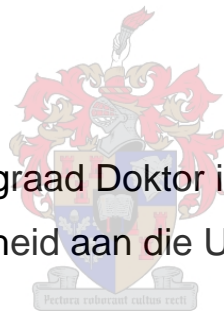


**Kompleksiteit en Bemiddeling:
'n Model vir die Ontwerp van Gepaste Regulering**

deur

Wynand Max Alexander Spruyt

Proefskrif ingelewer vir die graad Doktor in die Regsgeleerdheid in die
Fakulteit Regsgeleerdheid aan die Universiteit Stellenbosch



Promotor: Prof CS Human

Desember 2017

VERKLARING

Deur hierdie proefskrif elektronies in te lewer, verklaar ek dat die geheel van die werk hierin vervat, my eie, oorspronklike werk is, dat ek die alleenouteur daarvan is (behalwe in die mate uitdruklik anders aangedui), dat reproduksie en publikasie daarvan deur die Universiteit Stellenbosch nie derdepartyregte sal skend nie en dat ek dit nie vantevore, in die geheel of gedeeltelik, ter verkryging van enige kwalifikasie aangebied het nie.

WMA Spruyt

Desember 2017

OPSOMMING

Hierdie tesis stel dit ten doel om 'n teoretiese model van bemiddeling te omskryf wat die ontleding van die impak van verskillende vorme van regulering op die bemiddelingsproses – en spesifiek die diversiteit waaraan dit gekenmerk word – moontlik maak. Ten spyte van die feit dat bemiddeling inherent 'n privaat en informele proses is, speel dit toenemend af binne 'n groeiende formele en dwingende regulatoriese raamwerk. Die regulering van bemiddeling lei gevolglik tot noodwendige spanning tussen die informele aard van bemiddeling en die rigiditeit, formaliteit en voorskriftelikheid van regulering. In algemene terme word hierdie spanning beskryf as die diversiteit-konsekwenheid dilemma. Hierdie dilemma impliseer dat die impak van regulering behoorlik ontleed moet word ten einde te verseker dat die gepaste en effektiewe regulering van bemiddeling nie ten koste van die inherente aard en kenmerke van die bemiddelingsproses geskied nie.

Hierdie studie voer aan dat die bemiddelingsproses gemodelleer kan word as 'n komplekse sosiale stelsel. Hierdie stelsel – en spesifiek die komplekse interaksie wat binne die stelsel plaasvind – beskik oor kenmerke en eienskappe wat uniek is tot bemiddeling as 'n vorm van geskilbeslegting. Die modellering van bemiddeling as 'n komplekse stelsel maak dit dus moontlik om die impak van regulering te ontleed aan die hand van die werklike en mees fundamentele eienskappe van die bemiddelingsproses.

'n Kompleksiteitsmodel van bemiddeling maak dit verder moontlik om diversiteit as 'n kenmerk van bemiddeling vanuit 'n nuwe en unieke perspektief te ontleed. Diversiteit word tipies gelykgestel aan die prosedurele buigzaamheid, informele aard of multifunksionaliteit waaraan bemiddeling so geredelik gekenmerk word. 'n Stelselontleding dui egter aan dat diversiteit 'n produk is van die komplekse interaksie wat tydens die bemiddelingsproses plaasvind. Diversiteit is dus 'n inherente kenmerk van bemiddeling. Hierdie studie slaag gevolglik daarin om werklike inhoud te gee aan die konsep van diversiteit in bemiddeling. Hierdie inhoud maak dit moontlik om opnuut en met sekerheid te bepaal wat die diversiteit-konsekwenheid dilemma impliseer vir die effektiewe en gepaste regulering van bemiddeling.

Hierdie implikasies vir die drie algemeenste vorme van regulering in die konteks van bemiddeling – aktiveringsregulering, prosedurele regulering, en die regulering van standaarde – word vervolgens ondersoek. Die studie bevind dat talle aannames onderliggend tot die ontwerp en toepassing van regulatoriese maatreëls op bemiddeling nie teoreties verdedigbaar is nie. Hierdie regulatoriese maatreëls blyk nie alleenlik meermale nie optimaal effektief te wees nie, maar versterk inderwaarheid ook die spanning wat deur die diversiteit-konsekwentheid dilemma verteenwoordig word. Die doel van hierdie studie is daarom om ten laaste ook nuwe perspektiewe op die regulering van bemiddeling te identifiseer.

Sulke nuwe perspektiewe bewys dat hierdie nuwe model van bemiddeling – sowel as die unieke paradigma van kompleksiteit wat dit daarstel – dit moontlik maak om effektiewe, gepaste, regverdigte en teoreties verdedigbare vorme van regulering te ontwerp en toe te pas wat die gebruik van bemiddeling kan verseker en versterk. Sodoende word werklike behoeftes vir standaardisering en konsekwentheid aangespreek, sonder dat die inherente diversiteit waaraan bemiddeling gekenmerk word in die slag bly.

SUMMARY

The purpose of this study is to design a theoretical model of mediation that can be utilised to analyse the impact of regulation on the mediation process – and specifically the impact on the diversity that is said to characterise it. Although mediation is inherently a private and informal dispute resolution process, it is increasingly subjected to prescriptive and formal regulatory requirements. Regulation inevitably results in tension between the informal nature of mediation and the rigidity, formality and prescriptive nature of regulation. This tension is generally known as the diversity-consistency dilemma. The dilemma implies that a proper analysis of the impact of regulation is required to ensure that the appropriate and effective regulation of mediation does not occur at the cost of the inherent nature and features of the mediation process.

The argument put forward in this study is that the mediation process can be modelled as a complex social system. The singular character and unique qualities of this system – and specifically the complex interaction taking place within it – distinguishes mediation from other forms of dispute resolution. This complexity model of mediation therefore allows for an analysis of the impact that regulation has on the most fundamental qualities of the mediation process.

A complexity model furthermore allows for the analysis of diversity, as a quality of the mediation process, from a unique and novel perspective. Diversity in mediation is typically equated to the procedural flexibility, informality and multi-functionality that is generally associated with mediation. However, a systems analysis shows that diversity is a product of the complex interactions taking place during mediation. Diversity is therefore an inherent and fundamental attribute of the mediation process. This research consequently succeeds in giving actual content and meaning to the concept of diversity in mediation. This content makes it possible to determine with certainty what the diversity-consistency dilemma truly implies for the appropriate and effective regulation of mediation.

These implications are consequently examined for each of the three most general forms of regulation in the context of mediation, namely triggering laws, procedural

regulation and standardising mechanism. This examination finds that the design and implementation of regulations are often based on theoretically unsound assumptions. These mechanisms are therefore often not optimally effective, and unnecessarily exacerbate the tension represented by the diversity-consistency dilemma. The purpose of this study is therefore to lastly also provide new perspectives on the regulation of mediation.

These new perspectives prove that a complexity model of mediation – as well as the unique paradigm of complexity that it permits – enables the design and implementation of effective, appropriate, fair and theoretically sound forms of regulation that will ultimately ensure and support the use of mediation. Thereby actual and legitimate requirements for standardisation and consistency can be achieved without unduly restricting the diversity that fundamentally characterises the mediation process.

BEDANKINGS

Ek is in die uiters bevoorregte posisie om die ondersteuning van ongelooflike mense te hê wat nie alleenlik die voltooiing van hierdie tesis moontlik gemaak het nie, maar wat op die wonderlikste en mees komplekse wyses daaglik my lewe beïnvloed. Hierdie is 'n nederige, maar – altemits – onvoldoende poging om vir julle dankie te sê.

Eerstens sal ek ewig dankbaar wees vir die leiding en ondersteuning wat ek van my studieleier, professor Sonia Human, ontvang het en steeds ontvang. Ek het twaalf jaar gelede vir die eerste keer by prof se klas ingestap. Van daardie dag af het u as onderskeidelik my dosent, studieleier, dekaan, eerste baas en mentor 'n wesenlike impak gehad op my akademiese sukses, my professionele loopbaan en my menswees. Hiervoor sal ek nooit genoeg kan dankie sê nie.

Alhoewel hy nie amptelik my mede-studieleier was nie, was ek bevoorreg om ook leiding te ontvang van dr. Joris Kocken aan die Universiteit van Amsterdam. Hy het ook my akademiese uitruil na Nederland moontlik gemaak. Alhoewel Joris ons te vroeg verlaat het om die voltooiing van hierdie studie te sien, is sy invloed daarop onmiskenbaar. Ek is ootmoedig en ewig dankbaar vir hierdie voorreg.

Ek is verder dankbaar vir die finansiële ondersteuning van die ATKV en die Erasmus Mundus program – veral in soverre dit my navorsing in Nederland befonds het.

Ek wil ook dankie sê vir die ondersteuning van al my vriende en kollegas by die Universiteit Stellenbosch regs fakulteit, die regs fakulteit aan die Universiteit van Amsterdam en by FirstRand.

Ten laaste het ek ongelooflike vriende en familie. Ek wil spesifiek vir Philip de Beer, Johann Potgieter en Su-Anne van der Merwe dankie sê dat ons hierdie pad saam kon stap. Dit was 'n voorreg en julle is 'n konstante bron van inspirasie. Ek moet verder ook my familie in Nederland en al my “skoonouers” uitlig. Dankie vir julle onvoorwaardelike gasvryheid en onwrikbare ondersteuning.

Ek is spesifiek geseënd met twee ouers – Lynette en Quiryn Spruyt – wat elkeen van my besluite nog altyd blindelings en onvoorwaardelik ondersteun het. Dit is waarskynlik hoogs onverskillig van julle, maar weet dan ook dat waar ek vandag is en enige sukses wat ek mag bereik het uiteindelik 'n produk van hierdie vertrouwe is. Vir alles wat julle vir my gegee het, moontlik gemaak het en vir wie julle is, kan ek nooit hier voldoende dankie sê nie.

Laastens is ek gelukkig genoeg om 'n lewe te kan deel met die mooiste, interessantste en mees komplekse mens op aarde. Renita, jou bydrae tot hierdie produk is waarskynlik net so groot soos myne, want jy't vir baie jare met my en hierdie tesis opgeskeep gesit. Ek sal my lewe lank aanhou poog om op te maak daarvoor.

LYS VAN AFKORTINGS

Admin Sci Q	Administrative Science Quarterly
ADRJ	Alternative Dispute Resolution Journal
AJCR	African Journal on Conflict Resolution
Albany LR	Albany Law Review
Am Bar Found Res J	American Bar Foundation Research Journal
Am J Sociol	American Journal of Sociology
AMJ	Academy of Management Journal
Ann NY Acad Sci	Annals of the New York Academy of Sciences
Ann Rev Psychol	Annual Review of Psychology
Arb Med	The Arbitrator & Mediator
Aus Bar R	Australian Bar Review
Bond LR	Bond Law Review
Brigham Young U LR	Brigham Young University Law Review
Can J Law Juris	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Cardozo J Conflict Resol	Cardozo Journal of Conflict Resolution
CILSA	Comparative and International Law Journal of Southern Africa
Clinical LR	Clinical Law Review
Conflict Resol Q	Conflict Resolution Quarterly
Conn Ins LJ	Connecticut Insurance Law Journal
Cornell LR	Cornell Law Review
Denver U LR	Denver University Law Review
Fam Court Rev	Family Court Review
Fla LR	Florida Law Review
Fla St U LR	Florida State University Law Review
Fordham Urb LJ	Fordham Urban Law Journal
Geo LJ	Georgetown Law Journal
Georgia St U LR	Georgia State University Law Review
Ger LJ	German Law Journal
HAMJPLP	Hamline Journal of Public Law and Policy

Hamline LR	Hamline Law Review
Harv LR	Harvard Law Review
Harv Neg LR	Harvard Negotiation Law Review
Houston LR	Houston Law Review
ICC	International Chamber of Commerce
IJIM	International Journal of Innovation Management
ILJ	Industrial Law Journal
Int Rev Law Econ	International Review of Law and Economics
Int Soc Sci J	International Social Science Journal
KVBA	Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie
J Am Acad Matrim Law	Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers
J Crim Just	Journal of Crime and Justice
J L Econ Org	Journal of Law, Economics and Organization
J Law Pol	Journal of Law & Policy
J Law Soc	Journal of Law and Society
J Leg Plur	Journal of Legal Pluralism
J Legal Stud	Journal of Legal Studies
J of Conflict Resol	Journal of Conflict Resolution
J of Disp Resol	Journal of Dispute Resolution
J Op Res Soc	Journal of the Operational Research Society
J Peace Res	Journal of Peace Research
J Pers Soc Psychol	Journal of Personality and Social Psychology
J Soc Evol Systems	Journal of Social and Evolutionary Systems
J Soc Welf Fam Law	Journal of Social Welfare and Family Law
JAPA	Journal of the American Planning Association
JSJ	Justice System Journal
Judges J	Judges Journal
Law Inequal	Law and Inequality
Law Soc Inq	Law and Social Inquiry
Law Soc R	Law and Society Review
Marquette LR	Marquette Law Review

Mod LR	Modern Law Review
MQ	Mediation Quarterly
Neg J	Negotiation Journal
Noetic Sci R	Noetic Sciences Review
Notre Dame LR	Notre Dame Law Review
Ohio St J Disp Resol	Ohio State Journal on Dispute Resolution
Ohio St LJ	Ohio State Law Journal
Oxford J Leg Stud	Oxford Journal of Legal Studies
Pepp Disp Resol LJ	Pepperdine Dispute Resolution Law Journal
QUTLJ	Queensland University of Technology Law Journal
QUTLJJ	Queensland University of Technology Law and Justice Journal
Rand J Econ	Rand Journal of Economics
Rev Econ Stud	Review of Economic Studies
S Cal LR	Southern California Law Review
S Texas LR	South Texas Law Review
SAJHR	South African Journal on Human Rights
SALJ	South African Law Journal
Seton Hall Legis J	Seton Hall Legislative Journal
Soc Leg Stud	Social and Legal Studies
Soc Theory Pract	Social Theory and Practice
Stanford LR	Stanford Law Review
Statute LR	Statute Law Review
Tenn LR	Tennessee Law Review
Tex LR	Texas Law Review
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg
U Dayton LR	University of Dayton Law Review
U Fla LR	University of Florida Law Review
U Mich JL Reform	University of Michigan Journal of Law Reform
U Pa LR	University of Pennsylvania Law Review
U Toledo LR	University of Toledo Law Review

UCLA LR	University of California, Los Angeles Law Review
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UWA LR	University of Western Australia Law Review
VA LR	Virginia Law Review
VSA	Verenigde State van Amerika
Wash LR	Washington Law Review
Wash U L Q	Washington University Law Quarterly
Windsor Y B Access Just	Windsor Yearbook of Access to Justice
Wisc LR	Wisconsin Law Review
Yale LJ	Yale Law Journal

INHOUDSOPGAWE

VERKLARING	i
OPSOMMING	ii
SUMMARY	iv
BEDANKINGS	vi
LYS VAN AFKORTINGS	viii
HOOFSTUK 1: INLEIDING	1
1 1 Agtergrond tot die navorsingsprobleem	1
1 1 1 Inleiding tot bemiddeling	1
1 1 2 Historiese agtergrond en moderne ontwikkeling	3
1 1 3 Regulering van bemiddeling	5
1 1 4 Die diversiteit-konsekwentheid dilemma	7
1 2 Doel en omvang van die studie	10
1 3 Navorsingsvraag en hipotese	11
1 4 Metodologie	12
1 5 Oorsig van die studie	12
HOOFSTUK 2: BESTAANDE PERSPEKTIEWE OP DIVERSITEIT EN KONSEKWENTHEID	14
2 1 Inleiding	14
2 2 Diversiteit in bemiddeling	14
2 2 1 Diversiteit in terme van proses, vorm en funksie	15
2 2 2 Modelling van die bemiddelingsproses	19
2 3 Regulering van bemiddeling	22
2 3 1 Aktiveringsregulering	24
2 3 2 Prosedurele regulering	27
2 3 3 Die regulering van standaarde	32
2 4 Gevolgtrekking	36
HOOFSTUK 3: BEMIDDELING AS KOMPLEKSE STELSEL	37
3 1 Inleiding	37
3 2 Bemiddeling as 'n stelsel	38

3 2 1	Definisie van 'n stelsel	38
3 2 2	Eienskappe van 'n stelsel	42
3 2 3	Bemiddeling in stelsel terme	43
3 3	Bemiddeling as 'n komplekse stelsel	46
3 3 1	Inleiding tot kompleksiteit	46
3 3 2	Kenmerke van komplekse stelsels	49
3 3 3	Kompleksiteit in bemiddeling	52
3 3 3 1	Kompleksiteit van die samestellende elemente	52
3 3 3 2	Kompleksiteit van die interaksie tussen elemente	56
3 3 3 3	Kompleksiteit van die organisasie tussen die elemente	58
3 3 3 4	Kompleksiteit van die stelselomgewing	60
3 4	'n Kompleksiteitsmodel van bemiddeling	61
3 4 1	Totstandkoming van komplekse stelsels	61
3 4 2	Kenmerke van komplekse georganiseerde interaktiwiteit	62
3 4 3	Self-organisering binne die stelsel	65
3 4 4	Self-voortkomende eienskappe van komplekse stelsels	67
3 5	Gevolgtrekking	69

HOOFSTUK 4: AKTIVERINGSREGULERING EN DIE BESLUIT OM TE

BEMIDDEL	71	
4 1	Inleiding	71
4 2	Aanmoediging om te bemiddel	74
4 2 1	Statutêre institusionalisering	74
4 2 2	Regterlike aanmoediging	75
4 2 3	Impak op die bemiddelingstelsel	77
4 3	Fasilitering van die besluitneming om te bemiddeling	78
4 3 1	Hoofstuk 2 van die Reëls van die Landdroshowe	78
4 3 2	Impak op die bemiddelingstelsel	82
4 4	Insentiewe vir die gebruik van bemiddeling	85
4 4 1	Sanksies vir die onredelike weiering om te bemiddel	85
4 4 2	Regsontwikkeling van insentiewe om te bemiddel	90
4 4 3	Impak op die bemiddelingstelsel	93
4 5	Verpligte bemiddeling	95
4 5 1	Vorme van verpligte bemiddeling	96

4 5 1 1	Statutêre verpligting om te bemiddel	96
4 5 1 2	Kontraktuele ooreenkomste om te bemiddel.....	99
4 5 1 3	Regterlike vereiste om te bemiddel.....	103
4 5 2	Impak van verpligte bemiddeling	105
4 5 2 1	Tradisionele benadering	105
4 5 2 2	Stelselbenadering	109
4 5 2 3	Verpligte bemiddeling en die totstandkoming van die bemiddelingstelsel.....	112
4 6	Gepastheid van bemiddeling	114
4 7	Gevolgtrekking.....	121

HOOFSTUK 5: PROSEDURELE REGULERING EN REGVERDIGHEID IN

BEMIDDELING	123	
5 1	Inleiding	123
5 2	Regverdigheid in bemiddeling	125
5 2 1	Omvang van regverdigheid	125
5 2 2	Konseptuele ontleding van regverdigheid	128
5 2 2 1	Self-determinisme	128
5 2 2 2	Normatiewe standaarde	129
5 3	Self-regulering by wyse van kontrak.....	131
5 3 1	Aanvang en struktuur van die bemiddelingsproses.....	131
5 3 1 1	Die besluit om te bemiddel.....	131
5 3 1 2	Aanwys van die bemiddelaar	132
5 3 1 3	Struktuur van die bemiddelingsproses.....	133
5 3 2	Uitkomst van bemiddeling	134
5 3 3	Regverdigheid van bemiddelde ooreenkomste	136
5 3 4	Kontraktuele self-regulering en regverdigheid.....	138
5 4	Self-regulering in die skadu van die reg	139
5 4 1	Omvang van die skadu van die reg.....	140
5 4 1 1	Bereikbaarheid van 'n dispuut.....	140
5 4 1 2	Locus standi.....	141
5 4 1 3	Impak van regsverteenwoordigers	141
5 4 1 4	Betrokkenheid van die bemiddelaar.....	143
5 4 2	Effek van die skadu van die reg	144

5 4 2 1	Impak op die verhouding tussen die verskillende rolspelers	144
5 4 2 2	Impak op die struktuur van die bemiddelingsproses	146
5 4 3	Regverdigheid in die skadu van die reg	152
5 5	Self-regulering deur sosiale norme	153
5 5 1	Oorsig	153
5 5 2	Sosiale norme in besluitneming	154
5 5 3	Keuse van norme	155
5 5 4	Sosiale norme en self-regulering	158
5 5 5	Sosiale norme en regverdigheid	160
5 6	Gevolgtrekking	163

HOOFSTUK 6: DIE REGULERING VAN STANDAARDE EN DIE ROL VAN DIE BEMIDDELAAR..... 166

6 1	Inleiding	166
6 2	Oorsig van die regulering van standaarde	168
6 2 1	Uitkomst	168
6 2 1 1	Kennis, vaardighede en ervaring	169
6 2 1 2	Formele akkreditasie	170
6 2 2	Reëls vir vrywillige hof-verwante bemiddeling	174
6 3	Die rol van die bemiddelaar	176
6 3 1	Aard van die bemiddelaar se funksie	177
6 3 2	Omvang van die bemiddelaar se funksie	178
6 3 3	Neutraliteit en onpartydigheid	182
6 3 4	Gesag van die bemiddelaar	187
6 4	’n Stelselbenadering tot die rol van die bemiddelaar	188
6 4 1	Die bemiddelaar se funksie	188
6 4 2	Die betrokkenheid van die bemiddelaar	192
6 4 3	Neutraliteit en onpartydigheid	193
6 4 4	Kennis, opleiding en ervaring	195
6 4 5	Gesag van die bemiddelaar	197
6 4 6	Die bemiddelaar in stelsel terme	198
6 6	Gevolgtrekking	199

HOOFSTUK 7: GEVOLGTREKKING	201
7 1 Oorsig van die studie	201
7 1 1 Kompleksiteitsmodel van bemiddeling	202
7 1 2 Diversiteit in stelsel terme.....	204
7 2 Aanbevelings	206
7 2 1 Interafhanklikheid en die besluit om te bemiddel.....	206
7 2 2 Die subjektiewe assessering van regverdigheid.....	211
7 2 3 Die uitgebreide rol van die bemiddelaar	215
7 3 Slotopmerkings.....	218
BIBLIOGRAFIE	219
i. Boeke	219
ii. Hoofstukke in boeke	225
iii. Joernaal artikels.....	228
iv. Tesisse	247
v. Amptelike navorsingsverslae	248
vi. Referate en toesprake	249
vii. Grondwette	249
viii. Internasionale verdrae en standaarde	249
ix. Wetgewing.....	249
x. Reëls, regulasies en amptelike kennisgewings	251
xi. Regspraak	251

HOOFSTUK 1: INLEIDING

1 1 Agtergrond tot die navorsingsprobleem

1 1 1 Inleiding tot bemiddeling

Daar bestaan 'n aantal verskillende meganismes wat aangewend kan word om geskille tussen partye te besleg. Die mees algemeen erkende vorme van geskilbeslegting is onderhandeling, bemiddeling, arbitrasie en litigasie.¹

Elkeen van hierdie geskilbeslegtingsmeganismes word deur 'n eiesoortige proses en struktuur gekenmerk.² So kan geskilbeslegting byvoorbeeld 'n proses behels waardeur 'n onpartydige derde 'n bindende of nie-bindende beslissing maak ter beslegting van 'n dispuut. Arbitrasie en litigasie is die algemeenste voorbeelde hiervan. Andersyds kan die geskilbeslegtingsproses daarop gemik wees om met die hulp van 'n derde die partye in staat te stel om self 'n oplossing tot hul dispuut te identifiseer, te formuleer en te implementeer. Bemiddeling is die primêre voorbeeld van die laasgenoemde vorm van geskilbeslegting.

