

Vertrouwen op het proces

In het Nederlandse rechtssysteem wordt steeds vaker alternatieve geschillenbeslechting, *Appropriate Dispute Resolution (ADR)*, toegepast. Op alle rechtsgebieden zijn er *mediators*, ook in het bestuursrecht en het bestuur. Wanneer kan *mediation* met andere vormen van geschillenbeslechting worden toegepast?

In zijn inleiding op de Staatsrechtconferentie 2012, merkt de Nationale ombudsman op: 'Een effectieve verbinding met burgers kan gelegd worden via persoonlijke betrokkenheid, het serieus nemen van burgers en hun belangen en via gelijkwaardigheid en vanuit vertrouwen. Het huidige bestel biedt daarvoor onvoldoende ruimte.'¹ Kan er worden bemiddeld als een van de partijen in het conflict de grote en machtige overheid is? Lenen beleidskwesties, waar immers politieke en bestuurlijke procedures voor zijn, zich wel voor de toepassing van ADR?

Burger versus overheid

Alternatieve geschillenbeslechting is al jaren een *topic* voor verschillende overheden. Wanneer maatschappelijke kwesties en conflicten ontstaan, is het de taak van de overheid het conflict te hanteren. Maar wat te doen wanneer die overheid niet de (volledige) regie over de situatie heeft? Wanneer zij niet alleen bestuursorgaan is, maar ook partij, bijvoorbeeld in een procedure bij de bestuursrechter of in een civiele zaak. Dan komt ADR in het vizier.

Al sinds een jaar of vijftien is er in het Nederlandse rechtssysteem een beweging die gericht is op dejuridiseren, een collectieve poging om geschillen in particuliere en zakelijke problemen niet onnodig onderwerp van juridische procedures te maken. Deze beweging is ook waarneembaar in bestuursrecht en openbaar bestuur, bij de bestuursrechter, de overheid en professionals zoals advocaten.

Maar geschillen en conflicten in de publieke sfeer kunnen complex zijn. Er zijn verschillende belangen bij betrokken en er gelden wettelijke regelingen en voorschriften voor besluitvorming. Wil *mediation* in het bestuur en bestuursrecht effect hebben, dan

moet het aansluiten op bestaande procedures van besluitvorming.

Door maatschappelijke crises op allerlei gebieden (arbeid, wonen, zorg, welzijn, veiligheid) verwachten burgers meer van de overheid. Burger versus burger wordt burgers versus overheid, terwijl diezelfde overheid juist wordt gedwongen te bezuinigen en op veel gebieden minder kan bieden. Tegelijk moet zij op een behoorlijke (of eigenlijk zorgvuldige) manier met de belangen van burgers omgaan. Moderne burgers zijn ook mondig en zullen niet bang zijn een procedure tegen de overheid aan te spannen. Als er voor hen grote belangen op het spel staan - zoals een burger aan wie een vergunning wordt geweigerd of afgenomen - kunnen ze niet anders dan de (juridische) strijd met het bestuursorgaan aanbinden.

ADR en openbaar bestuur

In Nederland wordt de afkorting ADR ook gebruikt als Alternatieve Dispuut Resolutie of Anders Dan Rechtspraak. Deze vertalingen duiden erop dat de huidige opvatting is dat *mediation* en andere vormen van ADR (arbitrage) vooral als alternatief voor een juridische procedure moeten worden beschouwd. ADR kan worden ingezet wanneer een juridisch traject geen zicht biedt op een oplossing van een probleem, omdat bijvoorbeeld een juridische strijd grote druk op de relatie van partijen zet of omdat partijen een conflict moeten oplossen om in de toekomst met elkaar te kunnen samenwerken.

Wanneer ervan uit wordt gegaan dat *mediation* en een juridisch traject elkaar per se uitsluiten, dan

¹ Alex Brenninkmeijer, *Democratie en de burger*, Staatsrechtconferentie Leiden, 2012.



wordt de definitie van ADR ingeperkt. Hierdoor gaat men te snel voorbij aan het gedachtegoed van ADR, het vinden van een gepaste methode van conflicthantering. Dat kan inhouden dat er aandacht

Mediation en rechtspraak sluiten elkaar niet uit

wordt besteed aan zowel de juridische als de niet-juridische kant van een (conflict)situatie. Een (gedeeltelijk) tussenvonnissen van een rechter, waarin partijen voor het overige naar een *mediator* worden verwezen, vindt steeds meer toepassing. *Mediation* en rechtspraak sluiten elkaar derhalve niet uit. Het eerste doel van ADR is conflictanalyse: welk proces stelt partijen in staat het probleem met elkaar aan te pakken?

