan de bijeenkomsten onder de categorie ‘beroepskracht’.

Paul Baeten, auteur van de meldcode, vindt dat het er niet om gaat dat de mediator kindermishandeling *kan* melden; hij is daartoe volgens hem verplicht. Deze stelling roept uiteenlopende reacties op.

Sommige mediators vinden dat er altijd een melding gedaan moet worden bij het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (AMK)¹², andere vinden dat er sprake is van een grijs gebied. Niet alleen voorlichting, maar ook nader wetenschappelijk onderzoek hierover is daarom van belang.

Wanneer ben je van mening dat sprake is van kindermishandeling? Wat is ernstig? Hoe erg moet de dreiging zijn? Mediators denken verschillend over wat te doen in geval van een vermoeden van kindermishandeling, te weten:

- De mediator maakt, indien mogelijk, de kwestie bespreekbaar met partijen voordat hij vervolgstappen onderneemt (transparantie);
- De verantwoordelijkheid ligt bij de ouders en moet daar ook worden neergelegd. Pas wanneer de mediator vermoedt dat ouders geen actie ondernemen, moet hij zelf actie ondernemen;
- De mediator heeft het vermoeden, dus moet hij dit zelf melden bij het AMK (en na melden bij het AMK direct de mediation beëindigen);

¹⁰ Het verslag van deze expertmeeting ‘De belangen van kinderen in mediation’ is te downloaden via de link: <http://intro.bistro.ro.minjus.nl/Introlandelijk/Mediation%20naast%20Rechtspraak/Pages/Workshops.aspx>

¹¹ Opgesteld in opdracht van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS).

¹² Bij het vermoeden van kindermishandeling moet allereerst de vraag beantwoordt worden of er inderdaad sprake is van mishandeling. Leg gegevens en ondernomen stappen vast. Overleg met anderen. Een mediator kan bijvoorbeeld overleggen met een vertrouwenspersoon of voor advies contact opnemen met het AMK. De mediator kan de kindermishandeling ook melden bij het AMK. Het AMK heeft verschillende functies. Het AMK onderzoekt en beoordeelt meldingen van kindermishandeling door gesprekken met ouders, kinderen en professionals. Wanneer het vermoeden van mishandeling gegrond lijkt, draagt het AMK de zaak over aan de hulpverlening, kindbescherming en/of justitie.

- De mediator moet de mediation beëindigen wanneer een van de partijen een vermoeden uit van (kinder)mishandeling.

Wat betreft de geheimhouding is de mediator gebonden aan artikel 53 van de wet op de jeugdzorg. Degene die op grond van een wettelijk voorschrift of op grond van zijn ambt of beroep tot geheimhouding is verplicht, kan zonder toestemming van degene die het betreft, aan het AMK inlichtingen verstrekken. De beroepskracht kan dit doen wanneer hij dit noodzakelijk acht om een situatie van kindermishandeling te beëindigen of om een redelijk vermoeden van kindermishandeling te onderzoeken. De geheimhouding wordt door het AMK gehonoreerd met de waarborging van de anonimiteit van de beroepskracht wanneer bekendmaking van zijn identiteit zou leiden tot een verstoring van de vertrouwensrelatie met de beroepskracht. Het is van belang dat mediators hun beroeps- en gedragscode hierbij goed in acht nemen.

4.4 Melden van strafbare feiten of stoppen met de mediation

Indien er sprake is van zwart geld of andere zaken die wettelijk niet zijn toegestaan, geeft een aantal mediators aan de mediation te zullen beëindigen. Deze mediators willen geen instrument worden om zwartgeldkwesties op te lossen; dat komt de naam van de beroepsgroep niet ten goede. De mediator dient zich te allen tijde te houden aan de grenzen van de wet en de beroepsethiek. Een mogelijkheid om dit dilemma te voorkomen is om dit tijdens de opening van de mediation te bespreken. Om eventuele dilemma's in de mediation voor te zijn, geven sommige mediators voorafgaand aan elke mediation bij partijen aan dat de mediator geen verschoningsrecht heeft en dat hij niet akkoord zal gaan met mogelijke onwettige transacties. Hij voorkomt hiermee dat partijen de mediation met onjuiste verwachtingen ingaan. Daarbij is er naar de mening van de mediators een verschil tussen het feit of partijen de kwestie zelf creatief regelen voordat het convenant wordt opgesteld of dat de mediator het vastlegt in een convenant en dan meewerkt aan iets contra legem.

Sommige mediators geven aan het dilemma (van de mediator) transparant te maken en partijen juist te confronteren met het dilemma. Door het dilemma bij partijen neer te leggen wordt het wel of niet voortzetten van de mediation een keuze van partijen. Partijen bewust wijzen op de gevolgen voor en de rol van de mediator voorkomt moeilijkheden achteraf.

