

Ik heb met grote belangstelling kennis genomen van de ter consultatie voorliggende 'Wet bevordering mediation'. Mijn reactie is toegespitst op de toepasselijkheid van het onderhavige conceptwetsvoorstel bij mediation naast het strafrecht. Er ontstaat een impasse op het terrein van het 'pre-strafrecht' doordat het conceptwetsvoorstel de benodigde publiekrechtelijke normering mist waar dat nodig is ter voorbereiding op een eventueel volgend strafproces. Vanwege die reden ben ik van mening dat het wetsvoorstel niet in de huidige vorm moet worden ingevoerd.

1. Op het moment heeft mediation in Nederland geen substantieel aandeel in de beslechting van geschillen die een strafbaar feit als basis hebben. Om de mogelijkheden voor toepassing van mediation in strafzaken te onderzoeken zijn er kort geleden een aantal pilots uitgevoerd om deze mogelijkheden te onderzoeken. De resultaten van het onderzoek zijn gepresenteerd in een rapport van INTERVICT. Hoewel aan het voornoemde onderzoek wordt gerefereerd in de Memorie van Toelichting bij dit conceptwetsvoorstel ("MvT"), viel op dat er verder geen aandacht aan het onderwerp wordt besteed. Mijns inziens moet juist op het vlak van mediation naast het strafrecht, het nieuwe functionele rechtsgebied waar privaatrecht en publiekrecht in elkaar overvloeien, duidelijkheid worden geschapen teneinde de rechtszekerheid te garanderen.
2. Waar in het burgerlijk recht - voornamelijk in landen met een *common law* traditie - winsten kunnen worden behaald op het gebied van efficiëntie van de procedure door onder meer ontlasting van de rechterlijke macht, is dat een moeilijker vraagstuk wanneer het Nederlandse strafrecht in het geding is.¹ Zo dient een verdachte volgens het Nederlandse strafprocesrecht bijvoorbeeld de cautie te krijgen alvorens er vragen van verhoor worden gesteld, in een mediationprocedure is het echter niet verplicht om de verdachte op zijn rechten te wijzen. Zoals ik eerder liet doorschemeren, wil ik graag benadrukken dat het ook bij mediation naast het strafrecht gaat om een privaatrechtelijke verhouding tussen partijen. Dit wordt pas anders indien het Openbaar Ministerie ("OM") de vervolging doorzet en de rechter zijn oordeel moet vellen in een publiekrechtelijke procedure. Dit functionele rechtsgebied, dat wordt beheerst door privaatrechtelijke wet- en regelgeving, mist momenteel nog veel van de waarborgen die het zou moeten hebben indien strafrechtelijke maatstaven worden gehanteerd. Hierbij valt te denken aan bijvoorbeeld een variant op de eerdergenoemde cautie en aan bescherming door het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens ("EVRM") in het algemeen met bijzondere aandacht voor de eisen van artikel 6 EVRM.²
3. Naar mijn mening wordt met het huidige conceptwetsvoorstel niet voldoende recht gedaan aan het recht op een eerlijk proces in mediationprocedures waar een strafrechtelijk conflict aan ten grondslag ligt. Dat komt voornamelijk doordat er geen directe verplichting bestaat tot het doen van een aan de cautie gelijkende mededeling door de mediator, doordat de mediator geen uitdrukkelijk verschoningsrecht heeft - als hij dat überhaupt al heeft - en door ongelijke behandeling in gelijke gevallen. Bij ongelijke behandeling valt te denken aan gevallen waar het ene slachtoffer meewerkt, terwijl een slachtoffer in een andere zaak dat niet doet, waardoor een verdachte mogelijk niet strafrechtelijk vervolgd wordt. Dit probleem kan deels worden weggestreept door het opportunititeitsbeginsel van het OM, omdat het per geval kan besluiten of het door wil gaan met de vervolging, wat een gelijk effect heeft. Belangrijk is dat bij mediation een dergelijke beslissing niet primair bij het OM ligt, maar bij het slachtoffer en ná mediation pas weer ter beoordeling van het OM komt. In gevallen waar mediation leidt tot vervolging, is medewerking van het slachtoffer tijdens de

¹ Reactie op Consultatie Wet mediation, 2013, P.D. Olden, NautaDutilh.