Bestuur en bestuursrecht

In het openbaar bestuur is de juridische context ook de bestuurlijke context. De overheid is gebonden aan wettelijke regels en beginselen van behoorlijk bestuur. Meer nog, het bestuursrecht is juist gericht op rechtsbescherming en ook op conflicthantering, zoals bij inspraakmomenten die belanghebbenden op grond van de Awb bij de totstandkoming van indivi-

duele beslissingen en algemene besluiten hebben.² Bij publieke kwesties is het bevoegde bestuursorgaan verplicht een zorgvuldige belangenafweging te maken. Verschillende tegengestelde belangen moeten worden afgewogen voordat een besluit wordt genomen. Om te voorkomen dat een kwestie onnodig juridisch ingewikkeld wordt gemaakt, kan een belanghebbende eerst een zienswijze indienen of bezwaar bij het bestuursorgaan maken.

Zelfs wanneer het tot een beroepsprocedure komt, zijn er ook in die fase, tijdens het juridische traject, instrumenten om tot niet-juridische oplossingen te komen. De bestuursrechter is een actieve rechter, die echter in de meeste gevallen een besluit alleen marginaal kan toetsen. Hij beoordeelt of een bestuursorgaan het recht op de juiste manier heeft toegepast en of de juiste stappen in het afwegen van belangen zijn gezet. Het vergeten van een belanghebbende of het onvoldoende meewegen van belangen kan een grond zijn tot vernietiging van een besluit.

Tegenwoordig staat de praktijk van bestuursrechters in het teken van finale geschillenbeslechting.³ De bestuursrechter tracht met de uitspraak het geschil tussen partijen te beëindigen. In de procedure kan ook een 'bestuurlijke lus' worden toegepast, waarmee het bestuursorgaan het besluit kan repareren.⁴ De bestuursrechter past sinds kort officieel de nieuwe zaakbehandeling toe, die inhoudt dat hij in een vroeg stadium, zodra het beroepsschrift en het verweerschrift zijn ontvangen, de partijen voor een zitting uitnodigt. De volgende vragen komen daarin aan de orde. Wat wil betrokkene met het (hoger) beroep bereiken? Moet een getuige gehoord worden? Kan het bestuursorgaan het besluit repareren? Is een schikking of *mediation* mogelijk? Is er nog een zitting nodig? Kan er eventueel direct mondeling of schriftelijk een uitspraak worden gedaan?

Bij de nieuwe zaakbehandeling worden veelvuldig ADR-methodieken toegepast. Deze nieuwe oplossingsgerichte bestuursrechter is niet bang zelf te bemiddelen of partijen naar een onafhankelijke *mediator* te verwijzen.

Complexe kwesties

In het openbaar bestuur zijn vaak complexe vraagstukken aan de orde, waarbij grote groepen burgers, belanghebbenden, bedrijven en maatschappelijke organisaties betrokken zijn. Ook kunnen bestuurlijke kwesties juridisch ingewikkeld zijn, zoals bij milieueisen of grondrechten het geval is. Vervolgens moet

2 Awb, 3e en 4e afdeling.

3 D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil. De bestuursrechter als geschillenbeslechter*, Den Haag: Sdu, 2011.

4 Awb, afdeling 8.2.7.



bepaalde kennis over de betrokken belangen worden verzameld en afgewogen om tot een legitiem besluit te komen.

Een complexe samenleving laat zich niet gemakkelijk besturen. Een bestuursorgaan kan wel bevoegd zijn, maar dat betekent niet automatisch dat het draagvlak en regiekracht heeft om een probleem op te lossen. Zo ontstaat een voortdurende spanning tussen overheid en burger. Soms is de afstand tussen overheid en burger te groot. Dan heeft de burger geen vertrouwen in de overheid of heeft de overheid geen vertrouwen in de burger. Soms is de afstand te klein en dan verwacht de burger dat de overheid een probleem oplost. In die gevallen, wanneer de rol van de overheid niet duidelijk is en de overheid op min of meer gelijke voet met burgers en maatschappelijke organisaties staat, komt ADR in beeld.