Alhoewel daar nie 'n standaard definisie van bemiddeling is nie stem meeste definisies konseptueel met mekaar ooreen.³ Vir doeleindes van hierdie studie word die volgende definisie, soos geformuleer deur Hopt en Steffek, gebruik, aangesien dit spesifiek binne die konteks van die regulering van bemiddeling toegepas word:

¹ AJ van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* DPhil proefskrif Stellenbosch (1988) 27; L Boule "Promoting Rights Through Court-Based ADR?" (2012) 28 *SAJHR* 1 3. Vir 'n volledige bespreking van die onderskeid tussen hierdie meganismes sien KJ Hopt & F Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 3 15.

² So verskil onderhandeling, wat 'n ongereguleerde en inherent privaat proses is, fundamenteel van litigasie, wat onderhewig is aan talle prosesreëls, vorme van regulering, dwang en publisiteit.

³ JP van den Berg *Alternatiewe Geskilbeslegting: Die Kies van 'n Geskilbeslegtingsforum* LLM proefskrif Stellenbosch (1993) 106; C Nupen "Mediation" in Pretorius (red) *Dispute Resolution* (1993) 39 39-40; LL Riskin "The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing" (1985) 37 *U Fla LR* 19 19; JA Wall, JB Stark & RL Standifer "Mediation: A Current Review and Theory Development" (2001) 45 *J of Conflict Resol* 370 370.

“Mediation is a procedure based on the voluntary participation of the parties, in which an intermediary (or multiple intermediaries) with no adjudicatory powers systematically facilitate(s) communication between the parties with the aim of enabling the parties to themselves take responsibility for resolving their dispute.”⁴

Volgens hierdie definisie behels bemiddeling dat die partye tot 'n dispuut vrywillig deelneem aan 'n onderhandelingsproses wat gefasiliteer word deur 'n onafhanklike derde party – die bemiddelaar.⁵ Dit is die bemiddelaar se rol om die partye vanuit 'n dooiepunt in hul onderhandelinge te lei na 'n punt waar versoenbare doelwitte moontlik is.⁶ Die bemiddelaar beskik egter nie oor die bevoegdheid om namens die partye op 'n uitkoms te besluit nie.⁷ Dit is dus die partye self wat die verantwoordelikheid dra om besluite te neem en oplossings te identifiseer wat 'n einde aan hul dispuut kan bring.⁸

In terme van die verskillende vorme van geskilbeslegting is bemiddeling uniek. Eerstens onderskei die betrokkenheid van 'n derde die proses van privaat onderhandeling. Tweedens tref die partye se vrywillige deelname, sowel as hul voortgesette beheer oor die proses en die uitkomst daarvan, 'n onderskeid tussen bemiddeling en tradisioneel formele vorme van geskilbeslegting soos litigasie en arbitrasie.⁹

⁴ Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 11.

⁵ Nupen “Mediation” in *Dispute Resolution* 39-40.

⁶ JA Faris *An Analysis of the Theory and Principles of Alternative Dispute Resolution* LLD proefskrif UNISA (1995) 157. Sien ook J Galtung “Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm” (1965) 2 *J Peace Res* 348 352-353. Galtung beskryf die funksie van geskilbeslegting as “efforts to extinguish the desire for a multiple goal-state in the incompatibility region [of the system].”

⁷ J Brand, F Steadman & C Todd *Commercial Mediation: A User's Guide* (2012) 26.

⁸ M Robert *Mediation in Family Disputes* (2008) 12-14. Sien ook Van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* 36: Die partye behou die outonomie om hul eie proses voor te skryf en om vrywilliglik 'n uitkoms te aanvaar of te verwerp. Hulle kan dus ook kies om eerder die bemiddelingsproses tot 'n einde te bring sonder dat konsensus bereik word.

⁹ DR Sundermann “The Dilemma of Regulating Mediation” (1985) 22 *Houston LR* 841 845: “The traditional justice system and mediation are diametrically opposed in reference to the role of the third person, the attitude of the disputants, and the imposition of the forum institution.”

Laastens verskil die proses wat tydens bemiddeling gevolg word ook fundamenteel van ander vorme van geskilbeslegting in die opsig dat die bemiddelingsproses grotendeels vry van voorskrifte en formaliteite is en daar nie 'n streng hiërargie tussen die partye tot die dispuut en die bemiddelaar afgedwing word nie.¹⁰ Bemiddeling is dus informeel en privaat van aard.¹¹ Gevolglik word die bemiddelingsproses ook meermale beskryf as aanpasbaar en kreatief.¹² Hierdie sogenaamde *prosedurele buigsaamheid* skep 'n direkte kontras met formele regsprosesse wat in die algemeen uiters prosedureel en formalisties van aard is.¹³

1 1 2 Historiese agtergrond en moderne ontwikkeling

Bemiddeling is geensins 'n nuwe of moderne verskynsel nie.¹⁴ Daar is sprake van bemiddeling in talle geskiedkundige rekords en dit is waarskynlik dat die gebruik van sekere vorme van bemiddeling selfs verder terug strek as die mens se aangetekende geskiedenis.¹⁵ Ook die formalisering en institusionalisering van bemiddeling is nie 'n moderne verskynsel nie. Met die uitsondering van China en Japan, waar bemiddeling al vir eeue 'n gevestigde praktyk is,¹⁶ het die gebruik van bemiddeling byvoorbeeld in die Verenigde State van Amerika (hierna VSA) van so

¹⁰ L Boule & A Rycroft *Mediation: Principles, Process, Practice* (1997) 33-34; Van den Berg *Alternatiewe Geskilbeslegting* 112.

¹¹ M de Jong *Egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika: 'n Vergelykende Studie* LLD proefskrif UNISA (2002) 143; PJ Carnevale "Strategic Choice in Mediation" (1986) 2 *Neg J* 41 47; JG Mowatt "Some Thoughts on Mediation" (1988) 105 *SALJ* 727 731; HJ Brown & ML Marriott *ADR Principles and Practice* (1999) 313-326.

¹² De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 138; Brand *et al Commercial Mediation* 24; Faris *Alternative Dispute Resolution* 168-170.

¹³ Boule & Rycroft *Mediation* 33-34.

¹⁴ Sien D Roebuck "The Myth of Modern Mediation" (2007) 73 *Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators* 105 105-116; N Rouland *Legal Anthropology* (1994) 265-266.

¹⁵ Sien K Kovach *Mediation: Principles and Practice* (1994) 18; PJ Carnevale & DG Pruitt "Negotiation and Mediation" (1992) 43 *Ann Rev Psychol* 531 561; D Luban "Some Greek Trials: Order and Justice in Homer, Hesiod Aeschylus and Plato" (1987) 54 *Tenn LR* 279 280; FSC Northrup "The Mediatonal Approval Theory of Law in American Legal Realism" (1958) 44 *VA LR* 347 349.

¹⁶ KC Clark "The Philosophical Underpinning and General Workings of Chinese Mediation Systems: What Lessons Can American Mediators Learn?" (2012) 2 *Pepp Disp Resol LJ* 117 117.

vroeg as 1913 hand-aan-hand met die ontwikkeling van onder andere vakbonde gepaard gegaan.¹⁷

Ten spyte van hierdie ryk geskiedenis het bemiddeling eers in die vroeë 1970's ook begin bekend raak as 'n *moderne* vorm van geskilbeslegting.¹⁸ Meganismes soos bemiddeling en arbitrasie is toenemend as alternatiewe tot litigasie erken en geïntegreer in bestaande geskilbeslegtingstelsels.¹⁹ Hierdie integrasie was die begin van die institusionalisering van bemiddeling.²⁰ Enkele van die redes vir hierdie institusionalisering sluit die behoefte in vir meer volhoubare vorme van geskilbeslegting en meer omvattende aanvaarding van die uitkomst daarvan; groter voordeel vir die betrokke partye; meer regverdigte uitkomst vir die individue betrokke by die proses sowel as die samelewing in die breë; bemagtiging van die partye; beter en meer omvattende toegang tot die reg; verligting van druk op die howe; en die besparing van hulpbronne vir beide die partye en die staat.²¹

Institusionalisering kan op twee verskillende wyses plaasvind. Aan die een kant, ingevolge die sogenaamde geregtigheidsmodel, word bemiddeling beskou as 'n funksie en verantwoordelikheid van die howe.²² Die gebruik van bemiddeling word

¹⁷ AS Rau, EF Sherman & SR Peppet *Mediation and Other Non-Binding ADR Processes* 3'de uitg (2006) 7; EF Sherman "A Process Model and Agenda for Civil Justice Reforms in the States" (1994) 46 *Stanford LR* 1553 1570; Kovach *Mediation* 18.

¹⁸ A Boon, R Earle & A Whyte "Regulating Mediators?" (2007) 10 *Legal Ethics* 26 27.

¹⁹ SB Goldberg, FEA Sander & NH Rogers "Disputing Procedures" in SB Goldberg, FEA Sander & NH Rogers (reds) *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Procedures* (1992) 3 6.

²⁰ N Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform" in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 132 158.

²¹ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 9.

²² Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 158. Hof-verbonde bemiddelingsprogramme kan wesenlik van mekaar verskil, maar behels in die algemeen dat die howe die partye tot 'n beregbare dispuut eers na bemiddeling verwys of dit vereis. Sien ook Boule (2012) *SAJHR* 1: "In many respects, the political, legal and social reforms on which South Africa's constitutional democracy are founded were not accompanied by commensurate reforms in the civil litigation system, which is still based on dated, and sometimes anachronistic, notions of dispute resolution

dus deur die howe aangemoedig, geïnsentifiseer en selfs in sommige gevalle verpligtend gemaak. Die howe oefen gevolglik ook 'n mate van toesig uit oor die bemiddelingsproses, die uitkomst daarvan en die bemiddelaars wat die proses fasiliteer. Hierteenoor, ingevolge die markmodel, word bemiddeling geprivatiseer en selfs deur die howe uitgekonnekteer aan privaat individue of organisasies.²³ In hierdie opsig verteenwoordig bemiddeling 'n ontluikende mark vir geskilbeslegting in die privaatsektor. Bemiddelaars funksioneer dus ook onafhanklik van die howe, met die kostes wat gedra word deur diegene wat van hul dienste gebruik maak.

Die praktyk toon dat die institutionalisering van bemiddeling, ook in Suid-Afrika, 'n kombinasie van hierdie twee modelle behels. Behalwe vir die privaat gebruik van bemiddeling is daar tans 49 Suid-Afrikaanse statutêre maatreëls wat in wisselende mate die gebruik van bemiddeling voorskryf, aanbeveel of vereis.²⁴

1 1 3 Regulering van bemiddeling

Die institutionalisering van bemiddeling vind nie in isolasie plaas nie. Dit gaan noodwendig gepaard met die stelselmatige ontwikkeling van regsvereistes, sowel as gevolge vir die gebruik van bemiddeling, die bemiddelingsproses en die uitkomst daarvan.²⁵ Enkele voorbeelde van sodanige regsontwikkeling sluit die volgende in:

- Vereistes vir afdwingbare ooreenkomste om te bemiddel;²⁶
- kriteria vir die verwysing van 'n dispuut na bemiddeling deur die hof;²⁷

theory and practice. Alternative dispute resolution (ADR) is one of the factors that has modernised civil litigation in other jurisdictions."

²³ Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 158. Sien ook A Wellington "Taking Codes of Ethics Seriously: Alternative Dispute Resolution and Reconstitutive Liberalism" (1999) 12 *Can J Law Juris* 297-332.

²⁴ Sien J Brand, F Steadman & C Todd *Commercial Mediation: A User's Guide 2* uitg (2016) 97-103.

²⁵ Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 166.

²⁶ Sien *Oelofsen NO v Gwebu* 2010 (5) SA 241 (GNP) par 24; *Townsend-Turner v Morrow* 2004 (2) SA 32 (C) par 55B-G, asook par 4 5 1 2 en 5 3 1 1 hieronder.

²⁷ Sien *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC) par 36-42; *Occupiers of Erf 101, 102, 104 and 112 Shorts Retreat, Pietermaritzburg v Daisy Dear Investments* 2010 (4)

- gevolge van die nalate om bemiddeling redelikerwys te oorweeg of om aan bemiddeling deel te neem;²⁸
- die pligte van die partye, byvoorbeeld om in goeie trou te onderhandel, asook die gevolge vir die nie-nakoming van hierdie pligte;²⁹
- die aanspreeklikheid van bemiddelaars, regsverteenwoordigers en ander professionele persone betrokke by die bemiddelingsproses;³⁰
- die vertroulikheid van die bemiddelingsproses;³¹ en
- die afdwingbaarheid van skikkingsooreenkomste.³²

Hierdie “bemiddelingsreg”, soos wat Alexander dit noem, gee gevolg aan ’n regulatoriese raamwerk vir die beoefening van bemiddeling.³³ So ’n raamwerk bestaan uit al die maatreëls en meganismes wat op ’n direkte of indirekte wyse verskillende aspekte van die bemiddelingsproses reguleer. Dit sluit in positivistiese regulering – byvoorbeeld by wyse van bindende wetgewing, regspraak, kodes en praktyknotas – asook vorme van sogenaamde “sagte regulering” en self-regulering, soos gedragskodes, professionele of ander praktykstandaarde, kontraktuele bepalinge en ooreenkomste om te bemiddel.³⁴

Regulering is ’n noodwendige gevolg van die institusionalisering van bemiddeling.³⁵

BCLR 354 (SCA); [2009] 4 All SA 410; [2008] ZACC 1 par 14; FS v JJ 2011 (3) SA 126 (SCA) par 54, asook par 4 6 hieronder.

²⁸ Sien *MB v NB* 2010 (3) SA 220 (GSJ) par 49-60, asook par 4 4 hieronder.

²⁹ Sien *PD v MD* 2013 (1) SA 366 (ECP) par 29; *Van den Berg v Le Roux* [2003] 3 All SA 599 (NC) par 614G.

³⁰ Boule (2012) *SAJHR* 10.

³¹ Boule & Rycroft *Mediation* 8-9, 240; Boule (2012) *SAJHR* 10. Sien ook LR Freedman & ML Prigoff “Confidentiality in Mediation: The Need for Protection” (1987) 2 *Ohio St J Disp Resol* 37 42; KL Brown “Confidentiality in Mediation: Status and Implications” (1991) 1991 *J of Disp Resol* 307 310; FEA Sander “Some Concluding Thoughts” (2002) 17 *Ohio St J Disp Resol* 705 708.

³² Boule & Rycroft *Mediation* 249, 376-377

³³ N Alexander “Mediation and the Art of Regulation” (2008) 8 *QUTLJJ* 1 12-13.

³⁴ Alexander (2008) *QUTLJJ* 3-4, 13; Boule (2012) *SAJHR* 9.

³⁵ JP Salembier “Designing Regulatory Systems: A Template for Regulatory Rule-Making - Part I” (2002) 23 *Statute LR* 165 165: “An effective State requires an effective regulatory system [and] [e]ven the most non-interventionist of governments must regulate to protect public resources, to

Die rede hiervoor is dat die toenemende gebruik van bemiddeling 'n behoefte skep vir sekerheid, konsekwenheid en standaardisering.³⁶ Regulering is nodig om kwalitatiewe standaarde vir die bemiddelingsproses en die uitkomste daarvan te stel en af te dwing;³⁷ om misbruik of manipulasie van die privaat en informele bemiddelingsproses te voorkom;³⁸ om meer regverdig en effektiewe uitkomste te verseker;³⁹ om minimum standaarde te stel vir die bekwaamheid van bemiddelaars en die rol wat hulle in die bemiddelingsproses speel;⁴⁰ en ten einde bemiddeling meer beskikbaar te maak vir gebruik.⁴¹ Hierdie behoeftes is soveel te meer dwingend waar bemiddeling in verskillende kontekste en vir uiteenlopende doeleindes gebruik word, sowel waar bemiddeling toenemend binne die formele regsfeer aangewend word.⁴²

Vandag is bemiddeling dus 'n privaat en informele proses wat al hoe meer afspeel binne 'n toenemend formele en dwingende regulatoriese raamwerk.

1 1 4 Die diversiteit-konsekwenheid dilemma

Die regulering van bemiddeling is egter nie sonder uitdaging nie. Soos reeds hierbo beskryf is bemiddeling inherent en fundamenteel privaat en informeel van aard.⁴³ Verder meer word bemiddeling spesifiek daaraan gekenmerk dat dit 'n buigsame en

restrain natural monopolies, to meet international obligations and to sustain the investor confidence necessary for economic growth."

³⁶ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 49.

³⁷ Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 145-146, 167-168.

³⁸ HT Edwards "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema" (1985) 99 *Harv LR* 668 671, 682; Alexander (2008) *QUTLJJ* 14; De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 142; Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 27.

³⁹ L Susskind & J Cruikshank *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes* (1987) 21-32.

⁴⁰ Alexander (2008) *QUTLJJ* 14; Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 49.

⁴¹ Alexander (2008) *QUTLJJ* 14.

⁴² Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 49.

⁴³ De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 143; Mowatt (1988) *SALJ* 731; Brown & Marriott *ADR Principles and Practice* 313-326.

aanpasbare proses toelaat.⁴⁴ Hierteenoor is die doel van regulering om aspekte van hierdie aanpasbare proses te standaardiseer ten einde konsekwentheid te verseker. Hierdie uitkoms blyk die antitese te wees van dit wat die aard van bemiddeling is en waaraan die bemiddelingsproses gekenmerk word. Die vraag is dus of die bemiddelingsproses steeds oor die kenmerke wat daarmee geassosieer word sal beskik as die rigiditeit, formaliteit en voorskriftelikheid van regulering daarop afgedwing word? Die verdere vraag is of so 'n gereguleerde proses steeds werklik bemiddeling behels? Daar word na hierdie botsing verwys as die diversiteit-konsekwentheid dilemma. Alexander omskryf die dilemma as volg:

“The diversity-consistency dilemma refers to the multiple tensions between the desire to embrace diversity in practice through flexibility and innovation, on one hand, and the call to establish consistent and reliable measures of quality in mediation service provision through regulation, on the other.”⁴⁵

Die essensie van die dilemma lê daarin dat beide van hierdie oënskynlik teenstrydige doelwitte nodig is vir ontwikkeling van bemiddeling. Die regulering van bemiddeling is, soos reeds hierbo uiteengesit, gefundeer in die redelike en legitieme behoefte vir standaardisering en konsekwentheid. Dit is soveel te meer die geval waar die institusionalisering en gebruik van bemiddeling toeneem. Die feit dat bemiddeling reeds tot so 'n groot mate geïntegreer is in bestaande geskilbeslegtingstelsels beteken dat dit nie meer 'n opsie is om bemiddeling eenvoudig nie te reguleer nie.⁴⁶ Tog is die diversiteit van bemiddeling – in terme van beide die bemiddelingsproses en die uiteenlopende wyses waarop die proses aangewend kan word – een van die primêre insentiewe om daarvan gebruik te maak. Dit is hierdie diversiteit wat bemiddeling 'n ware alternatief maak tot die adversatiewe opsies van litigasie en arbitrasie. Die vraag is dus nie óf bemiddeling gereguleer behoort te word of nie, maar eerder *hoe* bemiddeling gereguleer moet word sonder om die inherente aard en kenmerke daarvan te verloor.

⁴⁴ De Jong *Egskedingsbemiddeling* 138; Brand *et al Commercial Mediation* 24; Faris *Alternative Dispute Resolution* 168-170.

⁴⁵ Alexander (2008) *QUTLJJ* 2.

⁴⁶ Alexander (2008) *QUTLJJ* 3; Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 30-49.

Die diversiteit-konsekwentheid dilemma hou duidelik belangrike implikasies in vir die ontwerp en implementering van gepaste regulering.⁴⁷ Alexander beskryf die vereistes wat deur hierdie dilemma gestel word as volg:

“The art of regulation lies in the ability to translate the tensions of the diversity-consistency debate into appropriate regulatory form. It demands a sophisticated understanding of the possibilities that regulatory mechanisms can offer and what they can mean for the future of mediation practice.”⁴⁸

Die ontwerp van gepaste regulering in die konteks van bemiddeling – waarna Alexander verwys as die “*art of regulation*” – verg dus ’n omvattende ontleding van die gevolge en implikasies wat regulering inhou vir die diversiteit waardeur bemiddeling gekenmerk word.

Die probleem is egter dat geen model van bemiddeling tans teoreties kompleks genoeg is om te dien as ’n basis vir so ’n ontleding nie. Die primêre rede hiervoor is dat die konsep van diversiteit in bemiddeling tot ’n groot mate sonder werklike inhoud is. Die konsep is tans gefundeer in die eenvoudige aanname dat diversiteit moontlik is omdat die bemiddelingsproses vry is van reëls en formaliteite. Hierdie aanname impliseer ’n liniêre, onderling uitsluitlike verwantskap tussen die aanpasbare, buigsame aard van die bemiddelingsproses teenoor die rigiditeit en voorskriftelikheid van regulering. Diversiteit sal dus afneem in die mate wat konsekwentheid nagestreef word, en *vice versa*. Die probleem is dat diversiteit gevolglik inderwaarheid enigiets kan behels – mits dit nie spesifiek deur regulering verhoed word nie. Anders gestel is diversiteit in bemiddeling juis dit wat realiseer in die afwesigheid van regulering. Dit is onmoontlik om die impak van regulering te ontleed in terme van ’n konsep wat slegs inhoud het as daardie impak geïgnoreer word.

Gevolglik spreek diversiteit tans tot slegs ’n *persepsie* van bemiddeling, in stede van die werklike aard van die geskilbeslegtingsmeganisme. Dit beteken ook dat die regulering van bemiddeling tot ’n groot mate blindelings gedoen word. Alhoewel dit

⁴⁷ Alexander “Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 145-146, 167-168.

⁴⁸ Alexander (2008) QUTLJJ 11.

duidelik is dat regulering 'n beperkende impak op diversiteit het, is dit nie duidelik wat daardie impak werklik behels of wat die implikasies daarvan vir die bemiddelingsproses is nie.

1 2 Doel en omvang van die studie

Die doel van hierdie studie is om 'n teoretiese model van bemiddeling te identifiseer wat dit moontlik maak om die impak van verskillende vorme van regulering op die bemiddelingsproses – en spesifiek die diversiteit waaraan dit gekenmerk word – te ontleed. Ten einde so 'n ontleding uit te voer is dit dus ook 'n vereiste dat hierdie model inhoud moet gee aan die konsep van diversiteit in bemiddeling.