² In mijn masterscriptie besteed ik uitgebreid aandacht aan de eisen van artikel 6 EVRM in het kader van mediation naast het strafrecht.

mediationprocedure en de mogelijke verklaring over de mediation ter zitting met de daaropvolgende interpretatie van zijn verklaring door de rechter, cruciaal voor de uitkomst van het strafproces. Een ander probleem is dat van financiële compensatie. Een vermogende verdachte zal minder moeite hebben met grotere financiële compensatie indien zijn kans op het uitblijven van vervolging, of op zijn minst het afdwingen van een gunstigere strafmaat daarvan het gevolg is. Voor andere verdachten is dergelijks simpelweg geen optie vanwege het ontbreken van de daartoe benodigde middelen.

4. Het is belangrijk te realiseren dat de mediator geen partij is bij de vaststellingsovereenkomst of de onderhandelingen die daaraan vooraf gaan –als het al tot een dergelijke overeenkomst komt.
5. Mediation kan negatief uitpakken, hetgeen in het ergste geval leidt tot verslechtering van de verstandhouding tussen partijen en verslechtering van de rechtspositie van de verdachte. Denk daarbij aan de situatie dat de verwachtingen van partijen in de mediationprocedure uiteen lopen, en er geen vaststellingsovereenkomst tot stand komt. Dit kan tot gevolg hebben dat partijen mentaal en financieel zwaarder worden belast. Mentaal omdat het slachtoffer wordt geconfronteerd met de persoon die hem op enige manier heeft benadeeld zonder dat de procedure leidt tot een voor het slachtoffer bevredigende uitkomst. Financieel vanwege de kosten van het inwinnen van juridisch advies, het betalen van de verschuldigde griffierechten en eventuele gederfde inkomsten. Bovendien kan worden gesteld dat in dergelijke gevallen de last voor de rechterlijke macht wordt verzwaard en de duur van de procedure wordt gerekt.
6. Ook het maatschappelijk belang kan in het geding komen door het publiekrechtelijk karakter dat inherent is aan iedere behandeling van strafrechtelijke onderwerpen. Doordat op moment van schrijven nog geen bindende procedurele eisen zijn gesteld aan toepassing van mediation in strafzaken, ben ik van mening dat voornamelijk de voorgestelde artikelen 19, 20, 24, 29 en 30 van de onderhavige wet zeer positief zullen zijn voor het bevorderen van de kwaliteit van mediation in het strafrecht door het creëren van waarborgen. De vraag is wel of de formulering van het te wijzigen artikel 22a lid 1 RV recht doet aan de aard van het artikel. Doordat er staat “de rechter kan partijen in elke stand van het geding verwijzen naar mediation(…)” lijkt het of de rechter de bevoegdheid krijgt om de gerechtelijke procedure af te breken en dat hij partijen onvrijwillig aan een mediator kan onderwerpen. Uit de MvT blijkt dat dit niet wordt bedoeld, een scherpere formulering zou echter niet misstaan. Bijvoorbeeld: De rechter kan partijen in elke stand van het geding wijzen op de mogelijkheid van mediation in die gevallen(…)”.

7. Memorie van Toelichting

Artikel 19: Volgens de MvT kan er tegenover de geheimhoudingsplicht een wettelijke getuigplicht zijn. Hieruit volgt dat het niet zonder meer vaststaat dat met de voorgestelde geheimhoudingsplicht van art. 7:470 BW in stand blijft indien er een strafrechtelijk onderzoek volgt. Sterker nog, het artikel stelt: “de mediation is vertrouwelijk, behoudens en voor zover anders voortvloeit uit de wet of de mediationovereenkomst” Op grond van art. 215 Sv moet het slachtoffer derhalve desgevraagd antwoord geven op de vraag of de verdachte tijdens de mediationprocedure heeft bekend. Daarnaast wordt in de MvT gesproken over de mediator vanwege zijn functie als vertrouwelijke beroepsbeoefenaar, maar gaat dus voorbij aan de geheimhoudingsplicht van het slachtoffer. Het slachtoffer kan zoals hiervoor gezegd verklaren dat de verdachte tijdens de mediation heeft bekend. Wat zullen daarvan de gevolgen zijn? Ik vermoed verder dat men in de MvT doelt op 7:470 BW, en niet om 7:471 wanneer het gaat om geheimhouding (zie ook artikel 29).

