

ANNOTATIE

Toerekenbaarheid, informed consent en ontvankelijkheidsverweren

mr. A. Schaberg

Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 03-07-2020, M-2019-21 (MTR-2020-0010)

Soms oordeelt de Tuchtcommissie dat een klacht gegrond is, maar legt zij geen maatregel op. Die mogelijkheid heeft de Tuchtcommissie op grond van artikel 7.5 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators.

Het valt mij op dat in dat artikel echter niet is bepaald in welke situatie de Tuchtcommissie ondanks gegrondbevinding van de klacht, het opleggen van een maatregel achterwege kan laten. Het Wetboek van Strafrecht biedt de rechter ook de mogelijkheid geen straf op te leggen, hoewel de verdachte wel schuldig is aan hetgeen waarvoor hij wordt vervolgd. Maar in artikel 9a van dat wetboek heeft de wetgever wel aanwijzingen gegeven voor de situatie dat de rechter in gewetensnood mocht komen.[1] Dat artikel 9a luidt als volgt: “Indien de rechter dit raadzaam acht in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel die zich nadien hebben voorgedaan, kan hij in het vonnis bepalen dat geen straf of maatregel zal worden opgelegd.” In een echtscheidingszaak (M-2019-21)[2] had de mediator na ontvangst van een e-mail van klagster waarin zij aankondigde dat zij een klacht tegen de mediator zou indienen, kennelijk op niet professionele wijze gereageerd. Tijdens de mondelinge behandeling van de klacht bij de Tuchtcommissie erkende de mediator dat zij de desbetreffende mail niet had moeten versturen, maar de kwestie in haar intervisiegroep had moeten bespreken. De Tuchtcommissie overwoog in dit verband als volgt: “De mediator heeft erkend dat zij de mail [...] niet had mogen versturen en dat zij daarmee niet als een redelijk handelend en denkend mediator heeft gehandeld. Dit onderdeel van de klacht is dan ook gegrond. De mediator heeft

hiervoor echter uitdrukkelijk haar excuses aangeboden. Gelet daarop ziet de Tuchtcommissie geen aanleiding tot het opleggen van een maatregel.” Het lijkt alsof de leden van de Tuchtcommissie bij hun beraadslagingen artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht er op hebben nageslagen, veroorloof ik mij gekscherend op te merken.

Het zal u na lezing van het bovenstaande niet meer verbazen dat de overige klachten van klaagster volgens de Tuchtcommissie overigens ongegrond waren. De meest materiële klacht betrof de behandeling van de mediation zelf. De mediator zou bij het opstellen van het echtscheidingsconvenant en het ouderschapsplan steken hebben laten vallen. In die documenten zouden grote onduidelijkheden hebben gestaan onder meer over de betekenis van bepaalde begrippen en formuleringen. De Tuchtcommissie overwoog dat die vermeende onduidelijkheden niet aan de mediator toe te rekenen waren. “Vast is komen te staan dat een belangrijk deel van de bepalingen door klaagster en haar ex-partner zelf zijn aangedragen en doorgesproken met partijen...”, aldus de Tuchtcommissie. Zij voegt hieraan een voor de praktijk niet onbelangrijke overweging toe: “Er bestaat geen algemene verplichting voor de mediator om door partijen weloverwogen gemaakte afspraken na bespreking nog ter discussie te stellen.” Ik denk dat het kantelpunt hier ligt bij de woorden ‘weloverwogen’ en ‘na bespreking’. Het gaat in dit verband om het zogenoemde vereiste van *informed consent*: de mediator dient te verifiëren of partijen bij een vaststellingsovereenkomst of vergelijkbare regeling zich in voldoende mate realiseren waartoe zij zich verplichten, al dan niet na ingewonnen advies van derden. Hier moet de mediator soms op een dun koord dansen: hij moet immers ook rekening houden met de autonomie van partijen en ervoor waken dat hij geen interventies doet ten voor- of ten nadele van de ene of de andere partij.[3]

In deze zaak verweet klaagster de mediator ook voorafgaande aan een bespreking met beide partijen al alleen met haar ex-partner in de spreekruimte aanwezig te zijn geweest. De mediator ontkende dit. Overigens bleek uit de overgelegde stukken noch uit hetgeen tijdens de mondelinge behandeling naar voren was gekomen dat dit het geval zou zijn geweest.