Mediators die aangeven de mediation niet bij voorbaat direct te beëindigen, zien het zwarte geld gecombineerd met een andere waarde die juist wel gediend is met de voortzetting van de mediation. Bijvoorbeeld als partijen er zelf niet uitkomen en als het al hun andere keuzes blokkeert. Een enkele mediator zet de waarde van het huis in een sideletter¹³, zodat partijen tot een oplossing van het geschil

¹³ Een sideletter is een bij een contract, convenant of andere overeenkomst behorend aanvullend document met een vertrouwelijk karakter waarin nadere bijzonderheden uitgewerkt zijn.

kunnen komen zonder dat de waarde van het huis expliciet in de vaststellingsovereenkomst is opgenomen.

De keuze die de mediator moet maken is die tussen ‘akkoord gaan’ met zwart geld en het ‘kwijtraken’ van partijen bij het beëindigen de mediation. In het laatste geval wil de mediator partijen niet helpen, omdat hij niets te maken wil hebben met zwart geld. Daarmee zou hij zijn eigen morele grenzen overschrijden.

4.5 Informeren over objectieve normen

Het is de taak van de mediator de regel van het z.g. ‘informed consent’ toe te passen, dat wil zeggen partijen objectieve informatie te verschaffen over de op dat moment door de mediator geobserveerde problematiek en bijbehorende mogelijke acties om te voorkomen dat de partijen op basis van ontbrekende of onjuiste informatie besluiten nemen waarvan zij later – bij kennisneming van die normen – spijt zouden kunnen krijgen. De deelnemers moeten weten welke objectieve normen aanwezig zijn en wat toepassing van die normen zou opleveren. Zij kunnen vervolgens daarmee zelf een goede afweging maken of zij zich al dan niet aan die normen willen houden. De mediators behoort de deelnemers of zelf te informeren over objectieve normen of hen aan te raden daarover een deskundige te raadplegen.

Hoofdstuk 5 Conclusies en aanbevelingen

Bedoeling van de in 2007 door het LBM georganiseerde workshops is geweest om te onderzoeken of inzicht in het ontstaan en bestaan van en het omgaan met ethische dilemma’s kan bijdragen aan kwaliteitsbevordering en verdere professionalisering van de gerechtelijke doorverwijzing naar mediation. Ethische dilemma’s zijn onderscheiden van professionele dilemma’s. Vastgesteld is dat de ethiek van de mediator voor een belangrijk deel persoonsgebonden is en dat van de context afhangt welk gedrag als “juist” of “minst slecht” wordt aangemerkt. Verder is naar voren gekomen dat van belang is dat de mediator over een mate van zelfinzicht beschikt waarmee hij zijn ethische handelen en zijn keuzes kan verantwoorden. In de notitie zijn diverse onderwerpen genoemd die stof voor ethische vraagstukken in de vorm van een dilemma doen opwaaien. Er zijn voorbeelden gegeven van kwesties die zich kunnen aandienen en hoe mediators, verwijzers en mediationfunctionarissen daarmee kunnen omgaan

We kunnen het volgende concluderen: Afhankelijk van de discipline waarin de mediator functioneert, heeft de mediator naast de persoonlijke, eigen ethiek ook maatschappelijke en juridische of beroepsrichtlijnen waar hij zich aan conformeert. De verhouding tussen geschreven en ongeschreven normen lijken te verschillen tussen zakelijke en niet-zakelijke mediations. Dilemma’s over de

persoonlijke integriteit of veiligheid, ofwel de primaire levensbehoeften van mensen, zijn voor mediators lastiger om mee om te gaan dan de meer zakelijk getinte dilemma's (op geld waardeerbare handelingen). Dit kan betekenen dat bij zakelijke mediations het persoonlijke (de eigen ethiek) minder een rol speelt.

Ethische dilemma's blijken zich niet op grote schaal voor te doen. Wat als een dilemma wordt ervaren is afhankelijk van subjectieve factoren zoals de ervaring en achtergrond van de mediator. Het lijkt belangrijk dat in elk geval mediators dezelfde situaties aanmerken als professionele dan wel ethische dilemma's en daarvoor is geregelde onderlinge afstemming noodzakelijk. Dilemma's zijn subjectief, contextafhankelijk en persoonsgebonden. Mediators ervaren ethische dilemma's over het welzijn van mensen over het algemeen als lastig. Dit geldt met name bij (een vermoeden van) kindermishandeling en zwartgeldproblematiek. De verwezen mediations hebben geen bijzondere kenmerken op grond waarvan geconcludeerd kan worden dat zich bijzondere dilemma's voordoen voor mediators. Toch kunnen bepaalde situaties tijdens een verwezen mediation wel specifieke vragen oproepen. De link tussen mediation via de verwijzingsvoorziening en de rechtspraak biedt een mogelijke verklaring voor het feit dat mediators juist deze dilemma's als zeer knellend ervaren, omdat het soms gaat over illegale activiteiten of omstandigheden die wellicht voor de rechter van belang zouden zijn te kennen, of om redenen om de mediation te beëindigen die wellicht voor verwijzers leerzaam zijn voor de beoordeling van volgende verwijzingen.

Veel dilemma's blijken terug te voeren op de professionaliteit van de mediator. Het ervaren van een professioneel dilemma hangt immers samen met de vakbekwaamheid van de mediator. Kennis en beheersing van de vaktechniek, en ervaring met mediaten blijken essentieel voor de beoordeling van en het omgaan met dilemma's.