So 'n konseptuele benadering tot bemiddeling en diversiteit moet ewe toepaslik wees ongeag die konteks waarin bemiddeling beoefen word, die vorm wat die bemiddelingsproses aanneem of die vorm van regulering wat daarop afgedwing word. Hierdie model moet dus die werklike en mees fundamentele kenmerke van bemiddeling identifiseer. So 'n model is uiteindelik kern tot die ontwerp van regulatoriese maatreëls wat effektief is in die bereiking van regulatoriese doelwitte en wat werklike behoeftes vir standaardisering en konsekwentheid aanspreek, terwyl die fundamentele eienskappe van die bemiddelingsproses steeds beskerm en verseker word.

Ten einde te bewys dat hierdie model die verskeie vereistes wat daaraan gestel word kan bevredig, sal die impak van drie vorme van regulering – naamlik aktiverings-, prosedurele en standaardisering regulering – onderskeidelik krities ontleed word aan die hand van hierdie model. Alhoewel dit nie die doel van hierdie studie is om spesifieke regulatoriese maatreëls of meganismes krities te ontleed of te ontwerp nie, maar om eerder 'n model te identifiseer wat sulke ontledings moontlik maak, sal daar wel in die breë kommentaar gelewer word op die aannames onderliggend tot elkeen van hierdie vorme van regulering.

Hierdie studie is verder beperk tot die impak wat regulering op die bemiddelingsproses self het – oftewel die impak op die interaksie tussen die partye tot 'n dispuut onderling sowel as die interaksie tussen die partye en die bemiddelaar.

Gevolge ekstern tot die bemiddelingsproses – soos die effektiwiteit waarmee regulering afgedwing word of die kostes verbonde daaraan – val buite die bestek van hierdie navorsing.

1 3 Navorsingsvraag en hipotese

Die volgende navorsingsvraag is geïdentifiseer en sal dien as die fokuspunt van die hoofstukke wat hierop volg:

- Is daar 'n model van bemiddeling wat dit moontlik maak om die impak van regulering op die bemiddelingsproses te ontleed, in terme van die diversiteit waaraan bemiddeling gekenmerk word?

Die hipotese is dat bemiddeling 'n komplekse stelsel is en dat diversiteit 'n noodwendige gevolg is van hierdie kompleksiteit. In hierdie verband word daar geargumenteer dat bemiddeling die produk is van georganiseerde interaksie tussen bepaalde rolspelers en dat die bemiddelingsproses gevolglik beskryf kan word as 'n stelsel. Vervolgens word daar geargumenteer dat die aard van die interaksie binne hierdie stelsel fundamenteel kompleks is. Hierdie kompleksiteit impliseer dat bemiddeling inherent oor sekere eienskappe beskik – naamlik “*emergence*” (wat voortaan vertaal sal word as “self-voortkoming”) en self-organisering – en dat hierdie eienskappe gelyk gestel kan word aan die kenmerk van diversiteit.

Deur die diversiteit-element binne 'n kompleksiteitsmodel te interpreteer is dit moontlik om die spesifieke spanningspunte tussen diversiteit en konsekwentheid te identifiseer en te ontleed. Gevolglik is 'n stelselmatige ontleding van hierdie gevolge, sowel as die implikasies wat dit inhou vir die ontwikkeling van bemiddeling in die toekoms, moontlik. Die uiteindelijke doel is dat hierdie ontleding kan dien as 'n teoretiese basis vir die praktiese ontwikkeling van gepaste en effektiewe regulatoriese maatreëls, maar met behoud van die diversiteit wesenskenmerk van die bemiddelingsproses.

1 4 Metodologie

Die studie behels 'n literatuurstudie en is streng teoreties van aard. Die modellering van die bemiddelingsproses word spesifiek gedoen op die basis van 'n inter-dissiplinêre literatuurstudie, met die fokus op die beginsels van Algemene Stelselteorie en die studie van kompleksiteit. Die verskillende vorme van regulering word by wyse van 'n teoretiese ontleding ondersoek.

Ten einde die gepastheid van die teoretiese model wat in hierdie studie geïdentifiseer word te bewys, sal daar hoofsaaklik van Suid-Afrikaanse regulatoriese maatreëls gebruik gemaak word. Alhoewel die model van algemene toepassing is laat 'n ontleding vanuit 'n Suid-Afrikaanse perspektief aanvullende kommentaar toe op die huidige benaderings tot die regulering van bemiddeling en die tendense wat hieruit blyk. Daar sal ook deurlopend na regulering in enkele ander jurisdiksies verwys word, waar dit dien ter illustrasie van 'n gevolgtrekking. Die studie bevat egter nie 'n spesifieke regsvergelende komponent nie.

1 5 Oorsig van die studie

Die doel van hoofstuk 2 is om 'n oorsig te gee van die huidige konseptualisering en modellering van diversiteit in bemiddeling. Vervolgens sal die implikasies van die diversiteit-konsekwentheid dilemma wat tradisioneel geassosieer word met die regulering van bemiddeling aan die hand van 'n tipologie van regulatoriese maatreëls ondersoek word.

In hoofstuk 3 word daar aangevoer dat bemiddeling beskryf kan word as 'n komplekse besluitnemingstelsel. Hierdie kompleksiteitsmodel van bemiddeling maak dit moontlik om die werklike en mees fundamentele kenmerke van bemiddeling te identifiseer en om vervolgens inhoud te gee aan die diversiteit-element aan die hand van hierdie kenmerke. Die bespreking in hierdie hoofstuk sal aandui dat diversiteit 'n noodwendige gevolg is van die kompleksiteit waaraan die bemiddelingsproses gekenmerk word.

Ten einde te bewys dat 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling dit moontlik maak

om die impak van regulatoriese maatreëls in terme van beide diversiteit en konsekwentheid te ontleed, word verskillende vorme van regulering vervolgens aan die hand van hierdie model ondersoek.

Die eerste hiervan is aktiveringsregulering, wat die onderwerp is van hoofstuk 4. Aktiveringsregulering het dit ten doel om die gebruik van bemiddeling te bevorder. In hierdie hoofstuk word daar bewys dat 'n kompleksiteitsmodel dit moontlik maak om 'n regverdigbare onderskeid te tref tussen verskillende aktiveringsmeganismes en om gevolglik die ontwerp en toepassing van die verskillende meganismes krities in terme van diversiteit en konsekwentheid te ontleed.

Hoofstuk 5 behels 'n bespreking van prosedurele regulering en word die regverdigheid en billikheid van die bemiddelingsproses en die uitkomst daarvan krities ontleed. Aan die hand van die kompleksiteitsmodel sal daar bepaal word of bemiddeling gevolg kan gee aan 'n regverdige proses, en wat dit is wat regverdigheid in hierdie konteks werklik behels.

In hoofstuk 6 word die rol en funksie van die bemiddelaar in stelsel terme ontleed ten einde te bepaal tot watter mate die regulering van standarde kan verseker dat bemiddelaars bekwaam is om hierdie rol te vervul en dat hulle oor die nodige kennis, opleiding, vaardighede en ervaring beskik om die bemiddelingsproses op 'n effektiewe en regverdige wyse te fasiliteer.

Hoofstuk 7 dien as 'n gevolgtrekking tot die studie. Daar word ook enkele aanbevelings gemaak aan die hand van die implikasies vir regulering wat in die verskillende hoofstukke uitgewys is.

HOOFSTUK 2: BESTAANDE PERSPEKTIEWE OP DIVERSITEIT EN KONSEKWENTHEID

2 1 Inleiding

Die uitgangspunt van hierdie studie is dat die diversiteit-konsekwentheid dilemma juis 'n dilemma is omdat daar tans geen teoretiese model van bemiddeling is wat dit moontlik maak om werklik inhoud te gee aan die konsep van diversiteit nie.⁴⁹ Gevolglik kan die impak van regulering op die bemiddelingsproses slegs oppervlakkig en in terme van eenvoudige aannames ondersoek word. In hierdie hoofstuk sal hierdie uitgangspunt verder ontleed word.

Die doel van hierdie hoofstuk is om te bewys dat die leemte van 'n teoretiese onderbou van diversiteit in bemiddeling 'n daadwerklike struikelblok vir effektiewe regulering is. Daarom sal daar eerstens gekyk word na die bestaande perspektiewe van diversiteit in bemiddeling, sowel as die wyses waarop die bemiddelingsproses tans teoreties gemodelleer word. In die tweede afdeling word daar 'n oorsig gegee van die drie mees algemene en primêre vorme van regulering wat tans op bemiddeling toegepas word. Vir elkeen van hierdie vorme van regulering sal daar gewys word hoe die bestaande perspektiewe van diversiteit en die wyses waarop die bemiddelingsproses gemodelleer word onvoldoende is vir die ontleding wat in terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma geverg word.

Aan die hand van hierdie bespreking sal dit vervolgens moontlik wees om te bepaal wat vereis word om bogenoemde teoretiese leemte aan te spreek.

2 2 Diversiteit in bemiddeling

Ten einde die implikasies van die diversiteit-konsekwentheid dilemma te identifiseer, moet die konsepte van diversiteit en konsekwentheid oor werklike inhoud beskik. Hierdie inhoud behoort eienskappe, kenmerke of faktore in te sluit wat dit moontlik kan maak om die wedersydse spanning tussen hierdie twee konsepte te ontleed. In

⁴⁹ Sien par 1 2 hierbo.

hierdie afdeling word die bestaande perspektiewe op diversiteit ondersoek ten einde hierdie inhoud te bepaal.

2 2 1 Diversiteit in terme van proses, vorm en funksie

Waar formele regsprosesse gekenmerk word deur formaliteit en streng prosedures, is die bemiddelingsproses grotendeels vry van sulke reëls en formele verpligtinge.⁵⁰ In teenstelling met meer formele alternatiewe soos litigasie en arbitrasie, word die bemiddelingsproses beskryf as buigsaam, aanpasbaar, informeel, spontaan, kreatief en soms selfs grotendeels ongestruktureerd.⁵¹ Die partye tot bemiddeling neem aktief, dinamies en persoonlik aan die proses deel.⁵² Dit is verder moontlik vir die partye om op die werklike konflikselement te fokus, in plaas van op 'n streng en formele regstegniese interpretasie daarvan.⁵³ Gevolglik word bemiddeling meermale beskou as 'n meer toeganklike en gebruikersvriendelike opsie vir geskilbeslegting.⁵⁴ Hierdie kenmerke word tipies saamgevat onder die term *prosedurele buigsaamheid*.

Die prosedurele buigsaamheid waaraan bemiddeling gekenmerk word, word voorgehou as die rede hoekom bemiddeling in so 'n groot aantal verskillende vorme en kontekste beoefen kan word.⁵⁵ Bemiddeling word reeds gereeld en selfs

⁵⁰ L Boule & A Rycroft *Mediation: Principles, Process, Practice* (1997) 33-34; JP van den Berg *Alternatiewe Geskilbeslegting: Die Kies van 'n Geskilbeslegtingsforum* LLM proefskrif Stellenbosch (1993) 112.

⁵¹ J Brand, F Steadman & C Todd *Commercial Mediation: A User's Guide* (2012) 24; M de Jong *Egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika: 'n Vergelykende Studie* LLD proefskrif UNISA (2002) 138; JA Faris *An Analysis of the Theory and Principles of Alternative Dispute Resolution* LLD proefskrif UNISA (1995) 168-170; Boule & Rycroft *Mediation* 33-34.

⁵² Boule & Rycroft *Mediation* 33-34.

⁵³ H Genn "Civil Mediation: A Measured Approach?" (2010) 32 *J Soc Welf Fam Law* 195 195. Sien ook KJ Hopt & F Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 3 12: "The widely shared viewpoint ... is that the strength of mediation lies in the very way it primarily targets social conflict, and in that the legal resolution merely has an auxiliary function."

⁵⁴ Van den Berg *Alternatiewe Geskilbeslegting* 112; Boule & Rycroft *Mediation* 33-34.

⁵⁵ Sien C Menkel-Meadow "The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms and Practices" (1995) 11 *Neg J* 217. Volgens Van den Berg is die

toenemend aangewend vir die beslegting van uiteenlopende tipes dispute, wat onder andere die volgende insluit:

- Kommersiële en siviele dispute, wat gewoonlik feitelik en tegnies van aard is;⁵⁶
- industriële en arbeidsdispute, waar die gebruik van bemiddeling reeds goed gevestig is;⁵⁷
- familie dispute, wat persoonlik en intiem van aard is, met 'n sensitiewe inhoud, en wat gewoonlik die belange van kinders en die herstel van gebroke verhoudings insluit;⁵⁸
- gemeenskapsdispute, wat die belange, behoeftes en waardes van groot groepe kan insluit;⁵⁹
- publieke beleidsdispute of sosiale konflik, wat gewoonlik gekenmerk word aan

“praktiese toepassingsgebied van bemiddeling veel wyer as die teoretiese een, en in der waarheid bykans onbeperk.” Sien Van den Berg *Alternatiewe Geskilbeslegting* 106, 112.

⁵⁶ Sien bv die Reëls vir Vrywillige Hof-Verwante Bemiddeling, soos vervat in hoofstuk 2 van die Reëls van die Landdroshowe, wat voorsiening maak vir die fasilitering van 'n addisionele proses, voor of tydens litigasie, wat dit moontlik maak vir die partye om ooreen te kom om die dispuut eerder na bemiddeling te verwys. Sien ook vn 63 hieronder.

⁵⁷ Bv art 191 van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995. Die voorwoord tot die wet identifiseer een van die wet se doelstellings as “om voorsiening te maak vir eenvoudige prosedures vir die beslegting van arbeidsgeskille deur statutêre versoening, bemiddeling en arbitrasie (vir welke doel die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie ingestel word), en deur alternatiewe onafhanklike geskilbeslegtingsdienste wat vir dié doel geakkrediteer is.” Sien ook J Folger & A Taylor *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation* (1984) 4; WE Simkin & NA Fidandis *Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining* 2^{de} uitg (1986); J Folberg “A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice” (1983) 1 *MQ* 3 5.

⁵⁸ Bv art 4 van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 en art 49, 70 en 71 van die Kinderwet 38 van 2005. Sien ook De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 140-141; D Scott-Macnab & JG Mowatt “Mediation and Arbitration as Alternative Procedures in Maintenance and Custody Disputes in the Event of Divorce” (1986) 19 *De Jure* 313; D Scott-Macnab & JG Mowatt “Family Mediation – South Africa's Awakening Interest” (1987) 20 *De Jure* 41; JG Mowatt “Divorce Mediation – The Mediation in Certain Divorce Matters Act, 1987” (1988) 1988 *TSAR* 47.

⁵⁹ Sien F Steadman “Settling Disputes in Communities” in P Pretorius (red) *Dispute Resolution* (1993) 124; JS Murray & EF Sherman *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers* 2^{de} uitg (1996) 297.

die komplekse aard daarvan;⁶⁰ en

- internasionale dispute, wat elemente uit al die voorafgaande tipes dispute kan insluit.

Bemiddeling word verder in elkeen van hierdie vorme of kontekste gebruik om verskillende funksies te verrig en uiteenlopende behoeftes te bevredig.⁶¹ Dit sluit tipes in om kwessies vir besluitneming te identifiseer; kommunikasieprobleme tussen die partye te oorkom of te bestuur; erkenning te verleen aan die partye se behoeftes en belange (hetsy substantief, prosedureel of sielkundig); die bevordering van konstruktiewe onderhandeling; die verwerking van negatiewe of destruktiewe emosies; die bemagtiging van die partye sodat hulle ingeligte en rasonele besluite kan neem; die instandhouding of verbetering van die verhouding tussen die partye; en om vir die partye 'n model vir toekomstige besluitneming te gee, tesame met die vaardighede wat so 'n model vereis.⁶² Dus, alhoewel bemiddeling beskryf word as 'n geskilbeslegtingsmeganisme, is geskilbeslegting meermale nie noodwendig die eksklusiewe funksie van die bemiddelingsproses nie.

Hierdie gevolgtrekking word ondersteun deur onder andere die bemiddelingreëls vir landdroshowe in Suid-Afrika, wat tans getoets word in sekere howe in Gauteng en

⁶⁰ Sien LE Susskind & J Cruikshank *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes* (1987) 165-72; LE Susskind "NIDR's State Office of Mediation Experiment" (1986) 2 *Neg J* 323 324; LE Susskind "Mediating Public Disputes" (1985) 1 *Neg J* 19 21.

⁶¹ Sien LL Fuller "Mediation - Its Forms and Functions" (1971) 44 *S Cal LR* 305 325; JT Barrett & JP Barrett *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural and Social Movement* (2004) 182-183; WE Burger "Agenda for 2000 A.D. – The Need for Systematic Anticipation" (1976) 15 *Judges J* 27 27-33; FEA Sander "Varieties of Dispute Processing" in RR Wheeler & L Levin (reds) *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future* (1979) 65 67-68.

⁶² Boule & Rycroft *Mediation* 8-9. Sien ook *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC) par 42: "Not only can mediation reduce the expenses of litigation, it can help avoid the exacerbation of tensions that forensic combat produces. By bringing the parties together, narrowing the areas of dispute between them and facilitating mutual give-and-take, mediators can find ways round sticking-points in a manner that the adversarial judicial process might not be able to do. Money that otherwise might be spent on unpleasant and polarising litigation can be better used to facilitate an outcome that ends a stand-off, promotes respect for human dignity and underlines the fact that we all live in a shared society."

Noordwes.⁶³ In die reëls word die volgende by die uitgebreide funksie van bemiddeling ingesluit: Die bevordering van toegang tot die reg; die bevordering van regstellende geregtigheid; die instandhouding van die verhouding tussen die partye, wat andersins nadelig beïnvloed sou word deur litigasie; die fasilitering van spoedige en koste-effektiewe geskilbeslegting; om dit makliker te maak vir die partye om te bepaal of litigasie werklik in hul beste belang is; en om vir die partye oplossings tot 'n dispuut te gee wat nie bereik sou kon word by wyse van 'n formele litigasieproses nie.⁶⁴

Die uitgebreide funksionaliteit van bemiddeling word verder geïllustreer deur die gebruik van bemiddeling as vereiste deur die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (hierna KVBA). Hier word bemiddeling aangewend in sekere arbeidsdispute juis omdat dit 'n analitiese metode daarstel vir die bepaling van die aard van die dispuut, die verhouding tussen die partye, en hul subjektiewe behoeftes en verwagtinge.⁶⁵

Die feit dat bemiddeling gebruik word om sulke uiteenlopende funksies te verrig is rede om eerder, soos wat Boule en Rycroft doen, na bemiddeling te verwys as 'n *besluitnemingsproses*.⁶⁶

⁶³ Die Reëls vir Vrywillige Hof-Verwante Bemiddeling (hierna die bemiddelingreëls), soos gepubliseer in Kennisgewing no 183 in Staatskoerant no 37448 van 18 Maart 2014, is vervat in hoofstuk 2 van die Reëls van die Landdroshowe. Die wysiging aan die hofreëls is geformuleer ingevolge art 9(6)(b) van die *Jurisdiction of Regional Courts Amendment Act 2008* wat breë bemagtiging aan die *Rules Board for Courts of Law* gee om reëls te maak wat, onder andere, voorsiening maak vir vereenvoudigde en spoedige geskilbeslegtingsprosesse. Die reëls is goedgekeur deur die Minister en het in werking getree op 1 Desember 2014. Meer besonderhede aangaande die loodsprojek is beskikbaar op die Departement van Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling se webtuiste. <<http://www.justice.gov.za/mediation/mediation.html>> (besoek 13-04-2017). Hierdie reëls word volledig ontleed en bespreek in hoofstukke 4 en 6 van hierdie studie.

⁶⁴ Reël 71.

⁶⁵ H Bhorat, K Pauw & L Mncube *Understanding the Efficiency and Effectiveness of the Dispute Resolution System in South Africa: An Analysis of CCMA Data* (2009) 3-4.

⁶⁶ Boule & Rycroft *Mediation 7*. Vir doeleindes van hierdie studie word bemiddeling egter primêr ontleed as 'n geskilbeslegtingsproses. Sien in hierdie verband vn 4 hierbo en die definisie van bemiddeling wat daar aangehaal word.

Ter opsomming blyk dit dus dat die uitgebreide funksionaliteit van bemiddeling, en gevolglik ook die diverse toepassing daarvan, gefundeer is in die aanname dat die bemiddelingsproses buigbaar en aanpasbaar genoeg is om dit toe te laat. Hierdie prosedurele buigsaamheid is 'n werklikheid omdat die bemiddelingsproses vry is van regulering wat dit sou verhoed. Om hierdie rede word prosedurele buigsaamheid beskou as 'n inherente kenmerk van die bemiddelingsproses.

2 2 2 Modelling van die bemiddelingsproses

Die vraag is egter of die impak van regulering op diversiteit aan die hand van hierdie kenmerk ontleed kan word. So 'n ontleding verg 'n model van bemiddeling wat die informele, buigsame en aanpasbare aard van die bemiddelingsproses beide illustreer en verklaar.

Die teoretiese modellering van die bemiddelingsproses word hoofsaaklik binne twee paradigmas gedoen. Die eerste hiervan, gefundeer in spelteorie en die sosiale wetenskappe, kan beskryf word as rasioneel wetenskaplik.⁶⁷ Hierdie paradigma het gevolg gegee aan byvoorbeeld die pragmatiese model van bemiddeling. Ingevolge hierdie model word bemiddeling beskou as 'n samewerkende, maar onpersoonlike proses van onderhandeling en probleemoplossing.⁶⁸ Die doel van die proses is om op grond van objektiewe beginsels 'n wen-wen situasie te identifiseer in terme van die partye se belange en behoeftes.⁶⁹

⁶⁷ M Alberstein *Pragmatism and the Law* (2002) 323-325; M Alberstein "Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution" (2007) 22 *Ohio St J Disp Resol* 321 324-342; M Alberstein *Forms of Jurisprudence and Law: A Jurisprudence of Mediation* (2007) 6-8. Sien ook KJ Arrow, RH Mnookin L Ross, A Tversky & R Wilson (reds) *Barriers to Conflict Resolution* (1995) 3-24; JK Sebenius "Negotiation Analysis: A Characterization and Review" (1991) 38 *Management Science* 18 26; M Deutsch & P Coleman *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* (2000).

⁶⁸ R Fisher & W Ury *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (1983) 3-14.

⁶⁹ Fisher & Ury *Getting to Yes* 10-14. Van hierdie beginsels sluit in die tref van 'n skeiding tussen die party en hul dispuut; dat daar gefokus word op die partye se belange, in stede van hul posisies in die onderhandelinge; die identifisering van innoverende wen-wen oplossings; en die vrye uitruil van inligting. Sien ook R Lewicki, B Bary, D Saunders *Negotiation: Readings, Exercises, and Cases* (2005) 113-117.