Er was in deze zaak overigens nog wel sprake van een processuele complicatie die in de uitspraak van de Tuchtcommissie niet goed uit de verf komt. Hoewel er nadien kennelijk (sic!) nog wel contacten waren geweest tussen partijen en de mediator, meende de mediator dat de mediation tijdens een eerder gehouden slotbijeenkomst was beëindigd en klaagster niet ontvankelijk was omdat zij niet binnen twaalf maanden nadien haar klacht (eerst) bij het MfN-register had ingediend (zie artikel 3.1 van de klachtenregeling voor de MfN-registermediator). Die klacht had zij namelijk pas na ruim dertien maanden na die slotbespreking ingediend. Hoewel het hier niet om een fatale termijn gaat – artikel 3.1 spreekt over ‘in beginsel’, ofwel een discretionaire bevoegdheid om na verloop van de termijn een klacht toch in behandeling te nemen – ging de Tuchtcommissie in het geheel niet op dat

vereiste in. De Tuchtcommissie beperkte zich in haar overwegingen ter zake tot de termijn van achttien maanden zoals genoemd in het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators. In artikel 5.3 daarvan is namelijk bepaald dat de Voorzitter kan beslissen dat een klacht die meer dan achttien maanden na de beëindiging van de mediation wordt ingediend, buiten behandeling blijft. (Omgekeerd geredeneerd: evenals het MfN-register dat heeft met betrekking tot de termijn van twaalf maanden van artikel 3.1 van de klachtenregeling voor de MfN-registermediator, heeft de Tuchtcommissie dus ook een discretionaire bevoegdheid de klacht ondanks overschrijding van de termijn van achttien maanden van artikel 5.3 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators toch in behandeling te nemen.) Maar omdat klaagster haar klacht precies binnen achttien maanden aan de Tuchtcommissie had voorgelegd, verwierp de Tuchtcommissie het ontvankelijkheidsverweer van de mediator (dat, zoals gezegd, overigens op een andere termijn betrekking had, namelijk die van twaalf maanden van artikel 3.1 van de klachtenregeling voor de MfN-registermediator). Snapt u het nog? Zo niet, zal ik proberen het u uit te leggen. In beginsel moet een klager eerst de weg van de klachtenregeling voor de MfN-registermediator volgen, alvorens zijn klacht in te dienen bij de Tuchtcommissie. 'In beginsel', want naar de letter van artikel 5.2 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators kan de voorzitter van de Tuchtcommissie klager niet-ontvankelijk verklaren indien klager die weg niet heeft gevolgd (maar hoeft dit dus niet te doen). Dat suggereert dat de discretionaire bevoegdheid een klacht wel of niet in behandeling te nemen niet alleen om termijnoverschrijding van de klachtenregeling voor de MfN-registermediator en die van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators gaat, maar ook om de situatie dat klager heeft nagelaten überhaupt de weg van de klachtenregeling voor de MfN-registermediator te bewandelen.[4] Slaat u er de desbetreffende bepalingen nog maar eens op na!

[1] Voor de fijnproevers: het gaat hier niet om een straf- of schulduitsluitingsgrond.

[2] Zaak M-2019-20 is op het moment van schrijven van deze bijdrage nog in behandeling.

[3] In echtscheidingszaken heeft de mediator volgens vaste jurisprudentie een verdergaande, meer pro-actieve rol om de belangen van beide partijen veilig te stellen. Zie Tijdschrift Conflicthantering B-2015-1/TC 2016, nr. 3 en B-2015-3/TC 2016, nr. 3.

[4] Zie Tijdschrift Conflicthantering M-2016-10/TC2017, nr. 1 en in hoger beroep B-2016-9/TC 2017, nr. 2. Niet-ontvankelijkheid vanwege termijnoverschrijding van tien maanden SKM-Klachtenregeling.