Artikel 20 lid 4: Mijns inziens zou hier niet slechts de gelegenheid moeten worden gegeven aan partijen bij mediation, maar zou de mediator de verdachte moeten voorzien van de nodige informatie om consequenties te kunnen voorzien die zijn rechtspositie kunnen raken. Daarmee denk ik dat de MvT de lading niet dekt door te stellen dat “de beëdigd mediator

partijen dient te informeren omtrent de regels die gelden voor het mediationproces". Om dat probleem op te lossen kan verplicht worden voorgeschreven dat de verdachte op de hoogte wordt gesteld van de voor hem geldende (mogelijke) consequenties. Voorts is de MvT beperkt tot het geval er een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten, maar bespreekt het niet het geval van een afgebroken mediationprocedure. Mijns inziens zouden daarvoor dezelfde eisen moeten gelden.

8. Vragen consultatie:

- 1 **Dragen de in het wetsvoorstel opgenomen maatregelen naar uw mening bij aan het stimuleren van het gebruik van mediation? Dragen de in het wetsvoorstel opgenomen maatregelen naar uw mening bij aan het stimuleren van het gebruik van mediation?**

De maatregelen dragen niet direct bij aan het stimuleren van het gebruik van mediation bij het strafrecht omdat niet de partijen, maar bijvoorbeeld het OM het initiatief neemt om partijen te stimuleren tot mediation.

- 2 **Welke andere maatregelen zijn denkbaar om het gebruik te stimuleren?**

Zoals uit bovenstaand schrijven blijkt, ben ik van mening dat het toevoegen van strafrechtelijke waarborgen voor de rechtspositie van partijen bevorderlijk is. Indien er meer waarborgen bestaan, kunnen partijen - en advocaten die in dergelijke situaties gespecialiseerd zijn - geruster aan een mediationprocedure beginnen. Als verdachten vrijuit kunnen spreken, zonder dat men de eigen veroordeling bevordert, dan kan ik mij voorstellen dat in ieder geval die verdachten eerder geneigd zijn om mee te werken aan een dergelijke procedure.

- 3 **Welke (overige) effecten van de voorgenomen maatregelen verwacht u?**

Ik denk dat het wetsvoorstel een stap in de goede richting is, maar dat het wel een aantal cruciale waarborgen mist. Ik benadruk dat ik mij beperk tot de relevantie van het wetsvoorstel voor mediation in een strafrechtelijke context. Het wetsvoorstel is mijns inziens belangrijk voor het entameren van het maatschappelijk debat, maar ik verwacht geen directe resultaten op het gebied van mediation bij het strafrecht.

9. Om het wetsvoorstel beter te laten aansluiten op de pre-strafrechtelijke mediationpraktijk, moeten er naar mijn inzicht bepalingen worden ingevoegd om de positie van de partijen te garanderen indien er wordt geschakeld van het privaatrecht naar het publiekrecht. Omdat dit functionele rechtsgebied een ietwat vreemde eend in de bijt is, kan worden volstaan met een schakelbepaling die bepaalde strafrechtelijke waarborgen van toepassing verklaart. Hierbij valt te denken aan het verschoningsrecht van de mediator, een geheimhoudingsplicht voor partijen bij afgebroken mediation en toepassing van het EVRM in het algemeen en artikel 6 van het EVRM in het bijzonder. Als een verdachte niet op de hoogte is van de consequenties die de mogelijke uitkomsten van de mediationprocedure brengen, kan hij onbewust meewerken aan zijn eigen veroordeling. Dit kan niet de bedoeling zijn.

Amsterdam
30-09-2016

M.A.A. (Michael) Hallatu