Die tweede paradigma, gefundeer in die geesteswetenskappe, kan beskryf word as interpreterend.⁷⁰ Daar is twee primêre modelle op hierdie paradigma gebaseer. Eerstens, ingevolge die transformasie-model, behels bemiddeling 'n terapeutiese proses wat daarop gemik is om die partye te versterk en transformasie teweeg te bring in die verhoudingskonteks waarin die dispuut bestaan.⁷¹ Die bemiddelaar fasiliteer 'n proses van wedersydse bemagtiging wat dit moontlik maak vir die partye om erkenning te gee aan die verskillende dimensies van die dispuut, sowel as elkeen se belange daarby.⁷² Sodoende vind nie net geskilbeslegting plaas nie, maar groei en ontwikkel die partye ook in 'n sosiale en persoonlike sin.⁷³ Die tweede model identifiseer die kern van bemiddeling as die skep van 'n nuwe, gedeelde verhalings of narratief deur die partye.⁷⁴ Bemiddeling bied dus primêr 'n forum waar partye hul konflik kan verwoord. Die proses bewerkstellig kommunikasie tussen die partye en help hulle om hul verskille beter te verstaan en die onderliggende redes tot die konflik te identifiseer.⁷⁵ Die bemiddelingsproses is daarop gemik om vertroue tussen die partye te laat ontwikkel, wat dit vir hulle moontlik maak om gesamentlik die konfliktelement te dekonstrueer binne 'n gedeelde sosiale realiteit.⁷⁶

Hierdie modelle het dit nie ten doel om die bemiddelingsproses analities te ontleed en te illustreer nie. Die oogmerk is eerder om te wys waartoe bemiddeling moontlik

⁷⁰ Alberstein *A Jurisprudence of Mediation* 11-14. Sien ook JP Folger & TS Jones *New Directions in Mediation: Communication Research and Perspective* (1994); S Cobb "Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective" (1993) 9 *Neg J* 245; S Cobb & J Rifkin "Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation" (1991) 35 *Law Soc R* 35.

⁷¹ RAB Bush & JP Folger *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict* (2004) 12, 82-85, 192-197. Die model is ook terapeuties in die sin dat die partye die vaardighede aanleer om in die toekoms konflik te hanteer sonder die ondersteuning van 'n derde.

⁷² E Radford & P Glaser "The psychology of mediation" in Pretorius (red) *Dispute Resolution* (1993) 51-69.

⁷³ Bush & Folger *The Promise of Mediation* 82-84. Om hierdie rede word die rol van bv emosie in onderhandelinge beklemtoon. Sien ook DL Shapiro "Negotiating Emotions" (2002) 20 *Conflict Resol Q* 67; R Fischer & DL Shapiro *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate* (2005).

⁷⁴ J Winslade & G Monk *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution* (2000) 57-92.

⁷⁵ C Nupen "Mediation" in Pretorius (red) *Dispute Resolution* (1993) 39-40.

⁷⁶ Bush & Folger *The Promise of Mediation* 82-84.

in staat is.⁷⁷ Ten einde hierdie oogmerk te bereik word die prosedurele buigzaamheid van die bemiddelingsproses meermale as uitgangspunt gebruik. Sulke modelle stel dus nie 'n nuttige teoretiese basis daar vir die ontleding van die elemente en kenmerke waaruit die bemiddelingsproses en spesifiek die diversiteit-element werklik bestaan nie.

Tog word sulke modelle aangewend ter regverdiging en verdediging van die integrasie van bemiddeling binne bestaande geskilbeslegtingstelsels. So het die transformasie-model byvoorbeeld 'n daadwerklike impak op die teoretiese ontwikkeling van bemiddeling gehad, ten spyte van die feit dat gevalle waar partye werklike transformasie ondergaan blyk skaars te wees.⁷⁸ Dit is moontlik meer waarskynlik dat transformasie ten beste 'n positiewe, maar slegs potensiële by-produk van bemiddeling is.⁷⁹ Om die bemiddelingsproses primêr in hierdie terme te omskryf kan inderwaarheid die partye totaal van die proses afskrik.⁸⁰

Vir analitiese doeleindes wat verder strek as die regverdiging van 'n geïdealiseerde weergawe van die bemiddelingsproses, is hierdie modelle te simplisties. Dit waartoe die bemiddelingsproses werklik in staat is word gebaseer op eenvoudige aannames. Hoe die bemiddelingsproses reageer of aanpas by veranderende omstandighede, soos die implementering van regulering, word ook nie verklaar nie.

In die afwesigheid van 'n omvattende en "neutrale" model van bemiddeling vind teoretiese ontwikkeling meermale spontaan in die praktyk plaas.⁸¹ Die rede hiervoor is dat dit vir praktisyns soms nodig is om intuïtief te werk te gaan en om teorieë te

⁷⁷ Sien M Alberstein "The Jurisprudence of Mediation: Between Formalism, Feminism and Identity Conversations" (2010) 11 *Cardozo J Conflict Resol* 1 6-7.

⁷⁸ Sien J Alfini, J Barkai, RB Bush, M Hermann, J Hyman, K Kovach, C Liebman, S Press & L Riskin "What Happens When Mediation Is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners, and Host Institutions" (1994) 9 *Ohio St J Disp Resol* 307 315.

⁷⁹ Alfini *et al* (1994) *Ohio St J Disp Resol* 315.

⁸⁰ Alfini *et al* (1994) *Ohio St J Disp Resol* 315. In hierdie teks voer Riskin aan dat "[v]ery few people who are in the litigation process will be enticed into an alternative process that promises personal transformation, rather than emphasizes settlement."

⁸¹ M Deutsch "Context, Yes! And Theory, Yes!" (2003) 2003 *J of Disp Resol* 367 367.

ontwikkel soos die behoefte daarvoor ontstaan.⁸² Sodoende word die bemiddelaar se behoefte aan 'n intellektuele en emosionele raamwerk bevredig.⁸³

Hierdie sogenaamde “bemiddelingsmitologie” is egter gefundeer in 'n generiese, een-dimensionele persepsie van bemiddeling. Bemiddeling word beskou as 'n informele, sosiale proses van wedersydse onderhandeling wat gestruktureer word deur die bemiddelaar se betrokkenheid. Die kenmerke van hierdie generiese proses – wat insluit neutraliteit, prosedurele buigsaamheid en vrywilligheid – word beklemtoon sonder dat daar verklaar of regverdig word hoekom hierdie die kenmerke van bemiddeling is.⁸⁴

Opsommenderwys is dit duidelik dat die konsep van diversiteit nie tans oor enige werklike inhoud beskik nie. Die konsep is gefundeer in die eenvoudige aanname dat diversiteit moontlik is omdat die bemiddelingsproses grotendeels vry is van reëls en formaliteite. In die afwesigheid van regulering is diversiteit dus 'n werklikheid. Hierdie simplistiese benadering tot diversiteit skep nie ruimte vir enige verdere ontleding nie. Ten beste is diversiteit 'n persepsie van bemiddeling. Die gevaar is dat die modellering van bemiddeling – en dus uiteindelik ook die regulering van bemiddeling – tans gedoen word op grond van hierdie eenvoudige persepsie. Die impak hiervan in terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma sal vervolgens ondersoek word.

2 3 Regulering van bemiddeling

Daar is talle verskillende vorme van regulering wat tans op bemiddeling toegepas

⁸² Deutsch (2003) *J of Disp Resol* 367-368; DJ Della Noce, RAB Bush & JP Folger "Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy" (2002) 3 *Pepp Disp Resol LJ* 39 40.

⁸³ Della Noce *et al* (2002) *Pepp Disp Resol* 43-44, 45-46, met verwysing na JA Scimecca "Theory and alternative dispute resolution: A contradiction in terms?" in DJD Sandole & H van der Merwe (reds) *Conflict Resolution Theory and Practice: Integration and Application* (1993) 217.

⁸⁴ SS Silbey "The Emperor's New Clothes: Mediation Mythology and Markets" (2002) 2002 *J of Disp Resol* 171 173; Della Noce, Bush & Folger (2002) *Pepp Disp Resol* 43-44, met verwysing na empiriese navorsing deur DM Kolb & K Kressel "The realities of making talk work" in DM Kolb (red) *When Talk Works: Profiles of Mediators* (1994) 459-493.

word.⁸⁵ Statutêre oftewel positivistiese maatreëls is slegs 'n enkele voorbeeld van direkte regulering.⁸⁶ Ander vorme van sogenaamde “sagte regulering” of self-regulering het toenemend ook beide 'n direkte en indirekte impak op die bemiddelingsproses.⁸⁷ Hierdie verskeidenheid van maatreëls gee kumulatief gevolg aan 'n regulatoriese raamwerk waarbinne bemiddeling toenemend beoefen word.⁸⁸

Aangesien bemiddeling in soveel verskillende vorme en kontekste gebruik word, word die ontwerp en toepassing van regulering gedryf deur die spesifieke behoeftes wat in elke konteks gestel word. Gevolglik vind die ontwikkeling van regulering grotendeels op 'n gefragmenteerde en konteks-spesifieke basis plaas. Die resultaat is meermale 'n proliferasie van regulatoriese maatreëls.⁸⁹ Ten einde 'n teoretiese ontleding in terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma uit te voer, is dit gevolglik nodig om 'n tipologie te identifiseer ingevolge waarvan hierdie diverse en soms uiteenlopende regulatoriese maatreëls geklassifiseer kan word.

'n Algemeen aanvaarde tipologie van die primêre vorme van regulering in hierdie konteks behels 'n klassifisering op grond van die effek of uitkoms wat die regulatoriese maatreëls ten doel het.⁹⁰ Ingevolge hierdie benadering is daar in die algemeen drie vorme van regulering wat 'n impak het op die bemiddelingsproses, naamlik regulering wat gemik is op die gebruik van bemiddeling (aktiveringsregulering of *triggering laws*); regulering wat toegepas word op die interaksie tydens die bemiddelingsproses en die uitkomst daarvan (prosedurele regulering); en regulering wat daarop gemik is om die bekwaamheid van bemiddelaars te verseker deur die standaardisering van hul rol en funksie (die

⁸⁵ DR Sundermann “The Dilemma of Regulating Mediation” (1985) 22 *Houston LR* 841 848-849.

⁸⁶ J Braithwaite “Responsive Regulation for Australia” in P Grabosky & J Braithwaite (reds) *Business Regulation and Australia's Future* (1993) 81 97.

⁸⁷ L Boule “Promoting Rights Through Court-Based ADR?” (2012) 28 *SAJHR* 1 9; N Alexander “Mediation and the Art of Regulation” (2008) 8 *QUTLJJ* 1 3-4, 13.

⁸⁸ Alexander (2008) *QUTLJJ* 12-13.

⁸⁹ N Alexander “Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform” in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 132 163.

⁹⁰ Sien Alexander (2008) *QUTLJJ* 14-17, 20. Alexander beskryf hierdie tipologie as 'n funksionele benadering tot die regulering van bemiddeling.

regulering van standarde).

Hierdie verskillende vorme van regulering, sowel as die implikasies wat die diversiteit-konsekwentheid dilemma vir elke vorm inhou, word vervolgens oorsigtelik bespreek.

2 3 1 Aktiveringsregulering

Alhoewel die institusionalisering van bemiddeling reeds vir 'n geruime tyd onderweg is, en bemiddeling toenemend geïntegreer word in bestaande geskilbeslegtingstelsels, word daar in die praktyk steeds relatief min van bemiddeling gebruik gemaak.⁹¹ Die aanvaarding van bemiddeling as 'n gepaste alternatief tot litigasie is dus steeds 'n uitdaging tot die institusionalisering daarvan.

Die doel van aktiveringsregulering is om hierdie institusionalisering te bespoedig deur die gebruik van bemiddeling te bevorder.⁹² Die motivering agter hierdie dryfkrag sluit onder andere in die bevordering van geregtigheid, die beskerming van gemeenskapsbelange en ekonomiese rasionalisme.⁹³ Die voordele wat geassosieer word met die meer omvattende gebruik van bemiddeling sluit in groter tevredenheid van die partye en regsverteenwoordigers; verbeterde doeltreffendheid van die howe; koste-effektiewe gemeenskapsprogramme; hoër skikkingskoerse; en verlaagde kostes.⁹⁴

⁹¹ B Jordaan "Hybrid ADR Processes in South Africa" (2011) 12 *ADR Bulletin* 105 105. Die primêre uitsonderinge is arbeidsreg en familiereg. In die konteks van die familiereg moet bemiddeling soos wat dit hier bespreek word egter nie verwar word met die rol van die gesinsadvokaat ingevolge die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 nie. Sien ook A Rycroft "Settlement and the Law" (2013) 130 *SALJ* 187 197.

⁹² S Press "Institutionalization: Saviour or Saboteur of Mediation?" (1997) 24 *Fla St U LR* 903 907; Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 152-153.

⁹³ T Hedeem "Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others" (1997) 26 *JSJ* 263 276.

⁹⁴ JM Nolan-Haley "Court Mediation and the Search for Justice Through Law" (1996) 74 *Wash U L Q* 47 57.

Die algemeenste vorme van aktiveringsregulering sluit in primêre of gedelegeerde wetgewing, hofreëls, praktykkodes en privaat ooreenkomste.⁹⁵ Dit sluit spesifiek ook alle regulatoriese maatreëls in wat die mandaat van die howe en ander geskilbeslegtingstribunale versterk om die gebruik van bemiddeling te bevorder.⁹⁶

Die ontwerp en toepassing van aktiveringsregulering is egter nie sonder uitdaging nie. Een van die primêre kenmerke van bemiddeling is die vrywilligheid waarmee die partye aan die proses deelneem.⁹⁷ Besluite rakende die gepastheid van 'n bemiddelaar, die ontwerp van die proses, voortgesette deelname of onttrekking aan die proses, bydraes tot die formulering van 'n uitkoms, en spesifiek die uiteindelijke aanvaarding of verwerping van 'n uitkoms is gefundeer in die vrywillige deelname van die partye.⁹⁸ Hierdie vrywilligheid skep 'n duidelike onderskeid tussen bemiddeling en gebiedende prosesse, soos litigasie, waar partye verplig word om 'n voorgeskrewe proses by te woon, daaraan deel te neem en hulle self uiteindelik te onderwerp aan bindende besluitneming deur 'n derde, op risiko van sanksie.⁹⁹ Vrywilligheid verduidelik dus die “alternatiewe aard” van bemiddeling.¹⁰⁰

Verder word vrywilligheid fundamenteel gekoppel aan die bereiking van konsensus.¹⁰¹ Vrywilligheid in besluitneming en geskilbeslegting maak dit moontlik

⁹⁵ Boule (2012) *SAJHR* 7.

⁹⁶ Alexander (2008) *QUTLJJ* 14.

⁹⁷ JB Stulberg “ADR Paradigms and Intervenor Values” (1985) 1985 *J of Disp Resol* 1 5; JS Murray “Guideposts for an Institutional Framework of Consensual Dispute Processing” (1984) 1984 *J of Disp Resol* 45 48, 71–72; B Wolski “Voluntariness and Consensuality: Defining Characteristics of Mediation?” (1997) 15 *Aus Bar R* 213 227.

⁹⁸ CW Moore *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* (2014) 14; J Folberg & A Taylor *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflict Without Litigation* (1984) 7; HJ Brown & AL Marriott *ADR Principles and Practice* (1999) 108; Brand *et al Commercial Mediation* 24; Boule & Rycroft *Mediation* 13; Hedeem (1997) *JSJ* 274; Wolski (1997) *Aus Bar R* 213.

⁹⁹ EE Deason “Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide” (2005) 80 *Notre Dame LR* 553 553; Boule & Rycroft *Mediation* 14.

¹⁰⁰ PS Adler “Resolving Public Policy Conflicts Through Mediation: The Water Code Round Table” (1990) 1 *ADRJ* 69 78; Boule & Rycroft *Mediation* 14, 29-31.

¹⁰¹ M Pel *Referral to Mediation: A Practical Guide for an Effective Mediation Proposal* (2008) 19-49, 153.

dat daar meer besluite geneem kan word, dat daardie besluite meer gedetailleerd en toepaslik geformuleer kan word, dat sulke besluite die werklike behoeftes en belange van die partye aanspreek en dat die partye meer geredelik hierdie besluite of skikkingsterme in die toekoms eerbiedig.¹⁰² Volgens Fuller is die dinamiese interaksie en besluitneming tydens bemiddeling konsensus-produuserend, in teenstelling met die eensydige afdwinging van 'n besluit of opinie.¹⁰³ Die proses kan slegs voortgaan en 'n uitkoms kan slegs bereik word as die partye vrywilliglik daartoe ooreenkom.¹⁰⁴

Daar bestaan tans twee denkskole rondom die toepassing van aktiveringsregulering. Aan die een kant word daar geargumenteer dat dwingende toetrede tot bemiddeling nie beteken dat die partye se deelname aan die bemiddelingsproses en hul aanvaarding van 'n uitkoms ook onder dwang sal geskied nie.¹⁰⁵ Die dwang strek net ver genoeg om die partye tot by die onderhandelingsstafel te bring.¹⁰⁶ Aan die ander kant word daar voorgehou dat die onderskeid tussen die besluit om te bemiddel en die daaropvolgende besluite tydens bemiddeling fiktief en arbitrêr is.¹⁰⁷ Daar is dus nie iets soos "suiwer bemiddeling", waar besluitneming tydens die proses in isolasie geskied van die besluitneming wat dit voorafgegaan het nie.

Die vraag wat beide hierdie denkskole probeer aanspreek is of 'n informele, sosiale meganisme soos bemiddeling werklik geïnstusionaliseer kan word as deel van 'n formele stelsel van reëls, prosesse, stappe en forums, sonder dat die alternatiewe aard daarvan verlore gaan.¹⁰⁸ Die uitdaging in hierdie konteks is die oënskynlike onversoenbaarheid tussen 'n proses wat fundamenteel gekenmerk word aan

¹⁰² RL Wissler "The Effectiveness of Court-Connected Dispute Resolution in Civil Cases" (2004) 22 *Conflict Resol Q* 55 80-81.

¹⁰³ Fuller (1971) *S Cal LR* 325.

¹⁰⁴ Wolski (1997) *Aus Bar R* 214; Folberg & Taylor *Mediation* 35.

¹⁰⁵ Sien FEA Sander, HW Allen & D Hensler "Judicial (Mis)Use of ADR? A Debate" (1996) 27 *U Toledo LR* 885 886.

¹⁰⁶ Sien Murray *et al Processes of Dispute Resolution* 281.

¹⁰⁷ Sien SE Merry "Myth and Practice in the Mediation Process" in M Wright & B Galaway (reds) *Mediation and Criminal Justice: Victim, Offenders, and Community* (1989) 239 239-250.

¹⁰⁸ LB Bingham "Designing Justice: Legal Institutions and Other Systems for Managing Conflict" (2008) 24 *Ohio St J Disp Resol* 1 2; Deason (2005) *Notre Dame LR* 553.

vrywilligheid, teenoor regulerende maatreëls wat inherent gemik is op 'n beperking van hierdie vrywilligheid. Die onderliggende gevaar van onvanpaste aktiveringsregulering is dat bemiddeling uiteindelik slegs beskou gaan word as 'n vinniger en goedkoper vorm van geskilbeslegting. Bush verwys hierna as 'n tegnokratiese model van institusionalisering.¹⁰⁹ Uiteindelik beteken dit dat bemiddeling slegs aanvullend tot die bestaande benaderings tot geskilbeslegting gebruik word, in plaas van as 'n ware alternatief daartoe.¹¹⁰

In terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma dui die problematiek rondom aktiveringsregulering duidelik daarop dat diversiteit meer behels as net prosedurele buigzaamheid. Die konsep van diversiteit moet ook spreek tot die vrywilligheid waarmee daar aan bemiddeling deelgeneem word en die werklike implikasies wat dit vir die proses inhoud as hierdie vrywilligheid ontbreek.

2 3 2 Prosedurele regulering

Enige vorm van geskilbeslegting het dit ten doel om op die mees regverdigde basis moontlik reg en geregtigheid te laat geskied.¹¹¹ Dit is ook 'n verwagting by die partye dat die besluitnemingsproses waarvan hulle gebruik maak regverdig en billik sal wees.¹¹²

By meeste vorme van geskilbeslegting word hierdie verwagting bevredig by wyse van prosedurele regulering – maatreëls wat die regverdigheid van die geskilbeslegtingsproses bevorder. Hierdie maatreëls verseker dat regsreëls en beginsels op 'n gelyke basis afgedwing word, tipies deur onafhanklike howe, en by wyse van 'n proses wat regverdig is. Substantiewe uitkomst word bepaal deur die objektiewe

¹⁰⁹ Alfini *et al* (1994) *Ohio St J Disp Resol* 309. Die Duitse model van hof-verwante bemiddeling kan bv as tegnokraties beskryf word. Sien K Funken "Comparative Dispute Management: Court-Connected Mediation in Japan and Germany" (2002) 3 *Ger LJ* 3 22-23.

¹¹⁰ Alfini *et al* (1994) *Ohio St J Disp Resol* 310-311.

¹¹¹ Nolan-Haley (1999) *Notre Dame LR* 777.

¹¹² R Hollander-Blumoff & TR Tyler "Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution" (2011) 2011 *J of Disp Resol* 1 3.

toepassing van vasgestelde, algemeen toepaslike norme.¹¹³ Regverdigheid is dus gefundeer in objektiwiteit, rasionaliteit, onafhanklikheid, die presedenteleer en formele gelykheid voor die reg.¹¹⁴

Bemiddeling verskil egter van meeste ander vorme van geskilbeslegting. Die bemiddelingsproses is in die algemeen vry van eksterne regulering.¹¹⁵ In teenstelling met formele geskilbeslegtingsmeganismes is die struktuur van die bemiddelingsproses 'n produk van die georganiseerde interaksie tussen die partye en die bemiddelaar.¹¹⁶ Gevolglik is daar ook feitlik geen prosedurele veiligheidsmeganismes wat die regverdigheid van die bemiddelingsproses reguleer of verseker nie.¹¹⁷ Bemiddeling, as 'n vorm van privaat ordening, is eerder gebaseer op die aanname dat die partye rasonele individue is wat daartoe in staat is om in hul eie self-belang op te tree en dat hierdie optrede 'n regverdige proses en uitkomst kan verseker.¹¹⁸

Dit is egter kontroversieel of bemiddeling werklik daartoe in staat is om self hierdie regverdigheid te verseker.¹¹⁹ Dit is spesifiek die geval waar die partye nie oor

¹¹³ Boule & Rycroft *Mediation* 51.

¹¹⁴ JB Stulberg "Fairness and Mediation" (1998) 13 *Ohio St J Disp Resol* 909 926; Boule & Rycroft *Mediation* 51.

¹¹⁵ PJ Carnevale "Strategic Choice in Mediation" (1986) 2 *Neg J* 41 47; De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 143; Mowatt (1998) *SALJ* 731; Brown & Marriott *ADR Principles and Practice* 313-326.

¹¹⁶ Sien Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 60; RH Mnookin "Divorce Bargaining: The Limits of Private Ordering" (1985) 18 *U Mich JL Reform* 1015 1018; C Fried *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (1981) 1, 78.

¹¹⁷ Folberg & Taylor *Mediation* 245-250; Boule & Rycroft *Mediation* 52.

¹¹⁸ L Riskin "The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing" (1985) *U Fla LR* 19 27; Sundermann (1985) *Houston LR* 862; Mnookin (1985) *U Mich JL Reform* 1021-1022; Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 913-914.