Wanneer de overheid beperkte regiekracht heeft of zelf een partij in het conflict is geworden, dan kan er een bestuurlijke patstelling ontstaan. De bestuurlijke besluitvorming wordt vertraagd of partijen stellen zich strategisch op en blokkeren het besluitvormingsproces met een juridische procedure. Op die manier kunnen maatschappelijke kwesties jaren voortslepen zonder dat het onderliggende conflict wordt aangepakt. Overheden en burgers worden op onnodige kosten gejaagd en kunnen niet anders dan al hun energie en inspanningen richten op het beschermen van hun eigen belangen. De verhoudingen verharderen en het conflict escaleert verder.

Ongestructureerde problemen

Naarmate onze samenleving complexer wordt, verandert op tal van overheidsterreinen de rol van de overheid. Dit roept *wicked problems* op, ongestructureerde problemen en conflictsituaties waarin niet duidelijk is hoe het conflict moet worden aangepakt.⁵ Bij ongestructureerde problemen bieden bestaande structuren voor besluitvorming en geschillenbeslechting geen soelaas. Meer nog, ze staan een oplossing van het conflict in de weg. In dergelijke situaties draait het niet om de vraag wat de oplossing van het probleem moet zijn. Daar heeft iedere partij immers een eigen standpunt over. Het gaat om de vraag wat voor proces partijen nodig hebben om met elkaar tot een oplossing te komen. Hoe complexer een situatie, des te belangrijker is het proces voor de uitkomst.

Bij *wicked problems* in het openbaar bestuur betekent dat, dat er een combinatie gemaakt moet worden

van een formeel en een informeel traject. Dat er aandacht moet worden besteed aan zowel de juridisch-bestuurlijke aspecten (waar moet een besluit over worden genomen) als aan de relatie tussen en samenwerking van partijen.

Omdat in bestuurlijke kwesties altijd politiek en recht op de achtergrond spelen, zal een ADR-traject nooit helemaal los hiervan staan. Wanneer verschillende maatschappelijke partijen een oplossing voor een probleem bedenken, moet het betrokken bestuursorgaan vervolgens ook een besluit kunnen nemen waarin die oplossing tot uitdrukking komt. Anders is alle moeite voor niets.

Het verschil tussen rechtspraak en ADR is, dat rechtspraak op het verleden is gericht (wat heeft iemand gedaan, wat mag wel, wat mag niet) en ADR op de toekomst (hoe gaan partijen verder, welke afspraken moeten ze maken). Daarmee wordt ook het

Rechtspraak is op het verleden gericht, ADR op de toekomst

belang van ADR voor het openbaar bestuur benadrukt. Een rechter kan een uitspraak doen over iemand die iets heeft gedaan wat in strijd is met de wet en of de overheid het recht juist heeft toegepast, bijvoorbeeld of de overheid alle belangen heeft meegewogen. Maar een rechter kan geen beleidsbeslissing nemen.

Professionals

ADR-beoefenaren zoals *mediators*, worden in Amerika *agents of reality* genoemd. In tegenstelling tot het beeld van *mediators* dat in Nederland bestaat, namelijk dat zij een zachtvaardige versie van een advocaat zijn, hebben zij in Amerika een ander imago. Zij staan juist bekend als professionals die een kritische houding ten opzichte van de partijen in een geschil hebben. Een *mediator* is de onafhankelijke begeleider die partijen helpt een oplossing te vinden, maar die de partijen ook een *reality-check* geeft op het moment dat zij dit proces frustreren door onredelijke eisen te stellen.

ADR is dan ook geen softe aanpak maar een strategie waarin partijen de confrontatie met elkaar aan-

5 J. Griizen et al. (2010), *Nimby-cynisme en gepolder voorbij: beleidsbemiddeling als antwoord op maatschappelijke problemen* (ongepubliceerd).

gaan en waarin iedereen zijn kaarten op tafel moet leggen. In een conflictdiagnose wordt de conflictsituatie geanalyseerd en wordt beoordeeld welke trajecten nodig zijn om tot een oplossing te komen. Om deze reden zijn de onafhankelijkheid en neutraliteit van de *mediator* een essentiële eigenschap, waarzonder hij niet het vertrouwen van partijen kan krijgen en behouden.