De beroepsgroep mediators moet zelf zorgen voor de professionalisering van het vakgebied. Wel is onderling overleg tussen mediators, verwijzers en mediationfunctionarissen aan te bevelen ter bewustwording van ethische en professionele dilemma's. Overleg bevordert ook het uitwisselen van ervaringen en het eventueel vinden van praktische oplossingen.

Ten slotte is voorlichting over en onderzoek naar de mogelijkheden hoe om te gaan met specifieke ethische dilemma's aan te bevelen.

Terugkoppeling van informatie door mediators aan rechters of andere instanties of het verstrekken van achtergrondinformatie van de mediationfunctionaris aan de mediator over bijzondere aspecten zou in sommige gevallen een oplossing kunnen bieden voor ervaren dilemma's. Uit de workshops zijn de volgende conclusies en aanbevelingen te destilleren voor professionalisering en kwaliteitsbewaking in verband met het voorkomen van ethische dilemma's:

5.1 Richtlijnen en protocollen

Op de vraag of mediators behoefte hebben aan richtlijnen of eventueel een protocol voor het omgaan met (ethische) dilemma's antwoordt het merendeel van de mediators ontkennend. Argumenten tegen richtlijnen en protocollen zijn:

- Dilemma's zijn subjectief, contextafhankelijk en persoonsgebonden;
- Dilemma's komen voort uit de praktijk en de oplossing van ethische dilemma's zit niet in regels of voorschriften;
- Ethische dilemma's zijn niet oplosbaar, de oplossing ervan blijft een zoektocht;
- Gevoel is niet vast te leggen in richtlijnen of een protocol;
- Door het vastleggen van handelwijzen wordt het denken over dilemma's belemmerd.

Mediators die wel behoefte hebben aan richtlijnen of protocollen geven aan dat wellicht een landelijk geformuleerd handvat, checklist of een vrijblijvend document met overwegingen wat te doen met ethische dilemma's, behulpzaam zou kunnen zijn bij het omgaan met dilemma's.

5.2 Melden van kindermishandeling

Voorlichting voor mediators over het melden van kindermishandeling is gewenst. Dat er melding gemaakt moet worden bij het AMK wanneer sprake is van kindermishandeling, staat buiten kijf. De geheimhouding vervalt wanneer er sprake is van criminele activiteiten of van informatie over de dreiging van een misdrijf.

Mediators suggereren om in de mediationovereenkomst of het toepasselijke (NMI-)reglement een zinsnede op te nemen over wat te doen bij kindermishandeling, met eventueel een uitsluitingsclausule over de geheimhouding. Bij omgangszaken suggereren zij één lijn te trekken tussen mediator, rechtbank, jeugdzorg en de Raad voor de Kinderbescherming .

Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (AMK)

www.amk-nederland.nl

Elke provincie en grootstedelijke regio heeft een eigen Advies- en Meldpunt Kindermishandeling, alle bereikbaar via het landelijke telefoonnummer: **0900 - 123 123 0** (€0,05 per minuut).

5.3 Terugkoppelen aan de rechter

- Mediators willen graag nuances in de afsluiting van de mediation of de reden van een niet gestarte mediation terugkoppelen aan de verwijzende rechter, al dan niet via de mediationfunctionaris(sen).
- Mediators willen graag onderzocht hebben wat de mogelijkheden zijn om ernstige incidenten tijdens de mediation te rapporteren aan de verwijzende rechter en/of de mediationfunctionaris(sen).
- Het verdient aanbeveling hierop nader onderzoek te verrichten of en zo ja hoe enige terugkoppeling in specifieke gevallen zou moeten plaatsvinden al dan niet door toedoen van de mediationfunctionaris.
- Het verdient aanbeveling om twee maal per jaar een ontmoeting te organiseren tussen rechters en mediators waar dilemma's en werkwijzen worden overlegd en besproken.

5.4. Evaluatie

- Mediators hebben behoefte aan evaluatie van de verwijzingen met name op het punt van ervaren dilemma's, in samenwerking met de verwijzers van de gerechten (bijvoorbeeld in een bijeenkomst van rechters, mediationfunctionarissen en mediators).

5.4 Vertrouwenspersoon

- Mediators hebben behoefte aan een landelijke vertrouwenspersoon, al dan niet per zaaksoort, bijvoorbeeld ondergebracht bij het NMI.
- Een andere suggestie is het instellen van een 'bureau vaktechniek', specifiek voor mediators.

5.5 Intervisie

- Onder mediators bestaat behoefte aan intervisie over het onderwerp (ethische) dilemma's.
- Mediators hebben behoefte aan multidisciplinair overleg, bijvoorbeeld in een combinatie van juristen, psychologen, fiscalisten, accountants, en andere disciplines.
- Naast behoefte aan intervisie hebben mediators tevens behoefte aan supervisie.
- Mediators willen graag onderling doorgaan met het organiseren van bijeenkomsten over ethische dilemma's om de casuïstiek te bespreken en om te sparren.