¹¹⁹ JL Maute "Mediator Accountability: Responding to Fairness Concerns" (1990) 1990 *J of Disp Resol* 347 349; R Delgado, C Dunn, P Brown, H Lee & D Hubbert "Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution" (1985) 1985 *Wisc LR* 1359 1375-1383, 1402-1403; AE Barsky "Issues in the Termination of Mediation Due to Abuse" (1995) 13 *MQ* 19 19-20, 26.

relatiewe gelyke bedingingsmag beskik nie.¹²⁰ Bedingingsmag is 'n produk van die fisiese, emosionele, psigiese, sosiale en ekonomiese magsverhoudings tussen die partye.¹²¹ Hierdie verhoudings kan beïnvloed word deur 'n groot aantal faktore, soos verskille in intelligensie, insig en ervaring tussen die partye; hul reputasie in die gemeenskap; of hul geloofsoortuigings, ras, kultuur, taal of ander sosio-ekonomiese en kulturele veranderlikes.¹²² Magsverhoudings word ook beïnvloed deur die partye se vermoë om die kostes van die proses te dra – hetsy dit finansiële, sielkundige of emosionele kostes is.¹²³ Hierdie verskillende faktore beïnvloed uiteindelik die partye se outonomie in die bemiddelingsproses, hul kapasiteit om wel-deurdagte oordele te vel rakende die wenslikheid van 'n ooreenkoms en om die gevolge van so 'n ooreenkoms te begryp.¹²⁴

In die afwesigheid van prosedurele regulering bestaan die risiko dat hierdie faktore – wat nie relevant behoort te wees tot die geskilbeslegtingsproses nie – aangewend kan word om die bemiddelingsproses te manipuleer, of om die ander party te intimideer.¹²⁵ Sodoende word die een party moontlik ten koste van die ander

¹²⁰ Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 924, met verwysing na SB Bacharach & EJ Lawler *Power and Politics in Organizations* (1980): “Bargaining is predicated on power relationships among participants. Power is relevant to the party's capacity not only to propose or impose settlement terms, but also, and more important, to establish what items are to be bargained and in what sequence they will be discussed. To discuss a power relationship immediately raises concerns about balance, equality and protection. What is unnerving about the image of independent, autonomous individuals bargaining about their outcome is our warranted scepticism that autonomy might be an illusion.”

¹²¹ Mnookin (1985) *U Mich JL Reform* 1025. Selfs net die partye se persepsie van die magsbalans tussen hulle is genoeg om hul interaksie te beïnvloed. Sien Brown & Marriott *ADR Principles and Practice* 349.

¹²² Mnookin (1985) *U Mich JL Reform* 1025; Brown & Marriott *ADR Principles and Practice* 349.

¹²³ O Fiss “Against Settlement” (1984) 93 *Yale LJ* 1073 1076; Mnookin (1985) *U Mich JL Reform* 1026: “A party who has no immediate need for settlement, enjoys negotiations, and has plenty of resources to pay a lawyer, has an obvious advantage over an impatient opponent who hates negotiations, and cannot afford to wait.”

¹²⁴ O Shapira “Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation” (2012) 54 *S Texas LR* 281 284-285; Mnookin (1985) *U Mich JL Reform* 1019.

¹²⁵ JW Stempel “Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role” (1997) 24 *Fla St U LR* 949 976-977; Shapira (2012) *S Texas LR*

bevoordeel en is die uitkomst van die bemiddelingsproses nie meer 'n ware resultaat van konsensus nie.¹²⁶

Die gevaar van ongelyke magsbalanse en bedingingsmag is spesifiek relevant in gevalle van geslagsgebaseerde magsbalanse;¹²⁷ diskriminasie-dispute;¹²⁸ wesenlike ongelykhede in hulpbronne (byvoorbeeld 'n privaat individu teenoor 'n korporasie of regeringsentiteit); en familie- of huishoudelike geweld.¹²⁹

Dit blyk dus dat die gebrek aan formaliteite en die afwesigheid van prosedurele veiligheidsmeganismes 'n aantal behoeftes daarstel.¹³⁰ Susskind identifiseer die behoefte aan verbeterde regverdigheid, effektiwiteit, stabiliteit, en die "wysheid" van die uitkomst van die proses.¹³¹ Ury, Brett en Goldberg lys laer transaksiekostes; die partye se tevredenheid met die uitkomst van die proses; die effek wat die proses op die verhouding tussen die partye het; en die mate van finaliteit waarmee die geskil besleg word.¹³² Soortgelyk hieraan identifiseer Constantino en Merchant prosedurele doeltreffendheid en effektiwiteit; die aard en duursaamheid van uitkomst; die partye se tevredenheid met die proses; die effek op hul verhouding; en die aard van die

285. Galtung verwys na sulke faktore as "*culturally illegitimate conditions*". Sien J Galtung "Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm" (1965) 3 *J Peace Res* 348 365.

¹²⁶ MA Eisenberg "The Bargain Principle and Its Limits" (1982) 95 *Harv LR* 741 763-765; Mnookin (1985) *U Mich JL Reform* 1022; Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 924; Brown & Marriott *ADR Principles and Practice* 340; Boulle & Rycroft *Mediation* 53.

¹²⁷ RM Field "Mediation and the Art of Power (Im)Balancing" (1996) 12 *QUTLJ* 264 267-268; T Grillo "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women" (1991) 100 *Yale LJ* 1545 1561; Boulle & Rycroft *Mediation* 54.

¹²⁸ Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 915. Sien ook D Tannen *You Just Don't Understand: Men and Women in Conversation* (1990); ET Hall *The Silent Language* (1959); K Holloway *Codes Of Conduct: Race, Ethics, and the Color of Our Character* (1995).

¹²⁹ Field (1996) *QUTLJ* 266.

¹³⁰ HT Edwards "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema" (1985) 99 *Harv LR* 668 671, 682; De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 142.

¹³¹ Susskind & Cruikshank *Breaking the Impasse* 21-32.

¹³² WL Ury, JM Brett & SB Goldberg *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict* (1988) 11-13.

uitkomste as deurslaggewende faktore vir 'n regverdige proses.¹³³ Smith en Martinez lys die mate waartoe die proses verskillende persepsies van sosiale en maatskaplike norme, soos geregtigheid en regverdigheid, kan bestuur.¹³⁴ Laastens onderskei Sundermann tussen die behoeftes van die partye (beskikbaarheid van bemiddelingsdienste; die doeltreffendheid daarvan; die neutraliteit van die bemiddelaar; en die afname in teenswoordige en toekomstige konflik) en die behoefte aan die handhawing van die sosiale orde (die verligting van druk op die howe; die beskerming van die publiek teen swak dienste; die versekering van 'n regverdige proses; en die bevordering van die finaliteit van ooreenkomste wat bereik word, sowel as die handhawing van hierdie ooreenkomste deur die partye).¹³⁵ Ter opsomming kan al hierdie verlangde uitkomste beskryf word as 'n behoefte aan prosedurele regulering.

Die bogenoemde wye verskeidenheid van behoeftes het duidelik belangrike implikasies in terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma. Daar is duidelik 'n behoefte aan prosedurele regverdigheid en die toepassing van meganismes wat dit kan verseker. Sulke meganismes sal egter per definisie 'n beperkende invloed hê op die buigsaamheid en aanpasbaarheid van die bemiddelingsproses.¹³⁶ Press beskryf hierdie dilemma as volg:

“Mediation is by nature supposed to be a flexible process, and what we have seen over the course of institutionalization is that every year there are more procedures, more rules, more standards, more grievance procedures, more laws. There are more and more layers, and with each layer we add we know why we're adding it, we think that it's important to add it because there are further protections that are needed. And yet when all is said and done, is it overly rigidifying a process that was meant to be flexible?”¹³⁷

¹³³ C Costantino & CS Merchant *Designing Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations* (1996) 168-189.

¹³⁴ S Smith & J Martinez “An Analytic Framework for Dispute Systems Design” (2009) 14 *Harv Neg LR* 123 128.

¹³⁵ Sundermann (1985) *Houston LR* 842.

¹³⁶ Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 925-926.

¹³⁷ Alfani *et al* (1994) *Ohio St J Disp Resol* 319.

Geen model van bemiddeling maak dit tans moontlik om met sekerheid te bepaal of die bemiddelingsproses wel regverdig kan wees en gevolg kan gee aan regverdige uitkomst nie. Dit is inderwaarheid selfs 'n wesenlike uitdaging om net inhoud te gee aan die konsep van regverdigheid in bemiddeling. Verder laat die huidige konseptualisering van diversiteit as prosedurele buigzaamheid, soos hierbo uiteengesit, nie 'n werklike ontleding van die impak van prosedurele regulering toe nie.

2 3 3 Die regulering van standaarde

Wat bemiddeling die duidelikste onderskei van blote informele onderhandelinge is die betrokkenheid van 'n derde party – die bemiddelaar – wie die onderhandelingsproses fasiliteer.¹³⁸ In terme van die verskillende alternatiewe vir geskilbeslegting is die rol van die bemiddelaar uniek.¹³⁹ Dit is haar verantwoordelikheid om die onderhandelinge vanuit 'n dooie punt te beweeg na 'n punt waar versoenbare doelwitte moontlik gemaak word.¹⁴⁰ Die bemiddelaar moet dit egter op 'n onpartydige en onafhanklike wyse doen, sonder om besluite namens die partye te neem.¹⁴¹ Dit is uiteindelik slegs die partye se verantwoordelikheid om besluite te neem en oplossings te identifiseer wat 'n einde aan hul dispuut kan bring.¹⁴² Die partye behou dus die outonomie om hul eie proses voor te skryf en om op 'n gepaste uitkoms tot die proses te besluit.¹⁴³

In die algemeen is bemiddelaars op onder andere die volgende wyses betrokke by die bemiddelingsproses:

- Die bemiddelaar moedig direkte en persoonlike kommunikasie tussen die

¹³⁸ Boule (2012) *SAJHR* 9; Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 11.

¹³⁹ Van den Berg *Alternatiewe Geskilbeslegting* 107; Moore *The Mediation Process* 14.

¹⁴⁰ Faris *Alternative Dispute Resolution* 157. Waar daar in hierdie studie na die vroulike verwys word, sluit dit ook die manlike in en omgekeerd, tensy spesifiek anders vermeld.

¹⁴¹ Brand *et al Commercial Mediation* 26.

¹⁴² M Robert *Mediation in Family Disputes* (2008) 12-14.

¹⁴³ AJ van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* DPhil proefskrif Stellenbosch (1988) 36. Die keuse om die bemiddelingsproses te verlaat as hulle sou wou word hierby ingesluit.

- partye aan, maar kan ook besluit om privaat met die partye te kookus;
- verstaan wat hul behoeftes en die ter sprake kwessies behels en verseker die partye dat daar noukeurig na hulle geluister word;¹⁴⁴
 - verhoed persoonlike aanvalle tussen die partye, of ander teenproduktiewe of destruktiewe optrede;¹⁴⁵
 - help die partye om hulself tot die beste van hul vermoëns uit te druk, en verhoed dat een party die ander oordonder in die onderhandelinge;¹⁴⁶
 - is aktief betrokke in die interpretasie en herformulering van die partye se stellings en standpunte;
 - verseker dat die partye se fokus op toekomstige remedies gerig word, en nie slegs op die toekenning van skuld nie;¹⁴⁷ en
 - stel die konfliktsituasie aan die partye op wyses wat meerdere oplossings daarvoor moontlik maak, help die partye om die beste en slegste moontlike uitkomst tot die verrigtinge te begryp, en verseker dat die partye se verwagtinge realisties bly.¹⁴⁸

Die bemiddelaar oefen dus op talle verskillende wyses beheer uit oor die interaksie tussen die partye.

Hoe die bemiddelaar te werk gaan om die bemiddelingsproses te fasiliteer kan wesenlik verskil van geval tot geval.¹⁴⁹ Die aard van die dispuut, die verhouding tussen die partye, hul subjektiewe behoeftes en verwagtinge, sowel as die bemiddelaar se eie ideologie van bemiddeling is net enkele van die faktore wat

¹⁴⁴ R Fisher, W Ury & B Patton *Getting to Yes: Negotiation Agreement Without Giving In* 2^{de} uitg (1991) 41-43.

¹⁴⁵ AM Davis & RA Salem "Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes" (1984) 6 *MQ* 17 20-21.

¹⁴⁶ Grillo (1991) *Yale LJ* 1563.

¹⁴⁷ Grillo (1991) *Yale LJ* 1563.

¹⁴⁸ RD Benjamin "The Constructive Uses of Deception: Skills, Strategies, and Techniques of the Folkloric Trickster Figure and Their Application by Mediators" (1995) 13 *MQ* 3 15-16.

¹⁴⁹ A Boon, R Earle & A Whyte "Regulating Mediators?" (2007) 10 *Legal Ethics* 26 49; Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 73.

bepaal hoe die bemiddelaar haar unieke rol en funksie vervul.

Bemiddeling geskied verder op hoogs geïnstitutionaliseerde sowel as informele wyses. Die rol van die bemiddelaar verskil dienooreenkomstig van geval tot geval. Hierdie rol kan verder vervul word deur verskillende tipes bemiddelaars, insluitende privaat individue, professionele bemiddelaars, regsgeleerdes, regeringsamptenare, godsdienstige figure, verteenwoordigers van nie-regerings en internasionale organisasies en selfs staatshoofde. Elkeen van hierdie bemiddelaars het 'n unieke stel persoonlike faktore, belange, perspektiewe en hulpbronne wat die interaksie tussen hulle en die partye beïnvloed.¹⁵⁰

Soos wat die institusionalisering van bemiddeling toeneem, raak dit duidelik dat daar 'n behoefte is aan meganismes wat kan verseker dat bemiddelaars wel bekwaam is om hul rol te vervul en dat die wyse waarop hulle hul funksie uitvoer aan minstens sekere minimum vereistes moet voldoen.¹⁵¹ Dit blyk inderwaarheid gevaarlik te wees om nie sulke standarde te hê nie, aangesien dit sou beteken dat enigiemand eenvoudig hulself kan voorhou as 'n bekwame bemiddelaar. Waar dit nie die geval is nie kan dit wesenlike skade doen aan die openbare persepsie van bemiddeling en gevolglik ook die aanvaarding en suksesvolle institusionalisering daarvan.

Sulke standarde en vereistes geld lank reeds vir regters, landdroste en soortgelyke voorsittende beamptes en word ook toenemend toegepas op arbiters.¹⁵² Die behoefte aan soortgelyke standarde vir 'n bemiddelaar is spesifiek relevant in die Suid-Afrikaanse konteks, waar die bemiddelingreëls potensieel daartoe kan lei dat talle meer dispute in die nabye toekoms na bemiddeling verwys sal word.¹⁵³

Bogenoemde standarde en vereistes word beskryf as die regulering van

¹⁵⁰ J Bercovitch "Mediation Success or Failure: A Search for the Elusive Criteria" (2006) 7 *Cardozo J Conflict Resol* 289 299.

¹⁵¹ Sundermann (1985) *Houston LR* 841; Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 49; Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 79.

¹⁵² Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 26.

¹⁵³ Sien vn 56 en 63 hierbo.

standaarde. Die regulering van standaarde het dit ten doel om te verseker dat bemiddelaars wel bekwaam is om hul rol te vervul en dat die wyse waarop hulle hul funksie uitvoer aan minstens sekere minimum vereistes voldoen.¹⁵⁴ Die regulering van standaarde stel dus kwalitatiewe standaarde vir die erkenning, akkreditasie of sertifisering van bemiddelaars.¹⁵⁵ Sulke standaarde behels tipies minimum vereistes in terme van die opleiding, kennis, vermoë, ervaring en kwalifikasies waaraan daar voldoen moet word voordat 'n persoon as 'n bemiddelaar kan optree.¹⁵⁶

Die opleiding van bemiddelaars en die identifisering van minimum vereistes word noodwendig gedoen binne 'n normatiewe raamwerk of 'n spesifieke ideologiese benadering tot bemiddeling, die bemiddelingsproses en die aard en omvang van die bemiddelaar se rol.¹⁵⁷ Sulke normatiewe raamwerke of ideologieë bepaal dus hoe bemiddelaars hul funksie verstaan en gevolglik ook hoe hulle die bemiddelingsproses fasiliteer.¹⁵⁸ Dit is daarom duidelik dat die regulering van standaarde 'n daadwerklike impak op die bemiddelingsproses het.

In terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma verteenwoordig die regulering van standaarde 'n uitdaging wat veel meer fundamenteel is as net 'n impak op prosedurele buigsamheid. Dit spreek tot die standaardisering van die bemiddelaar se rol binne 'n spesifieke ideologiese raamwerk wat uiteindelik 'n beperkende impak het op hoe die bemiddelaar haar funksie gaan verrig. Hierdie ideologiese raamwerk het verder in die algemeen verreikende implikasies – spesifiek in terme van die opleiding van bemiddelaars, die wyses waarop bemiddeling toenemend aangewend word en die uiteindelige beeld van bemiddeling in die samelewing. Om hierdie rede is dit spesifiek belangrik om die aard en omvang van die impak van die regulering

¹⁵⁴ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 49; Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 79.

¹⁵⁵ Alexander (2008) *QUTLJJ* 14.

¹⁵⁶ Boulle (2012) *SAJHR* 12; Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 154-155.

¹⁵⁷ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 79.

¹⁵⁸ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 31; Alexander (2008) *QUTLJJ* 14.

van standarde volledig te ontleed.

Ter opsomming is dit duidelik dat elkeen van hierdie uitlopende vorme van regulering unieke uitdagings daarstel in terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma. Verder is dit duidelik dat die bestaande konseptuele benadering tot diversiteit, sowel as die wyses waarop die bemiddelingsproses gemodelleer word, nie 'n voldoende teoretiese basis daarstel vir die ontleding van hierdie uitdagings nie.

2 4 Gevolgtrekking

Die drie vorme van regulering wat hierbo bespreek is, tesame met die unieke uitdagings wat elkeen stel in terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma, illustreer dat die konsep van diversiteit in bemiddeling noodwendig meer behels as net prosedurele buigsaamheid en die uitgebreide funksionaliteit van bemiddeling. Hierdie uitdagings verg dat daar werklike inhoud aan hierdie konsep gegee word.

Verder illustreer bogenoemde uiteenlopende uitdagings dat die leemte van 'n teoretiese onderbou van diversiteit in bemiddeling 'n daadwerklike struikelblok vir effektiewe regulering daarstel. Die bestaande perspektiewe van diversiteit en die wyses waarop die bemiddelingsproses gemodelleer word maak dit nie tans moontlik om die werklike impak van regulering in terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma te ontleed nie.

Die bespreking in hierdie hoofstuk het bevestig dat daar 'n behoefte bestaan vir 'n teoretiese model van bemiddeling ingevolge waarvan die impak van bestaande of voorgestelde regulatoriese maatreëls op die bemiddelingsproses bepaal kan word. Dit is ook 'n onderliggende vereiste dat die model moet verklaar hoekom diversiteit 'n eienskap van bemiddeling is en wat hierdie diversiteit daadwerklik behels. Soos hierbo uiteengesit, is so 'n model uiteindelik kern tot die ontwerp van regulatoriese maatreëls wat effektief is in die bereiking van regulatoriese doelwitte en wat werklike behoeftes vir standaardisering en konsekwentheid aanspreek, terwyl die fundamentele eienskappe van die bemiddelingsproses steeds beskerm en verseker word.

HOOFSTUK 3: BEMIDDELING AS KOMPLEKSE STELSEL

3 1 Inleiding

Ingevolge die diversiteit-konsekwenheid dilemma bestaan daar 'n onvermydelike botsing tussen die inherent privaat en informele aard van bemiddeling en die rigiditeit, formaliteit en voorskriftelikheid van regulering.¹⁵⁹ Die dilemma impliseer verder dat die ontwerp van effektiewe en gepaste regulatoriese maatreëls vir bemiddeling verg dat die regulatoriese behoeftes wat by wyse van hierdie regulering aangespreek word, sowel as die daadwerklike impak van sulke regulatoriese maatreëls, in terme van beide diversiteit en konsekwenheid ontleed moet word.¹⁶⁰ Die doel van hierdie hoofstuk is om 'n teoretiese model van bemiddeling te omskryf wat so 'n ontleding moontlik maak.

Hierdie model moet 'n aantal vereistes bevredig. Eerstens moet die model dit moontlik maak om te bepaal of die behoefte aan regulering regverdigbaar is in terme van die diversiteit van die bemiddelingsproses. As regulering 'n noodwendige beperkende impak op die diversiteit van die bemiddelingsproses het, kan 'n behoefte aan regulering net regverdigbaar wees as dit duidelik is dat die bemiddelingsproses nie self daartoe in staat is om die vereiste sekerheid en konsekwenheid te laat realiseer nie. Die eerste vereiste impliseer dus dat daar bepaal moet word waartoe die bemiddelingsproses werklik in staat is. Die tweede vereiste is dat die model dit moontlik moet maak om die impak van bestaande of voorgestelde regulatoriese maatreëls op die bemiddelingsproses – en spesifiek die diversiteit-element – te ontleed. Hierdie vereiste spreek dus tot die effektiwiteit van die regulatoriese maatreëls.

Onderliggend tot beide hierdie vereistes is dat 'n model van bemiddeling die totstandkoming van die diversiteit-element, waaraan bemiddeling so geredelik

¹⁵⁹ N Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform" in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 132 145-146, 167-168; N Alexander "Mediation and the Art of Regulation" (2008) 8 *QUTLJJ* 1 2.

¹⁶⁰ Alexander (2008) *QUTLJJ* 11.

gekenmerk word, moet kan verklaar en inhoud daaraan kan gee. Soos reeds aangetoon in die vorige hoofstuk, kan daar nie inhoud aan die diversiteit-element gegee word as die realisering daarvan eenvoudig as 'n gegewe aanvaar word nie.¹⁶¹

In hierdie hoofstuk word die argument gevoer dat 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling bogenoemde vereistes kan bevredig. Anders as die bestaande modelle van bemiddeling, waarna daar in die vorige hoofstuk verwys is,¹⁶² kan 'n kompleksiteitsmodel dien as die basis vir 'n omvattende en gedetailleerde ontleding van die bemiddelingsproses. Hierdie model is gebaseer op die aanname dat die terme "stelsel" en "kompleksiteit", wat spesifieke analitiese en konseptuele implikasies het, eienskappe van die bemiddelingsproses is. In die eerste gedeelte van hierdie hoofstuk word hierdie aanname verdedig. Op die basis van hierdie bespreking word daar in die tweede gedeelte gefokus op die kenmerke van kompleksiteit en die implikasies wat dit inhou vir die modellering van bemiddeling. Op grond van hierdie kenmerke sal daar bewys word dat 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling die vereistes wat gestel word deur die diversiteit-konsekwentheid dilemma kan bevredig. Ten laaste sal die bespreking in hierdie hoofstuk aandui dat diversiteit 'n gevolg is van die kompleksiteit waaraan die bemiddelingsproses gekenmerk word. Die inhoud van die diversiteit-element word vervolgens aan die hand van hierdie kompleksiteit omskryf.

3 2 Bemiddeling as 'n stelsel

3 2 1 Definisie van 'n stelsel

Die definisie van 'n stelsel word geformuleer binne die konteks van Algemene

¹⁶¹ Sien bv L Boule & A Rycroft *Mediation: Principles, Process, Practice* (1997) 33-34; M de Jong *Egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika: 'n Vergelykende Studie* LLD proefskrif UNISA (2002) 138; JA Faris *An Analysis of the Theory and Principles of Alternative Dispute Resolution* LLD proefskrif UNISA (1995) 168-170; J Brand, F Steadman & C Todd *Commercial Mediation: A User's Guide* (2012) 24.