Evaluatief en faciliterend

Er zijn verschillende verschijningsvormen van ADR. Er kan onderscheid worden gemaakt worden tussen evaluatieve en faciliterende *mediation*. Bij de evaluatieve variant is hij de expert. Hij treedt als bemiddelaar op en geeft in die hoedanigheid adviezen aan de partijen over de keuzes die zij moeten en kunnen maken. De evaluatieve *mediator* heeft ook verstand van de inhoud, bijvoorbeeld van het toepasselijke

Een conflict is een gevaar maar ook een kans voor partijen

recht. Bij de faciliterende variant zijn partijen de enige inhoudelijke experts. De faciliterende bemiddelaar richt zich alleen op het proces en op het verzamelen van informatie. Hij hoeft dan ook niet per se verstand van de inhoud van een bepaalde kwestie te hebben.

Dit onderscheid is van belang voor toepassing in het openbaar bestuur. Publieke kwesties hebben over het algemeen een juridisch-bestuurlijke context. Afhankelijk van de situatie, kan er behoefte zijn aan een evaluatieve (met inhoudelijke expertise) of aan een faciliterende *mediator* (die zich alleen op het proces richt).

Vertrouwen op het proces

Media berichten dagelijks over nieuwe en vaak onverwachte *wicked problems*: overheidstekorten, werkloosheid, milieuvervuiling en sociale tegenstellingen zoals het generatieconflict. Er is nog wel een obstakel voor de toepassing van ADR. In een dergelijk traject moeten partijen zich tot op zekere hoogte aan het proces overgeven. Dit kan bestuurlijk en politiek gezien gevoelig liggen. Het bestuur wil vaak voorkomen dat een conflict zich echt manifesteert. ADR draait echter niet om conflictpreventie maar om conflictantering. Daartoe moet het hele conflict (met al

zijn stekeligheden) eerst op tafel worden gelegd, waardoor alle onderlinge verhoudingen en ongelijkheden zichtbaar worden.

Wanneer een conflict zich manifesteert of escaleert, dan gebeurt er ook iets met de (machts)verhoudingen tussen partijen. Zij gaan zich organiseren en steun in hun omgeving zoeken. Partijen die in het begin een zwakke positie hadden, kunnen meer macht vergaren. Dit kan voor het bestuur reden zijn een conflict in de kiem te willen smoren. Waarom zou je als bestuur de regie uit handen geven? Is onze conflictcultuur (met het poldermodel als pronkstuk) wel gericht op conflictantering of alleen op het voorkomen van conflicten?

In Amerika heeft men een zeer sterke *apetite for conflict*. Men ziet conflict en onderhandeling als een essentieel onderdeel van het maatschappelijk leven. In positieve zin leidt dit tot een grote bereidheid conflicten uit te onderhandelen. In negatieve zin leidt dit tot een claimcultuur, waarin mensen elkaar voor alles en nog wat aanspreken.

In Nederland zijn we vooralsnog minder geneigd elkaar aan te klagen en ook in publieke kwesties is het bestuur minder geneigd een conflict op z'n beloop te laten. Zodra een conflict aan de oppervlakte komt, reageren bestuurders doorgaans snel en direct. Ze zeggen iets in de trant van 'maakt u zich geen zorgen, ik zal iets aan dit probleem doen'. Wanneer de overheid eigenlijk niet in staat is het desbetreffende probleem op te lossen, komt men al gauw in *wicked problems* terecht.

Conclusie

Conflicten zijn onvoorspelbaar. Een conflict laten uitspelen kan tot onverwachte situaties leiden. Een conflict is een gevaar maar ook een kans voor partijen om hun relatie opnieuw uit te vinden. Een conflict heeft ook een element van creativiteit. Juist door verder te kijken dan (juridische) standpunten, naar de onderliggende belangen en relaties, kan er in een ADR-traject naar een praktische oplossing van het conflict worden gezocht.

De overheid speelt een belangrijke rol in het oplossen van maatschappelijke kwesties. Naarmate die complexer worden, komt de overheid steeds meer op gelijke voet met andere partijen te staan. Het bestuur moet dan bereid zijn een deel van zijn macht uit handen te geven, bijvoorbeeld door de burgers meer ruimte te geven voor inspraak en eigen oplossingen. Ook het openbaar bestuur moet dan vertrouwen op het proces. ■