¹⁶² Sien par 2 2 2 hierbo.

Stelselteorie.¹⁶³ Hierdie “teorie”¹⁶⁴ stel dat die konsep van ’n stelsel belangrik is vir analitiese doeleindes, aangesien dieselfde algemene beginsels en kenmerke vir alle stelsels geld.¹⁶⁵ “Algemeen” dui dus daarop dat daar onder een term (“stelsel”) verwys kan word na al die modelle, beginsels en reëls wat van toepassing is op saamgestelde eenhede, ongeag die tipe stelsel, die aard van die dele waaruit dit saamgestel is, die verhoudings en kragte tussen daardie dele, of die konteks waarin dit funksioneer.

’n Stelsel word gedefinieer as ’n groepering van elemente wat interaktief verkeer as ’n identifiseerbare eenheid van interafhanklikheid.¹⁶⁶ Hierdie definisie behels drie vereistes:

- i. ’n Stelsel word saamgestel uit identifiseerbare tasbare of ontasbare

¹⁶³ Die term “algemene stelselteorie” of “*General Systems Theory*” (GST) is die vertaling van Von Bertalanffy se term “*Allgemeine Systemlehre*”. Sien W Hofkirchner & M Schafranek “General Systems Theory” in C Hooker (red) *Philosophy of Complex Systems* (2011) 177-177.

¹⁶⁴ Von Bertalanffy het self geglo dat die term “*lehre*” liewers vertaal moes word as “*doctrine*”, en nie “teorie” nie, aangesien hy dit wou onderskei van tradisionele wetenskaplike teorieë, wat gewoonlik ’n beperkte doel, objek van ondersoek of metodiek behels. Die omvang van Algemene Stelselteorie, wat gemik is op die ondersoek van gemene kenmerke en eienskappe van saamgestelde elemente – stelsels – behels meer as net ’n teorie. Algemene Stelselteorie dien in hierdie sin as ’n “meta-teorie” wat inderwaarheid ’n nuwe paradigma (*weltanschauung*) daarstel vir die ondersoek van wetenskaplike en menslike stelsels. Vir ’n meer volledige geskiedenis van die ontwikkeling hiervan, sien R Preiser *The Problem of Complexity: Re-Thinking the Role of Critique* DPhil proefskrif Stellenbosch (2012) 43-61; L von Bertalanffy “The History and Status of General Systems Theory” (1972) 15 *AMJ* 407; C Hooker “Introduction to Philosophy of Complex Systems” in C Hooker (red) *Philosophy of Complex Systems* (2011) 1-9-20; Hofkirchner & Schafranek “General Systems Theory” in *Philosophy of Complex Systems* 177-179.

¹⁶⁵ L von Bertalanffy *General System Theory: Foundations, Development, Applications* (1968) 32; DL Kauffman *Systems One: An Introduction to Systems Thinking* (1980) 1, 25-28; Preiser *Complexity* 49. Sien ook C Hooker (red) *Philosophy of Complex Systems* (2011) vir ’n illustrasie van die diverse toepassing van Algemene Stelselteorie in verskillende wetenskaplike velde.

¹⁶⁶ DH Meadows *Thinking in Systems: A Primer* (2009) 2; LM LoPucki “A Systems Approach to Law” (1997) 82 *Cornell LR* 479-482; CH de Coning *Complexity, Peacebuilding and Coherence: Implications of Complexity for the Peacebuilding Coherence Dilemma* DPhil proefskrif Stellenbosch (2012) 117; Kauffman *Systems Thinking* 2.

elemente.¹⁶⁷

- ii. Hierdie samestellende elemente moet *interaktief* verkeer. Interaksie sal tipies die uitruil of vloeï van energie, inligting of bepaalde stoflike elemente behels. Die vorm van interaksie sal afhanklik wees van die tipe stelsel.¹⁶⁸ Die beheer en regulering van hierdie vloeï maak ook deel uit van die interaksie binne die stelsel.
- iii. Die interaksie moet gevolg gee aan 'n *interafhanklike* geheel. In die afwesigheid van een of meer van die samestellende elemente sal daardie selfde stelsel dus nie tot stand kom nie. Die elemente van 'n stelsel kan gevolglik per definisie nie hiërargies wees nie – die stelsel is die resultaat van al die interaksie tussen alle samestellende elemente. Sekere elemente kan nie “meer belangrik” wees vir die funksionering van die stelsel as 'n geheel nie.¹⁶⁹ Dit beteken egter nie dat sekere elemente nie meer interaktiwiteit as ander kan toon nie.

Dit is duidelik dat die definisie van 'n stelsel besonder breed is. Enige groepering van elemente sal as 'n stelsel beskou kan word, mits die organisasie daarvan as 'n

¹⁶⁷ LoPucki (1997) *Cornell LR* 482; Kauffman *Systems Thinking* 2. Elke samestellende element kan uit verdere samestellende dele (sub-elemente) bestaan wat in eie reg ook stelsels kan wees. Dit beteken dat stelsels binne stelsels kan bestaan.

¹⁶⁸ Meadows *Thinking in Systems* 17-34.

¹⁶⁹ Meadows *Thinking in Systems* 17. Hierdie beginsel kan as volg geïllustreer word: 'n Motor is 'n voorbeeld van 'n meganiese stelsel wat uit duisende verskillende elemente bestaan en waarvan die primêre funksie is om sonder eksterne invloed van een plek na 'n ander te beweeg. Die versoeking bestaan om die enjin as die belangrikste element te ag, aangesien dit verantwoordelik is vir die dryfkrag wat gevolg gee aan die vereiste momentum van die motor. Sonder die wiele beteken die funksie van die enjin egter niks nie – die motor sal op dieselfde plek bly, wat beteken dat die funksie daarvan nie verrig kan word nie. Die enjin speel dus nie 'n meer deurslaggewende rol binne die stelsel as 'n geheel as enige ander element wat uiteindelik beweging moontlik maak nie. Die enjin kan natuurlik as 'n stelsel in eie reg beskou word, maar dan is die funksie daarvan om energie te verskaf en nie meer om 'n motor te beweeg nie. As sub-stelsel maak die funksie van die enjin dus uiteindelik deel uit van die omvattende funksie van die motor, maar kan nie as substituuat daarvoor gesien word nie.

geheel 'n funksie is van die interaksie tussen daardie samestellende elemente.¹⁷⁰ Dit moet egter beklemtoon word dat die definisie van 'n stelsel nie slegs dien ter identifisering van 'n stelsel nie – dit is die implikasies van hierdie definisie wat spesifiek vir analitiese doeleindes belangrik is.¹⁷¹

Die definisie van 'n stelsel impliseer dat die vorm, funksie en eienskappe van 'n stelsel 'n gevolg is van die interaksie tussen 'n versameling interafhanklike elemente.¹⁷² 'n Stelsel kan dus nie met absolute sekerheid vooraf ontwerp word nie. Daar is natuurlik stelsels (soos meganiese of elektriese stelsels) wat spesifiek ontwerp is om 'n bepaalde funksie te verrig, of om oor bepaalde eienskappe te beskik. Daar kan in sulke gevalle selfs met relatiewe sekerheid vooraf bepaal word hoe die interaksie tussen die samestellende elemente gaan plaasvind. Dit is egter belangrik om te beseef dat die uiteindelijke daadwerklike vorm, funksie en eienskappe van die stelsel 'n gevolg is van die geheel wat werklik tot stand kom, en nie die aanvanklike ontwerp nie.¹⁷³

By meer ingewikkelde stelsels – soos rekenaarstelsels – is dit meermale die geval dat die stelsel keer op keer nie die beoogde funksie suksesvol verrig nie. In sulke gevalle word verdere aanpassings of veranderinge geveeg aan die samestellende elemente, die verhouding tussen die elemente, en/of die wyse waarop interaksie plaasvind, ten einde die voorafbepaalde funksie te laat realiseer.

Dit is ook moontlik dat 'n stelsel heeltemal spontaan, sonder 'n ontwerper wat 'n doel daarvoor beoog, tot stand kom. Die primêre voorbeeld van sulke spontane

¹⁷⁰ E Morin *Towards a Study of Humankind, Vol 1: The Nature of Nature* (1992) 99; E Morin "Organization and Complexity" (1999) 879 *Ann NY Acad Sci* 115 115: "[T]he whole interrelation, if it has stability or regularity, acquires an organized character and produces a system."

¹⁷¹ E Morin "From the Concept of System to the Paradigm of Complexity" (1992) 15 *J Soc Evol Systems* 371 371.

¹⁷² JB Ruhl "Law's Complexity: A Primer" (2008) 24 *Georgia St U LR* 885 894.

¹⁷³ As die ontwerper van 'n motor oor die nodige kennis beskik kan hy redelik seker wees dat die motor wat hy ontwerp wel gaan kan beweeg, maar die uiteindelijke beweging van die motor is nie 'n produk van hierdie redelike verwagting nie – dis 'n funksie van die meganiese interaksie tussen die samestellende dele van die motor.

georganiseerde interaksie is sosiale stelsels – oftewel menslike interaksie.¹⁷⁴

3 2 2 Eienskappe van 'n stelsel

Aangesien die geheel wat tot stand kom 'n produk is van georganiseerde interaksie, beskik daardie geheel oor eienskappe wat nie bestaan het in terme van die samestellende elemente in afsondering van mekaar nie.¹⁷⁵ Die enjin van 'n motor sou nie vorentoe kon beweeg sonder dat dit aan wiele gekoppel is nie en die wiele sou nie rigting kon verander sonder 'n stuurmeganisme nie. Die mobiliteit van 'n voertuig is dus 'n eienskap wat voortvloei vanuit die funksionering van die stelsel as 'n geheel. Sulke eienskappe is 'n produk van, of “kom na vore” vanuit die interaksie tussen die elemente en die wyses waarop hierdie interaksie georganiseer is – “*they are emergent*”.¹⁷⁶ Hierdie self-voortkomende eienskappe impliseer dat 'n stelsel dus meer is as die som van die samestellende dele daarvan.¹⁷⁷

Die self-voortkomende eienskappe van stelsels impliseer verder dat 'n stelsel nie slegs reduksionisties ontleed word nie. Reduksionisme veronderstel dat iets die som is van sy samestellende dele.¹⁷⁸ Ten einde iets in die geheel te verstaan is dit dus nodig om die dele waaruit dit bestaan afsonderlik te analiseer en dan weer bymekaar te sit. Hierdie metodiek kan nie aangewend word ten einde 'n stelsel te ontleed nie. Wanneer iets afgebreek word tot die samestellende elemente daarvan gaan die organisasie van daardie elemente binne die geheel verlore. 'n Stelsel is 'n struktuur

¹⁷⁴ Sien RK Sawyer *Social Emergence: Societies as Complex Systems* (2005).

¹⁷⁵ Preiser *Complexity* 68, met verwysing na E Morin “Complexity” (1974) XXVI *Int Soc Sci J* 555–582.

¹⁷⁶ E Morin “Restricted Complexity, General Complexity” in C Gershenson, D Aerts & B Edmonds (reds) *Worldviews, Science and Us: Philosophy and Complexity* (2007) 5–11. Die kenmerk van “*emergence*” – of self-voortkoming – is geensins 'n nuwe konsep nie. Sien Preiser *Complexity* (2012) 68, met verwysing na Aristoteles *Metaphysics* (1952): “[I]n the case of all things that have several parts and in which the whole is not like a heap, but is a particular something besides the parts, there must be some such uniting factor.”

¹⁷⁷ Meadows *Thinking in Systems* 188; Ruhl (2008) *Georgia St U LR* 885–894 vn 28: “*Emergence [is the] complicated global patterns emerging from local or individual interaction rules between parts of a system.*”

¹⁷⁸ Kauffman *Systems Thinking* 1.

van verhoudinge met eienskappe wat uniek is tot die geheel daarvan.¹⁷⁹ Om 'n stelsel te reduseer beteken dus dat die eienskappe waaroor die geheel beskik – en wat spesifiek vir analitiese doeleindes belangrik is – verlore gaan.

Algemene Stelselteorie skryf gevolglik ook nie 'n enkele metodiek voor vir die ontleding en modellering van stelsels nie. Dit behels eerder die integrasie van verskillende komplimentêre analitiese, holistiese, beskrywende en normatiewe benaderings.¹⁸⁰

3 2 3 Bemiddeling in stelsel terme

Ingevolge die Algemene Stelselteorie is die konseptuele en analitiese implikasies van stelsels van toepassing op alle interafhanklike groeperings van interaktiewe elemente.¹⁸¹ Dit volg hieruit dat dieselfde implikasies vir bemiddeling geld, mits daar getoon kan word dat bemiddeling voldoen aan al die vereistes van 'n stelsel. Die toepaslikheid van die vereistes van 'n stelsel op bemiddeling word vervolgens ondersoek.

Vereiste 1: Samestellende elemente

Enige bemiddelingsproses sal die betrokkenheid van bepaalde rolspelers vereis, naamlik die partye tot 'n dispuut en 'n bemiddelaar. Die partye is die primêre en outonome besluitnemers tydens bemiddeling, beide ten opsigte van die proses en die uitkomst daarvan.¹⁸² Aangesien dit die partye se belange en doelwitte is wat onderhandel word, is dit voor die handliggend dat die meeste interaksie ook tussen hulle sal plaasvind. Die behoefte aan hierdie interaksie is meermale inderwaarheid

¹⁷⁹ Morin (1999) *Ann NY Acad Sci* 115.

¹⁸⁰ Hofkirchner & Schafranek "General Systems Theory" in *Philosophy of Complex Systems* 178.

¹⁸¹ Sien par 3 2 1 hierbo.

¹⁸² JG Mowatt "Some Thoughts on Mediation" (1988) 105 *SALJ* 702 730. KJ Hopt & F Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 3 12. Dit beteken nie dat die partye se outonomie nie in sekere opsigte beperk kan word nie. Sien Boule & Rycroft *Mediation* 9.

hul primêre motivering om van bemiddeling gebruik te maak.

Die partye is natuurlik ook daartoe in staat om hierdie interaksie privaat te hê, in die vorm van informele onderhandelinge. Wat bemiddeling egter onderskei van sulke onderhandelinge is die betrokkenheid van 'n bemiddelaar – 'n derde ekstern tot die dispuut wat die onderhandelingsproses fasiliteer.¹⁸³

Aangesien bemiddeling per definisie nie plaas kan vind in die afwesigheid van óf die partye óf die bemiddelaar nie, verteenwoordig hierdie persone die samestellende elemente van die bemiddelingstelsel.¹⁸⁴

Vereiste 2: Interaktiwiteit

Enige geskilbeslegtingsproses is per definisie interaktief. Hierdie interaksie behels tipies die wedersydse uitruil van inligting.¹⁸⁵ Sonder interaksie tussen minstens van die rolspelers kan daar nie sprake wees van 'n proses nie. Ten einde 'n bemiddelingsproses te laat realiseer, moet daar dus ook wedersydse interaksie tussen die partye en die bemiddelaar wees.

In die geval van bemiddeling is dit spesifiek noodsaaklik dat elke rolspeler interaktief met die ander rolspelers moet verkeer – alhoewel die mate van interaktiwiteit van geval tot geval kan verskil. Die proses sal beslis nie beskou kan word as bemiddeling as die bemiddelaar totaal passief is nie.¹⁸⁶ Net so sal die proses

¹⁸³ Faris *Alternative Dispute Resolution* 157.

¹⁸⁴ Alhoewel hierdie samestellende elemente vanselfsprekend is, moet daar onthou word dat daar talle verdere elemente is (soos agente, prinsipale, regsverteenwoordigers en regsamptenare) wat op 'n minder direkte wyse ook die proses kan beïnvloed. Sien LoPucki (1997) *Cornell LR* 504.

¹⁸⁵ JB Ruhl "Thinking of Mediation as a Complex Adaptive System" (1997) 1997 *Brigham Young U LR* 777 785.

¹⁸⁶ In so 'n geval sal dit meer akkuraat wees om die proses te beskryf as privaat onderhandeling. Sien par 1 1 1 en 2 3 3 hierbo, sowel as hoofstuk 6 vir 'n volledige ontleding van die rol van die bemiddelaar.

inderwaarheid 'n fiksie wees as een van die partye se deelname totaal ontbreek.¹⁸⁷

Vereiste 3: Interafhanklikheid

Anders as wat die geval is by die meeste ander vorme van geskilbeslegting – waar die struktuur van interaksie ekstern tot die proses geskep word en dan daarop afgedwing word – is die struktuur van die bemiddelingsproses suiwer 'n produk van die interaksie tussen die partye en die bemiddelaar.¹⁸⁸ Daar is dus geen struktuur ekstern tot die bemiddelingsproses self nie.¹⁸⁹ Dit impliseer dat die partye nie eenvoudig “deelneem” aan bemiddeling nie, aangesien “deelname” veronderstel dat die partye betrokke raak by iets wat reeds bestaan of iets wat geskep is ten einde hulle die geleentheid te gee om daarby betrokke te raak. Die realiteit is dat die proses geskep word *deur* die partye se deelname, en nie *vir* hul deelname nie.¹⁹⁰

As een van die partye sou besluit om die bemiddelingsproses te verlaat, sal dit noodwendig 'n einde bring aan daardie proses. Net so kan daar nie sprake van bemiddeling wees sonder die betrokkenheid van 'n bemiddelaar nie.¹⁹¹ Die bemiddelingsproses impliseer dus 'n voortgesette verhouding van interafhanklikheid tussen hierdie rolspelers. Hulle word saam gebind as 'n interafhanklike geheel deur die gedeelde verantwoordelikheid vir geskilbeslegting wat op elkeen van hulle rus.¹⁹²

Bemiddeling verskil duidelik in hierdie konteks van litigasie en arbitrasie, waar die verhouding tussen die partye 'n gevolg is van die proses wat hul betrokkenheid

¹⁸⁷ Soos reeds uitgewys is die vrywillige voortgesette deelname van die partye 'n kenmerk wat bemiddeling onderskei van formele geskilbeslegtingsmeganismes. Sien par 2 3 2 hierbo, sowel as as die bespreking in hoofstuk 4 vir 'n volledige ontleding van vrywilligheid.

¹⁸⁸ Faris *Alternative Dispute Resolution* 168-169; Brand *et al Commercial Mediation* 24; Boule & Rycroft *Mediation* 32.

¹⁸⁹ JA Faris "Deciphering the Language of Mediatorial Intervention in South Africa" (2006) 34 *CILSA* 427 427-440; Faris *Alternative Dispute Resolution* 168.

¹⁹⁰ Sien LL Fuller "Mediation - Its Forms and Functions" (1971) 44 *S Cal LR* 305 307: Bemiddeling is "*all process, and no structure*".

¹⁹¹ Sien vn 186 hierbo.

¹⁹² Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 12-13.

vereis.¹⁹³ By bemiddeling is daar geen so 'n vereiste nie.¹⁹⁴

Op grond van die bogenoemde drie vereistes is dit duidelik dat bemiddeling voldoen aan die algemene definisie van 'n stelsel. Bemiddeling kan gevolglik beskryf word as 'n proses van georganiseerde interaksie tussen die partye tot 'n dispuut en die bemiddelaar – oftewel 'n geskilbeslegtingstelsel.¹⁹⁵

3 3 Bemiddeling as 'n komplekse stelsel

3 3 1 Inleiding tot kompleksiteit

Sekere stelsels is vanselfsprekend meer ingewikkeld as ander stelsels. Daar kan in die breë 'n onderskeid getref word tussen eenvoudige en ingewikkelde stelsels. 'n Voorbeeld van 'n eenvoudige stelsel is 'n termostaat: 'n Eenvoudige meganisme neem veranderinge in temperatuur waar, kommunikeer dit aan die res van die stelsel en bring veranderinge in die uitsette van die stelsel (hitte wat vrygestel word of wat nie meer vrygestel moet word nie) teweeg. Daar bestaan 'n eenvoudige terugvoerlus tussen die insette en die uitsette waardeur stelselgedrag deurgaans gereguleer word. Die eenvoud van die stelsel lê daarin dat die enkele samestellende dele se aard en funksie ten volle ontleed kan word. Daar kan presies bepaal word wat die effek van die interaksie tussen hierdie elemente is.

Hierteenoor is 'n stelsel soos 'n motor meer ingewikkeld. Talle verskillende samestellende dele gee interaktief gevolg aan die funksie van die stelsel. 'n Ingewikkelde stelsel is egter steeds inherent eenvoudig in die sin dat die verskillende

¹⁹³ Om hierdie rede kan litigasie en arbitrasie nie as stelsels beskryf word nie. Dit is nie die interaksie tydens die onderskeie prosesse wat 'n verhouding van interafhanklikheid tot stand bring nie – die verhouding bestaan onafhanklik van hierdie interaksie.

¹⁹⁴ AJ van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* DPhil proefskrif Stellenbosch (1988) 36: Die partye behou die outonomie om hul eie proses voor te skryf en om vrywilliglik 'n uitkoms te aanvaar of te verwerp. Hulle kan dus ook kies om eerder die bemiddelingsproses tot 'n einde te bring sonder dat konsensus bereik word.

¹⁹⁵ J Bercovitch "Mediation Success or Failure: A Search for the Elusive Criteria" (2006) 7 *Cardozo J Conflict Resol* 289 291; GA Chornenki "Mediation: Entry Point Not Destination" (1999) 17 *Windsor Y B Access Just* 261 266; Ruhl (2008) *Georgia St U LR* 885 894.

samestellende dele geen vryheid van individuele aksie het nie. Elke element doen altyd dieselfde ding onder dieselfde omstandighede. Die effek van enige gegewe interaksie tussen bepaalde elemente kan dus met sekerheid bepaal word en is altyd dieselfde. Die stelsel is deterministies.¹⁹⁶ Gevolglik kan die stelsel as 'n geheel volledig geanaliseer word.

Daar bestaan egter stelsels wat nie gekenmerk word aan hierdie determinisme nie – stelsels wat uit soveel verskillende dele bestaan, en welke dele op soveel verskillende wyses dinamies interaktief verkeer, dat dit onmoontlik is om te bepaal watter aksies binne die stelsel lei tot bepaalde gevolge.¹⁹⁷ Hierdie stelsels word beskryf as *kompleks*.¹⁹⁸

Hughes gebruik 'n mier kolonie as 'n illustrasie van 'n komplekse stelsel:

“With a limited set of parts, each with a degree of freedom of conduct, but with each reacting only to local stimuli, the ant colony is capable of amazingly intricate, nondeterminative, and nonpredictive behavior. The behavior of the colony cannot be found residing within any single ant. However, the ants each behave based upon a simple set of rules, and when combined with the behavior of all of the other ants, produce complex, adaptive behavior.”¹⁹⁹

Sosiale netwerke is 'n verdere voorbeeld van komplekse stelsels. 'n Sosiale netwerk is 'n losweg gebonde versameling persone of groepe waarvan die voortbestaan van die voortgesette kollektiwiteit afhanklik is van die interaksies tussen daardie

¹⁹⁶ P Cilliers *Complexity and Postmodernism* (1998) 3.

¹⁹⁷ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 3: "I have heard it said (by someone from France, of course) that a jumbo jet is complicated, but that a mayonnaise is complex."

¹⁹⁸ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 2-3. Die onderskeid tussen eenvoudig en kompleks is nie altyd so duidelik soos wat intuïtief aangeneem word nie. Talle stelsels mag op die oog af eenvoudig lyk, terwyl die werking daarvan inderwaarheid merkwaardig kompleks is. Cilliers gebruik 'n plantblaar as 'n voorbeeld van 'n komplekse stelsel wat gewoonlik in terme van eenvoud beskryf word.

¹⁹⁹ SH Hughes "Understanding Conflict in a Postmodern World" (2004) 87 *Marquette LR* 681 685.

persone.²⁰⁰ Die aard van hierdie interaksie is besonder kompleks. Menslike besluitneming en gedrag word beïnvloed deur 'n onbepaalbare groot aantal verskillende subjektiewe veranderlikes, soos emosies, behoeftes, kultuur, gewoontes en waardes.²⁰¹ Sosiale kommunikasie is in eie reg 'n komplekse proses van subjektiewe interpretasie en konseptualisering.²⁰² Dit is gevolglik 'n onbegonne taak om die kousale verwantskappe tussen oorsaak en effek binne so 'n stelsel te identifiseer – die stelsel is eenvoudig te kompleks.

Net so is 'n land se ekonomie 'n komplekse samestelling van interaktiewe sub-stelsels (vervaardigingsektore; die arbeidsektor; banke; verbruikers; ensovoorts), met elkeen van hierdie sub-stelsels wat saamgestel word uit verdere sub-stelsels. Die mees fundamentele samestellende element van die ekonomie is uiteindelik die miljoene individuele sosiale besluitnemers wat interaktief daarin verkeer. Dit is onmoontlik om die effek van 'n enkele rolspeler se besluite op die geheel van die ekonomie te bepaal. Die ekonomie is in die geheel die *kumulatiewe* effek van hierdie individuele besluitneming.

Kompleksiteit kom dus nie voor in 'n enkele, identifiseerbare aspek van 'n stelsel nie. Dit is 'n gevolg van die wyse waarop alle interaksie tussen verskillende elemente van 'n stelsel plaasvind.²⁰³ Die modellering van kompleksiteit kan gevolglik nie op 'n tradisionele, wetenskaplike wyse gedoen word nie.²⁰⁴ Wetenskaplike modelle is

²⁰⁰ L Kriesberg "Mediation in Conflict Systems" (2012) 29 *Systems Research and Behavioural Science* 149-150, met verwysing na KE Boulding "General Systems Theory - The Skeleton of Science" (1956) 2 *Management Science* 197-208 en J Rosenhead "Reflections on fifty years of operational research" (2009) 60 *J Op Res Soc* S5-S15. Sien ook PJ Richerson & R Boyd "Complex Societies: The Evolutionary Origins of a Crude Superorganism" (1999) 10 *Human Nature* 253.

²⁰¹ Sien par 3.3.3.1 en 3.3.3.2 hieronder.

²⁰² Cilliers *Complexity and Postmodernism* 5. Sien ook Kriesberg (2012) *Systems Research and Behavioural Science* 150-151; De Coning *Complexity, Peacebuilding and Coherence* 120; LoPucki (1997) *Cornell LR* 498 vn 89.

²⁰³ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 2-3; De Coning *Complexity, Peacebuilding and Coherence* 118-119.

²⁰⁴ F Heylighen, P Cilliers & C Gershenson "Complexity and Philosophy" in J Bogg & R Geyer (reds) *Complexity, Science and Society* (2007) 1-2.

daarop gemik om die totale interaksie binne 'n stelsel met presiesheid en akkuraatheid te beskryf. So 'n model van 'n komplekse stelsel sal uiteindelik net so kompleks moet wees soos die stelsel wat gemodelleer word – wat die model oorbodig sal maak.²⁰⁵

3 3 2 Kenmerke van komplekse stelsels

Alhoewel dit eenvoudig genoeg is om aan voorbeelde van komplekse stelsels te dink, is dit 'n besondere uitdaging om die konsep van kompleksiteit vas te vang in 'n enkele definisie.²⁰⁶ Ten einde 'n beter begrip van kompleksiteit te ontwikkel word die konsep dus eerder bespreek aan die hand van die kenmerke van komplekse stelsels.²⁰⁷

Cilliers identifiseer tien kenmerke van alle komplekse stelsel:²⁰⁸

- i Komplekse stelsels bestaan gewoonlik uit 'n groot aantal nie-homogene elemente. Hoë interaktiwiteit tussen 'n groot aantal elemente lei tot hoër vlakke van kompleksiteit. Dit is gevolglik wesenlik moeiliker – en gewoonlik totaal onmoontlik – om gevolge binne die stelsel te koppel aan die aksies van 'n enkele samestellende element. Die moontlikheid van 'n klein aantal elemente wat in eie reg baie kompleks is, en waarvan die interaksie tussen elemente dus ook baie kompleks is (soos wat die geval is met bemiddeling), word egter nie uitgesluit nie. Dit is dus nie soseer die aantal elemente wat ter sprake is nie, maar eerder die mate van diversiteit en interaksie tussen hulle.²⁰⁹

²⁰⁵ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 12.

²⁰⁶ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 2; NF Johnson *Simply Complexity: A Clear Guide to Complexity Theory* (2009) 3.

²⁰⁷ Preiser *Complexity* 65: Daar bestaan redelike enigheid in verskillende vakdissiplines rakende hierdie kenmerke. Die verskillende teorieë van kompleksiteit is dus nie gegrond in verskillende kenmerke van komplekse stelsels nie, maar liewers die mate waartoe hierdie kenmerke meetbaar is en of kompleksiteit gemodelleer en gesimuleer kan word.

²⁰⁸ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 2, 3-5.

²⁰⁹ Preiser *Complexity* 67; Hughes (2004) *Marquette LR* 684; PL Warren *A Systems Approach to Mediation: How to Diagram Family and Commercial Disputes* (2002) 5 6, referaat gelewer by IACM 15th Annual Conference gehou in Salt Lake City, 09-06-2002. Beskikbaar by

- ii Interaksie tussen elemente is dinamies of nie-deterministies van aard. Die interaksie binne 'n komplekse stelsel geskied dus nie volgens 'n stel identifiseerbare reëls wat stelselgedrag bepaal nie.
- iii Interaksie tussen elemente is veelvuldig. Elke element het 'n invloed op, en word wedersyds beïnvloed deur, meerdere van die ander elemente.
- iv Interaksie is nie-liniêr. Daar bestaan nie identifiseerbare kousale verwantskappe tussen oorsaak en effek binne die stelsel nie.²¹⁰ Nie-liniêre stelselgedrag impliseer dat die gevolge van interaksie binne die stelsel, en dus ook die gedrag van die stelsel in die toekoms, altyd tot 'n groot mate onseker is.²¹¹
- v Die gevolge van interaksie tussen bepaalde elemente is nie slegs beperk tot daardie elemente nie – die gevolge word ook oorgedra aan die geheel van die stelsel. 'n Enkele aksie binne die stelsel kan daarom tot stelselwye gevolge lei.
- vi Die stelsel bevat terugvoermeganismes wat die effek van interaksie (uitset) terugvoer as 'n inset. Hierdie terugvoering kan positief (stimulerend) of negatief (inhiberend) wees.²¹² Sodoende is dit moontlik vir die stelsel om te reageer op stelselgedrag in die verlede. Die effek hiervan is dat stelselgedrag rekursief

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=305150> (besoek 24-10-14). Die interaksie tussen slegs enkele persone kan reeds 'n groot mate van kompleksiteit daarstel. Dit is egter soveel te meer die geval waar meerdere persone betrokke is by die bemiddelingsproses, soos wat die geval is by bv gemeenskapsbemiddeling of arbeidsonderhandelinge. Sien in hierdie verband Fuller (1971) *S Cal LR* 309-310.

²¹⁰ Dit beteken dat die uitsette van die stelsel nie direk proporsioneel is tot die insette daarvan nie. Daar word ook hierna verwys as die “*butterfly effect*”. Sien KA Richardson, P Cilliers and M Lissack “Complexity Science: A ‘Gray’ Science for the ‘Stuff in Between’” (2001) 3 *Emergence* 6 7; Preiser *Complexity* 66; Ruhl (2008) *Georgia St U LR* 892; Cilliers *Complexity and Postmodernism* 4, 95, 119-120; Hughes (2004) *Marquette LR* 685.

²¹¹ Preiser *Complexity* 67; Hughes (2004) *Marquette LR* 685.

²¹² LoPucki (1997) *Cornell LR* 487; Kauffman *Systems Thinking* 3; Meadows *Thinking in Systems* 28-31, 189.

deur die stelsel gereguleer word.²¹³

- vii Komplekse stelsels is “oop”. Dit beteken dat daar interaksie plaasvind tussen die stelsel en die omgewing waarin dit bestaan.²¹⁴ Die grense van die stelsel is met ander woorde deurdringbaar – dit laat die vloei van inligting of energie tussen die stelsel en sy omgewing toe.²¹⁵ Die oop grense van ’n komplekse stelsel maak dit nog minder moontlik om die presiese effek van individuele aksies binne die stelsel te bepaal.
- viii Komplekse stelsels bereik nie ewililibrium nie – daar moet ’n konstante vloei van energie wees om die organisasie van die stelsel in stand te hou. Die stelsel kan ’n menigte stabiele toestande hê, maar sal steeds aanpas by veranderende omstandighede.²¹⁶ Cilliers beskryf ewililibrium as die dood van ’n komplekse stelsel.²¹⁷
- ix Aangesien ’n komplekse stelsel ontwikkel, aanpas en verander met die verloop

²¹³ ’n Fietsryer moet bv konstant en aktief aanpassings maak om haar balans te behou. Hierdie aanpassings is afhanklik van die terugvoering wat sy van die fiets en van haar eie liggaam kry. In hierdie voorbeeld word die terugvoering as inset gebruik. Die aanpassing wat sy maak is die uitset van die interne proses wat haar balans reguleer. Sien Kauffman *Systems Thinking* 29.

²¹⁴ Ter illustrasie van hierdie beginsel is dit moontlik om weer ’n motor as voorbeeld te gebruik: Net soos wat die enjin ’n samestellende element van die motor is, is die motor een element binne ’n omvattende vervoerstelsel. Hierdie omgewing beïnvloed die funksionering van die motor – byvoorbeeld deur die beskikbaarheid van brandstof of onderdele, of die vereiste dat ’n motor geregistreer moet wees voordat dit gebruik mag word – maar word ook deur die motor beïnvloed, aangesien die motor ’n aktiewe element binne daardie stelsel is. Sien P Anderson “Complexity Theory and Organization Science” (1999) 10 *Organization Science* 216-216; MH Bichard “Systems and Process Metaphysics” in C Hooker (red) *Philosophy of Complex Systems* (2011) 91-98-101; Preiser *Complexity* 66; LoPucki (1997) *Cornell LR* 487. Die skep van harmonie tussen sub-funksies en die oorkoepelende funksies van ’n stelsel is dus self ’n funksie van daardie stelsel. Sien Meadows *Thinking in Systems* 12, 15-16.

²¹⁵ P Cilliers “Boundaries, Hierarchies and Networks in Complex Systems” (2001) 5 *IJIM* 135-146; P Cilliers “Knowledge, Limits and Boundaries” (2005) 37 *Futures* 605-610-612.

²¹⁶ Kauffman *Systems Thinking* (1980) 4-5, 13.

²¹⁷ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 4. Sien ook Preiser *Complexity* 67; Ruhl (2008) *Georgia St U LR* 792 vn 44; LoPucki (1997) *Cornell LR* 487; Kauffman *Systems Thinking* 31-32.

van tyd, en hierdie verandering by wyse van terugvoerlusse weer as insette vir toekomstige stelselgedrag dien, is die geskiedenis van 'n stelsel 'n faktor wat stelselgedrag in die hede beïnvloed.²¹⁸

- x Elke element van die stelsel is onbewus van die gedrag van die stelsel as 'n geheel. Elke element reageer net op inligting wat plaaslik daaraan beskikbaar is. Geen element kan dus die kompleksiteit van die stelsel as geheel begryp nie, aangesien dit sou beteken dat die element in eie reg so kompleks soos die stelsel self is.

Waar 'n stelsel oor hierdie eienskappe beskik, sal daardie stelsel dus kompleks wees.

3 3 3 Kompleksiteit in bemiddeling

Daar is reeds vasgestel dat bemiddeling voldoen aan die vereistes van 'n stelsel. Vervolgens sal daar bepaal word tot watter mate die bemiddelingstelsel ook oor die kenmerke van kompleksiteit beskik.

3 3 3 1 *Kompleksiteit van die samestellende elemente*

Elkeen van die rolspelers in die bemiddelingsproses is 'n komplekse, heterogene sosiale besluitnemer.²¹⁹ Die menslike brein is waarskynlik die mees komplekse

²¹⁸ Hooker "Introduction" in *Philosophy of Complex Systems* 36; Meadows *Thinking in Systems* 188. As die geskiedenis van 'n komplekse stelsel geïgnoreer word, ondersoek die ontleder inderwaarheid 'n sinkroniese afbeelding van 'n diakroniese proses. Sien Cilliers *Complexity and Postmodernism* 4.

²¹⁹ Hughes (2004) *Marquette LR* 684; Warren *A Systems Approach to Mediation* 2, 6. Die interaksie tussen slegs enkele persone kan reeds 'n groot mate van kompleksiteit daarstel. Dit is egter soveel te meer die geval waar meerdere persone betrokke is by die bemiddelingsproses, soos wat die geval is by bv gemeenskapsbemiddeling of arbeidsonderhandelinge. By gemeenskapsbemiddeling kan die verskillende kante van 'n dispuut verteenwoordig word deur groot groepe mense, met agente of verteenwoordigers wat namens hulle optree. Die interaksie tussen die lede van 'n groep word beïnvloed deur talle onderlinge verhoudings, insluitende spesifiek die verhouding tussen die groep en die verteenwoordigers van die groep. So is daar bv 'n groot aantal persone indirek

stelsel wat ooit sal bestaan, met wetenskaplikes uit neuro-wetenskappe, linguistiek en kognitiewe sielkunde wat steeds poog om hierdie kompleksiteit beter te begryp.²²⁰ Kognitiewe besluitneming is uiteindelik 'n komplekse funksie van 'n groot aantal veranderlikes. Menslike interaksie is ook nie ten volle rasioneel en liniêr nie – die effek van emosies, subjektiewe verwagtinge, vooroordeel, diverse denkprosesse en diep verskansde waardes op die besluitnemingsproses kan nooit met wiskundige sekerheid bepaal word nie.²²¹

Die effek van veral emosie op menslike interaksie – en spesifiek in onderhandelinge – is reeds goed bestudeer.²²² Tydens onderhandelinge ontlok emosie meermale verdere emosie – soveel so dat daar later weinig sprake van rasionele besluitneming kan wees.²²³ Riskin verduidelik dat die erkenning van die partye se emosies kern is tot onderhandeling, aangesien hul werklike belange meermale uit hierdie emosie afgelei kan word.²²⁴

Emosie dryf egter nie net menslike interaksie nie – dit blyk fundamenteel gekoppel te wees aan besluitneming. In 'n bekende eksperiment het Lehrer aangetoon hoe 'n persoon, wat vanweë breinskade geen emosie kon ervaar nie, nie daartoe in staat was om selfs die mees eenvoudige besluite te neem nie.²²⁵ Alhoewel die persoon se IK nie deur die breinskade beïnvloed is nie, en hy dus steeds wiskundige

betrokke by arbeidsdispute, waar een party 'n vakbond en die ander 'n abstrakte besigheidsentiteit is. Sien ook Fuller (1971) *S Cal LR* 309-310.

²²⁰ Hughes (2004) *Marquette LR* 684.

²²¹ DA Hoffman & RN Wolman "The Psychology of Mediation" (2013) 14 *Cardozo J Conflict Resol* 759-760. Sien A Tversky, S Sattath & P Slovic "Contingent Weighting in Judgment and Choice" (1988) 95 *Psychological Review* 371; D Kahneman & A Tversky "Conflict Resolution: A Cognitive Perspective" in KJ Arrow, KH Mnookin, L Ross, A Tversky & RB Wilson (reds) *Barriers to Conflict Resolution* (1995) 44. Sien ook Hughes (2004) *Marquette LR* 685: "If our mind is embodied, and our thinking largely unconscious, metaphorical, and inextricably linked with our emotions, our views of things or systems are fundamentally subjective."

²²² Vir 'n volledige bespreking van hierdie navorsing, sien KK Kovach *Mediation: Principles and Practices* (2000) 48-49; W Ury *Getting Past No: Negotiations in Difficult Situations* (1993) 38.

²²³ JM Gottman *The Science of Trust* (2011) 119-25; Hoffman & Wolman (2013) *Cardozo J Conflict Resol* 775; Hoffman (2011) *Harv Neg LR* 303.

²²⁴ LL Riskin "Mediation and Lawyers" (1982) 43 *Ohio St LJ* 29-36.

²²⁵ J Lehrer *How We Decide* (2010) 15.

berekeninge kon doen, kon hy byvoorbeeld nie kies met watter kleur pen hy die berekeninge wou doen nie. Om die volle kompleksiteit van emosie in besluitneming in rasionele, liniêre terme te omskryf, is 'n onbegonne taak.

Dieselfde kompleksiteit kenmerk die diep persoonlike en subjektiewe waardesisteme waarbinne elke individu besluitneming opweeg. Daardie persoonlike oortuigings wat 'n persoon ag kern te wees tot haar wese, en wat dus verandering weerstaan, vorm 'n persoon se waardes.²²⁶ Die fundamentele aard van waardes beteken dat dit inherent moeilik is om waardesisteme te versoen sonder dat dit afbreuk doen aan die oortuigings en belange wat die partye elkeen probeer beskerm.²²⁷ Die individu se waardes verteenwoordig dus 'n belangrike aspek wat die onderhandelingsproses dryf. Die kompleksiteit van hierdie persoonlike waardesisteme bevestig weereens dat die effek daarvan waargeneem moet word in die geheel van die interaksie tussen die verskillende rolspelers.

Die kompleksiteit van individuele besluitneming kan egter nie in isolasie beskou word nie – die individu maak ook deel uit van 'n breër sosiale en kulturele raamwerk waarbinne hierdie kompleksiteit eksponensieel toeneem. 'n Individu se besluitneming word op enige gegewe stadium beïnvloed deur 'n magdom verskillende kulturele verwysingsraamwerke, hetsy op grond van ras, geslag, taal, geloof, nasionaliteit, seksuele oriëntasie, gewoonte, gebruik of enige kombinasie van die bogenoemde. Sulke kulturele raamwerke kan gedefinieer word as dit wat sielkundig en sosiologies gemeenskaplik is onder alle persone wat hulself ag deel van so 'n groep te wees.²²⁸ 'n Individu se ervaring van die kultuur waarmee sy assosieer is dus die kumulatiewe resultaat van haar assosiasie met 'n aantal verskillende komplekse sosiale stelsels.

Die sosialisering wat binne hierdie stelsels geskied bring mee dat die verskillende

²²⁶ Hoffman & Wolman (2013) *Cardozo J Conflict Resol* 767.

²²⁷ S Moodley "Mediation - The Increasing Necessity of Incorporating Cultural Values and Systems of Empowerment" (1994) 27 *CILSA* 44 46; JP Venter "The challenge of mediation between parties with different world views" (2017) *De Rebus* 18 18-22.

²²⁸ R Golbert " An Anthropologist's Approach to Mediation" (2010) 11 *Cardozo J Conflict Resol* 81 85.

individue mekaar wedersyds op komplekse wyses beïnvloed.²²⁹ Sosialisering behels 'n komplekse proses waardeur die samelewing, die gemeenskap en 'n individu se kulturele verwysingsraamwerk daardie persoon se persepsie van die wêreld vorm.²³⁰ Die kompleksiteit waaraan sosialisering gekenmerk word dryf dus ook die kompleksiteit van individuele besluitneming en sosiale interaksie. Die rol van kultuur en sosialisering verteenwoordig sleutelaspekte binne die konteks van bemiddeling, omdat dit impliseer dat elkeen van die partye, sowel as die bemiddelaar, hul eie stel waardes vanuit hul samelewing en kultuur in die bemiddelingsproses inbring, en dat die totstandkoming van hierdie waardes opsigself 'n komplekse proses behels.²³¹

Teen hierdie agtergrond is dit duidelik dat elkeen van die rolspelers in bemiddeling in eie reg 'n komplekse stelsel verteenwoordig. As samestellende elemente van die bemiddelingstelsel beteken dit dat die interaksie tussen hierdie elemente vanuit die staanspoor van 'n besondere komplekse aard gaan wees. Die aantal faktore wat op komplekse wyses menslike besluitneming vorm, dryf en beïnvloed, bring mee dat sosiale interaksie nooit ten volle rasideel en liniêr ontleed kan word nie. Uiteindelik gee al hierdie faktore, tesame met 'n groot aantal verdere veranderlikes (verwagtinge, vooroordeel, insentiewe, ensovoorts),²³² gevolg aan elke party se unieke, subjektiewe perseptuele werklikheid van die sosiale stelsel waarvan sy deel vorm.²³³ Deur die verskillende rolspelers te erken as komplekse samestellende

²²⁹ S Stier & N Hamilton "Teaching Divorce Mediation: Creating a Better Fit Between Family Systems and the Legal System" (1984) 48 *Albany LR* 693 706.

²³⁰ EJ Radford & PF Glaser "The Psychology of Mediation" in P Pretorius (red) *Dispute Resolution* (1993) 51 54; Moodley (1994) *CILSA* 46.

²³¹ Radford & Glaser "The Psychology of Mediation" in *Dispute Resolution* 54; Moodley (1994) *CILSA* 46.

²³² Hoffman & Wolman (2013) *Cardozo J Conflict Resol* 760. Sien ook JM Hyman "Four Ways of Looking at a Lawsuit: How Lawyers Can Use the Cognitive Frameworks of Mediation" (2010) 34 *J Law Pol* 11; RH Mnookin "Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict" (1993) 8 *Ohio St J Disp Resol* 235 242.

²³³ D Bowling & DA Hoffman "The Personal Qualities of the Mediator and Their Impact in the Mediation" in D Bowling & DA Hoffman (reds) *Bringing Peace Into the Room: How the Personal Qualities of the Mediator Impact the Process of Conflict Resolution* (2003) 13 35; DA Hoffman "Mediation, Multiple Minds, and Managing the Negotiation Within" (2011) 16 *Harv Neg LR* 297 311 311, 313; Hoffman & Wolman (2013) *Cardozo J Conflict Resol* 760; Warren *A Systems Approach*

elemente in eie reg, beklemtoon dit dat die bemiddelingsproses per definisie net soveel oor die partye gaan as oor die dispuut wat bemiddel word.²³⁴

3 3 3 2 *Kompleksiteit van die interaksie tussen elemente*

Interaksie tydens bemiddeling behels die omvattende vloei van inligting tussen die verskillende rolspelers.²³⁵ Hierdie inligting kan feitlik enige vorm van data, feite, opinies, syfers en aanbiedinge insluit, sowel as emosies, behoeftes of die artikulering van waardes.

Die omvattende aard van die inligting wat oorgedra word beteken egter ook dat verbale kommunikasie net een aspek van die bemiddelingsproses daarstel. Daar word verder gekommunikeer by wyse van liggaamstaal, die plek en omstandighede waarin die onderhandelinge plaasvind en die wyse waarop inligting voorgelê word. Die kommunikasieproses behels dus die kognitiewe, emosionele en onbewustelike oordrag en interpretasie van inligting.

Die gevolg hiervan is dat interaksie tydens bemiddeling ryk en dinamies is. Elkeen van die verskillende rolspelers verkeer vrylik interaktief met al die ander rolspelers. Daar is geen voorafbepaalde reëls vir interaksie nie. Soos wat die geval is met suiwer sosiale interaksie, word inligting oorgedra en geïnterpreteer, en word daar subjektief hierop gereageer aan die hand van die verskillende rolspelers se behoeftes en die komplekse sosio-dinamika tussen hulle.²³⁶

Omdat hierdie interaksie so ryk, omvattend en dinamies is kan die interaksie dus

to Mediation 6; EE Bader "The Psychology of Mediation: Issues of Self and Identity and the IDR Cycle" (2010) 10 *Pepp Disp Resol LJ* 183 188; B Wilson "Mediation Ethics: An Exploration of Four Seminal Texts" (2011) 12 *Cardozo J Conflict Resol* 119 126.

²³⁴ Hoffman & Wolman (2013) *Cardozo J Conflict Resol* 759.

²³⁵ Ruhl (1997) *Bringham Young U LR* 782-793.

²³⁶ Ruhl (1997) *Bringham Young U LR* 794. Na die aanstelling van 'n bemiddelaar sal sy tipies met die partye ontmoet om te bepaal hoe die bemiddelingproses behoort af te speel. Daar kan dus op reëls vir interaksie besluit word, maar hierdie reëls word aanvaar by wyse van die interaksie tussen die partye en die bemiddelaar, in teenstelling met bv die Uniforme Hofreëls wat voorafbepaald en afdwingbaar is. Sien ook bv art 7 van die *ICC Mediation Rules*.

beskryf word as nie-liniêr. Nie-liniêre interaksie beteken dat 'n "klein" aksie binne die bemiddelingstelsel kan lei tot wesenlike gevolge, sonder dat enige van die rolspelers noodwendig daardie gevolge kon voorsien of bedoel. Hierdie gevolgtrekking is veral belangrik in terme van die bemiddelaar se rol. Die feit dat die tegnieke of vaardighede van die bemiddelaar soms nie enige gewenste resultate oplewer nie, of dat 'n onervare bemiddelaar soms 'n uiters suksesvolle bemiddeling kan fasiliteer, bevestig die nie-liniêre aard van interaksie binne die bemiddelingstelsel.

Nie-liniêre interaksie impliseer egter nie absolute relativisme nie. Daar kan wel 'n direkte verwantskap bestaan tussen 'n aksie of besluit en 'n voorsienbare effek of gevolg. Daar kan inderwaarheid selfs deterministiese verwantskappe bestaan.²³⁷ Die implikasie is egter dat hierdie verwantskappe nooit presies proporsioneel of liniêr kan wees nie.²³⁸ Daarom is dit moontlik vir 'n bemiddelaar om 'n benadering tot bemiddeling in die algemeen te ontwikkel wat in die meeste gevalle tot suksesvolle uitkomst lei. In so 'n geval bestaan daar 'n verwantskap tussen dit wat die bemiddelaar doen en die resultate wat sy waarneem. Wat kompleksiteit egter duidelik maak is dat die bemiddelaar "nederig" moet wees – 'n verwantskap beteken nie proporsionaliteit nie. Sodra die proses begin is die resultate van die stelsel meer afhanklik van die proses wat uitspeel, en nie die wyse waarop dit vooraf ontwerp is nie. Dit beteken dat 'n benadering tot bemiddeling wat empiries bevestig kan word as suksesvol, die resultaat is van komplekse faktore, en nie die uitsluitlike resultaat is van die handeling van een persoon nie.

²³⁷ 'n Wesenlike deel van die bemiddelingsliteratuur fokus inderwaarheid op hierdie verwantskappe (alhoewel dit meermale eerder voorgehou word as "reëls"). So kan daar aanvaar word dat 'n emosionele of irrasionele uitbarsting deur een van die partye gewoonlik 'n negatiewe impak op die onderhandelingsproses sal hê. Daar bestaan dus 'n bepaalbare verwantskap tussen die uiting van emosie en die effek wat dit teweegbring. Daar kan egter gevalle wees waar die irrasionele uiting van emosie presies is wat nodig was vir die onderhandelinge om verby 'n punt te vorder. Daar kan dus nie met absolute sekerheid reëls geformuleer word waarvolgens bemiddeling gestruktureer behoort te word nie – ten beste maak die bemiddelaar staat op "riglyne" in hierdie verband.

²³⁸ Ruhl (1997) *Bringham Young U LR* 790. Sien M Wheatley "The Unplanned Organization: Learning from Nature's Emergent Creativity" (1996) 37 *Noetic Sci Rev* 20 23: "[Y]ou cannot direct a living system, you can only disturb it. In a system, the most we can do, when we are trying to serve, is to contribute a little twitch, be a little disturbance... You cannot tell another human being or a human organization what to do and expect it to do it."

Nie-liniêre interaksie tydens bemiddeling impliseer inderwaarheid 'n paradoks. Die kompleksiteit van die bemiddelingstelsel lei daartoe dat die verskillende rolspelers se kapasiteit om die stelsel te beïnvloed beide beperk en uitgebrei word. Kapasiteit word beperk deur die groot aantal veranderlikes wat die effek van enige aksie moduleer. Geen enkele rolspeler kan al die verskillende lae van betekenis, ervaring, emosie, en bedoeling wat elke persoon na die tafel bring ten volle verstaan nie. Die teendeel hiervan is egter dat die potensiaal inherent tot elke interaksie beklemtoon word. Alhoewel die rol van die bemiddelaar in sommige gevalle vereis dat die persoon met outoriteit optree, kan die kleinste aksie van die bemiddelaar, die bedoeling wat sy daarmee het, of slegs net die egtheid van haar optrede tot wesenlike gevolge lei. Bowling en Hoffman bevestig hierdie verskynsel met die volgende stelling:

“When our actions as mediators — whether they are directed at mundane questions or questions that go to the heart of the matter — communicate a high degree of genuineness, presence, and integration, even the gentlest of interventions may produce dramatic results.”²³⁹

3 3 3 3 *Kompleksiteit van die organisasie tussen die elemente*

Onderhandelinge is per definisie 'n proses van gee en ontvang – soos wat inligting vrygestel word, word dit deur die ander rolspelers geïnterpreteer en maak dit gevolglik deel uit van die reaksie daarop. So word 'n aanbod gevolg deur 'n teenaanbod; word 'n feitelike erkenning deur een party deur 'n ander party gebruik ter ondersteuning van 'n argument; of word die voorstelle van die bemiddelaar aangewend ter aanpassing van die bemiddelingsproses. Die inherente aard van die bemiddelingsproses – en onderhandeling in die breë – is dat interaksie in die hede beïnvloed word (hetsy direk of indirek) deur alle interaksie wat dit voorafgegaan het.²⁴⁰

²³⁹ Bowling & Hoffman “The Personal Qualities of the Mediator” in *Bringing Peace into the Room* 36.

²⁴⁰ Ruhl (1997) *Bringham Young U LR* 792; Radford & Glaser “The Psychology of Mediation” in *Dispute Resolution* 54; Bercovitch (2006) *Cardozo J Conflict Resol* 300.

Hierdie “gee en ontvang” proses is egter nie beperk tot slegs dit wat bewustelik deur die verskillende rolspelers gesê of gedoen word nie. Aspekte soos die komplekse emosionele klimaat van die onderhandelinge gee ook gevolg aan talle aksies en reaksies. So kan die uiting van emosie deur een party lei tot die opwek van verskillende emosies by die ander party – byvoorbeeld woede wat gevolg gee aan vrees, angs of verdere woede in reaksie daarop.²⁴¹ Interaksie wat as dreigend geïnterpreteer kan word, kan lei tot komplekse reaksies in die ander party, insluitende sogenaamde veg-of-vlug instinkte.²⁴²

In stelsel terme kan hierdie interaksie beskryf word as ’n terugvoerlus tussen die vrystelling van inligting en die reaksie wat dit ontlok, waardeur daaropvolgende besluitneming beïnvloed word.²⁴³ Die komplekse, nie-liniêre aard van die interaksie, soos reeds hierbo uiteengesit, beteken dat die terugvoermeganismes binne die stelsel soortgelyk kompleks is. In stede van ’n eenvoudige terugvoermeganisme tussen oorsaak en effek, bestaan daar ’n komplekse netwerk van terugvoerlusse wat stelselgedrag in die geheel deurgaans reguleer. Dit is gevolglik onmoontlik om ’n volledige skeiding te bewerkstellig tussen die konflik wat bemiddel word en interaksie tussen die partye in die verlede.

Aangesien hierdie interne regulering ’n gevolg is van hoe interaksie binne die stelsel plaasvind, kan die bemiddelingstelsel veranderinge ondergaan sonder die tussentrede van ’n eksterne ontwerper, of die bestaan van ’n sentrale besluitnemingsliggaam binne die stelsel.²⁴⁴ Die stelsel beskik dus oor die kapasiteit vir self-organisering.

Self-organisering behels ’n konstante proses van herorganisering, self-samestelling en self-herstelling.²⁴⁵ Dit is ’n gevolg van die komplekse interaksie tussen die

²⁴¹ Hoffman & Wolman (2013) *Cardozo J Conflict Resol* 774. Sien BJ Bushman “Does Venting Anger Feed or Extinguish the Flame? Catharsis, Rumination, Distraction, Anger, and Aggressive Responding” (2002) 28 *J Pers Soc Psychol* 724.

²⁴² Hoffman & Wolman (2013) *Cardozo J Conflict Resol* 774.

²⁴³ Ruhl (1997) *Brigham Young U LR* 792.

²⁴⁴ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 89; Preiser *Complexity* 70-72.

²⁴⁵ Preiser *Complexity* 72.

omgewing, die huidige toestand van die stelsel, en die geskiedenis van die stelsel.²⁴⁶ Die resultaat daarvan is dat die verhoudings tussen die samestellende dele van die stelsel dinamies verander.²⁴⁷ Self-organisering kan daarom in eie reg as 'n komplekse proses beskou word.

3 3 3 4 *Kompleksiteit van die stelselomgewing*

Bemiddeling vind nie in 'n vakuum plaas nie. Soos reeds hierbo uitgewys kan sosiale interaksie nooit geïsoleer word van die konteks waarin dit plaasvind nie. Aangesien elke persoon deel uitmaak van verskillende stelsels – hetsy sosiaal, maatskaplik of formeel van aard – beïnvloed elkeen van hierdie stelsels uiteindelik ook tot wisselende mates mekaar. Die elemente van die bemiddelingstelsel verkeer dus ook interaktief met elemente wat buite die stelsel geleë is (die omgewing van die stelsel), of met elemente wat deel uitmaak van die stelsel self (sub-stelsels).²⁴⁸

Die bemiddelingsproses speel verder af teen die agtergrond van 'n nasionale kultuur van geskilbeslegting, en die institusionele reëls, regulasies en norme wat daarmee gepaard gaan.²⁴⁹ Soos wat die bemiddelingstelsel dus strenger en op meer komplekse wyses gereguleer word, word die regs konteks waarbinne daar bemiddel word 'n toenemende belangrike bepaler van stelselgedrag en organisasie.²⁵⁰

Ter opsomming kan die bemiddelingstelsel beskryf word as (1) 'n proses van dinamiese en nie-liniêre interaksie tussen (2) komplekse sosiale besluitnemers wie (3) in 'n verhouding van interafhanklikheid teenoor mekaar staan, (4) welke

²⁴⁶ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 89; Hooker "Introduction" in *Philosophy of Complex Systems* 27.

²⁴⁷ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 91.

²⁴⁸ P Anderson "Complexity Theory and Organization Science" (1999) 10 *Organization Science* 216 216.

²⁴⁹ N Alexander "What's Law Got To Do With It? Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions" (2001) 13 *Bond LR* 1 1: "Context determines how mediation is absorbed and applied by mediators, dispute management professionals such as lawyers and clients. Context defines mediation and has a direct impact on how it is practised."

²⁵⁰ LB Edelman "Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Civil Rights Law" (1992) 97 *Am J Sociol* 1531 1531.

verhouding deurgaans verander en aanpas aan die hand van die interaksie tydens die proses. Ten laaste kan hierdie interaksie nie ten volle geïsoleer word van die omgewing waarin dit plaasvind nie.

Die feit dat bemiddeling beskryf kan word as 'n stelsel, sowel as die feit dat hierdie stelsel oor die eienskappe beskik waaraan kompleksiteit gevolg gee, lei tot die gevolgtrekking dat bemiddeling 'n komplekse sosiale stelsel is.

3 4 'n Kompleksiteitsmodel van bemiddeling

Die omskrywing van bemiddeling in stelsel terme verteenwoordig 'n nuwe en unieke perspektief op die bemiddelingsproses, die rolspelers in hierdie proses en die wyse waarop hulle interaktief verkeer. Die vraag wat egter ten laaste beantwoord moet word is of hierdie nuwe perspektief ook kan dien as 'n omvattende model van bemiddeling. Soos uiteengesit aan die begin van hierdie hoofstuk, moet so 'n model dit moontlik maak om die impak van regulering in terme van beide diversiteit en konsekwentheid te ontleed. Vervolgens sal daar bepaal word wat 'n kompleksiteitsmodel werklik behels en wat die analitiese potensiaal van so 'n model is.

3 4 1 Totstandkoming van komplekse stelsels

Die eerste element van 'n kompleksiteitsmodel behels dat dit vereistes identifiseer vir die totstandkoming of realisering van 'n bemiddelingsproses. Die feit dat die bemiddelingsproses voldoen aan die vereistes van 'n stelsel beteken dat die analitiese en konseptuele beginsels wat ingevolge die Algemene Stelselteorie vir alle stelsels geld, ook op bemiddeling van toepassing is.²⁵¹ Hierdie beginsels sluit in dat die totstandkoming van 'n komplekse stelsel afhanklik is van *komplekse samestellende elemente* wat by wyse van *dinamiese en nie-liniêre interaksie* in 'n komplekse verhouding van *interafhanklikheid* teenoor mekaar staan.

Die implikasie is dat 'n proses nie beskou kan word as bemiddeling as een van

²⁵¹ Sien par 3 2 1 hierbo.

hierdie vereistes ontbreek nie. Die realisering van 'n bemiddelingsproses – en dus ook die totstandkoming van die bemiddelingstelsel – is gefundeer in die verhouding van interafhanklikheid tussen die verskillende rolspelers en die interaksie wat hulle as 'n geheel saam bind. Dit waarna daar verwys word as bemiddeling is die totale interaksie wat plaasvind binne die perke van hierdie verhouding – oftewel binne die grense van die bemiddelingstelsel. Ingevolge die Algemene Stelselteorie kan 'n geskilbeslegtingsproses dus nie bemiddeling wees net omdat dit bemiddeling genoem word nie. Dit moet aan al drie bogenoemde vereistes voldoen.

Vanuit 'n analitiese perspektief verskil 'n kompleksiteitsmodel dus van ander modelle van bemiddeling, aangesien daar nie meer gesteun word op die aanname dat 'n proses bemiddeling is bloot op grond van die betrokkenheid van 'n bemiddelaar nie. Hierdie aanname is problematies, want die regulering van bemiddeling kan nooit werklik effektief of gepas wees as dit toegepas word op 'n proses wat nie werklik bemiddeling is nie.²⁵²

Verder maak 'n kompleksiteitsmodel dit moontlik om die impak van regulering spesifiek te ontleed in terme van elkeen van die vereistes vir die totstandkoming van die stelsel. As die impak van regulering byvoorbeeld behels dat die vereiste interafhanklikheid nie realiseer nie, kan so 'n maatreeël nie as effektief beskou word nie.

Die belangrikheid van die totstandkoming van 'n bemiddelingstelsel word verder uitgewys in die bespreking hieronder.

3 4 2 Kenmerke van komplekse georganiseerde interaktiwiteit

'n Kompleksiteitsmodel van bemiddeling maak dit tweedens moontlik om die spesifieke *kenmerke* te identifiseer waaroor die georganiseerde interaksie tydens bemiddeling beskik. Soos hierbo aangedui beskik alle komplekse stelsels oor dieselfde kenmerke.²⁵³ Die kenmerke van bemiddeling, as 'n voorbeeld van so 'n

²⁵² Die bespreking in hoofstuk 4 illustreer hierdie gevolgtrekking.

²⁵³ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 2, 3-5. Sien ook par 3 3 2 hierbo.

komplekse stelsel, kan daarom as volg omskryf word:

- i Die verskillende rolspelers in die bemiddelingsproses is komplekse samestellende elemente van die bemiddelingstelsel, wat groot mates van diversiteit toon.
- ii Interaksie tydens bemiddeling is sosiaal van aard, wat beteken dat dit *dinamies* en *nie-deterministies* is. Daar is nie reëls vir interaksie wat die dinamika daarvan beperk nie.
- iii Wedersydse interaksie tussen die verskillende rolspelers beteken dat elke rolspeler die ander rolspelers in wisselende mates beïnvloed. Die interaksie tydens bemiddeling kan gevolglik beskryf word as *veelvuldig*.
- iv Die aard en omvang van die interaksie tussen die rolspelers maak dit onmoontlik om kousale verwantskappe tussen oorsaak en effek binne die stelsel te identifiseer. Interaksie is daarom *nie-liniêr*. Gevolglik is toekomstige stelselgedrag nooit ten volle seker of voorspelbaar nie.
- v Die verskillende rolspelers staan in 'n verhouding van interafhanklikheid teenoor mekaar. Hierdie interafhanklikheid, tesame met die dinamiese aard van die interaksie tydens bemiddeling, lei daartoe dat 'n enkele aksie binne die stelsel kan lei tot *stelselwye gevolge*. Spesifieke interaksies tydens die bemiddelingsproses kan dus nie in isolasie ondersoek word nie. Bemiddeling is nie eenvoudig 'n reeks stappe met elke stap wat aan spesifieke gevolge gekoppel kan word nie. So min soos wat die gedrag van 'n swerm bye afgelei kan word van die gedrag van 'n enkele by, kan 'n bemiddelingstelsel ontleed word aan die hand van die optrede en besluitneming van die partye in isolasie van mekaar.²⁵⁴
- vi Die bemiddelingsproses word intern gereguleer (of self-georganiseer) deur die interaksie tussen die verskillende rolspelers deurdat stelselgedrag rekursief as

²⁵⁴ Ruhl (1997) *Bringham Young U LR* 786.

terugvoering vir toekomstige stelselgedrag dien.

- vii Die rolspelers in die bemiddelingsproses word beïnvloed deur die konteks of “omgewing” waarbinne bemiddeling plaasvind. Daar kan nie ’n absolute skeiding getref word tussen dit wat tydens bemiddeling plaasvind en dit wat buite die proses val nie.
- viii Die bemiddelingsproses is afhanklik van konstante interaksie. Die stelsel sal nooit ewilibrum bereik sonder om ook te ontbind nie.
- ix Dit wat in die *verlede* binne die perke van die bemiddelingstelsel gebeur het, is ’n faktor wat stelselgedrag in die *hede* beïnvloed. Interaksie tydens bemiddeling word dus deurgaans beïnvloed deur dit wat die interaksie voorafgegaan het.
- x Laastens kan geen rolspeler binne die bemiddelingstelsel die totale kompleksiteit van die stelsel ten volle begryp nie. Dit beteken dat die effek van enige gegewe aksie tydens die bemiddelingsproses, of selfs die redes vir enige gegewe aksie, nooit ten volle deur ’n enkele rolspeler ontleed kan word nie. Sodanige effek kan slegs as ’n produk van die stelsel as ’n *geheel* sien word.

Hierdie kenmerke spreek tot die werklike, inherente aard van die bemiddelingsproses en die interaksie wat ten tyde daarvan plaasvind. Dit is hierdie kenmerke wat uiteindelik gevolg gee aan dit wat bemiddeling fundamenteel maak wat dit is. Geen ander model van bemiddeling kan hierdie inherente kenmerke identifiseer en teoreties regverdig sonder om op die gebruik van aannames en bemiddelingsmitologie staat te maak nie.²⁵⁵

Hierdie kenmerke verteenwoordig verder ’n fundamenteel nuwe perspektief op die aard, omvang en impak van interaksie tydens bemiddeling, sowel as die wyse waarop hierdie interaksie georganiseer word. Die dinamiese, nie-liniêre aard van interaksie tydens bemiddeling, en die komplekse wyses waarop dit veranderinge in die stelsel teweegbring, het wesenlike implikasies vir hoe die impak van regulering

²⁵⁵ Sien par 2 2 2 hierbo.

verstaan en bepaal word. Regulering beïnvloed die stelsel as 'n geheel op komplekse wyses en by wyse van komplekse terugvoermeganismes. Vanuit 'n analitiese perspektief impliseer 'n kompleksiteitsmodel dus dat die impak van regulering nooit met absolute sekerheid bepaal kan word nie.

Wat 'n kompleksiteitsmodel wel moontlik maak is 'n ontleding van die bemiddelingstelsel en die wyse waarop dit funksioneer in die geheel, in plaas daarvan om dit te reduseer tot 'n een-dimensionele wanvoorstelling van wat bemiddeling werklik behels.²⁵⁶ Morin verwys in hierdie sin na die gebruik van 'n "paradigma van kompleksiteit".²⁵⁷ Om hierdie rede stel die kompleksiteitsmodel van bemiddeling die mees gepaste teoretiese basis daar vir die vlak van ontleding wat deur die diversiteit-konsekwentheid dilemma vereis word.

3 4 3 Self-organisering binne die stelsel

Een van die kenmerke van komplekse stelsels, soos reeds hierbo uiteengesit, is dat interaksie binne 'n komplekse stelsel 'n konstante proses van herorganisering, self-samestelling en self-herstelling teweegbring in die verhouding van interafhanklikheid tussen die verskillende samestellende elemente.²⁵⁸ Hierdie self-organisering is 'n fundamentele kenmerk van komplekse stelsels.

In bemiddelingsterme beteken dit dat die bemiddelingsproses deurgaans op komplekse wyses verander en aangepas word deur die interaksie tussen die verskillende rolspelers. 'n Kompleksiteitsmodel van bemiddeling stel dat hierdie konstante verandering en aanpassing inderwaarheid die gevolg is van die self-

²⁵⁶ Sien Cilliers *Complexity and Postmodernism* 13; Hughes (2004) *Marquette LR* 686; LoPucki (1997) *Cornell LR* 481; Morin "Restricted Complexity, General Complexity" in *Philosophy and Complexity* 10-11; Heylighen, Cilliers & Gershenson "Complexity and Philosophy" in *Complexity, Science and Society* 2.

²⁵⁷ Morin "Restricted Complexity, General Complexity" in *Philosophy and Complexity* 10: "Since a paradigm of simplification controls classical science, by imposing a principle of reduction and a principle of disjunction to any knowledge, there should be a paradigm of complexity that would impose a principle of distinction and a principle of conjunction."

²⁵⁸ Cilliers *Complexity and Postmodernism* 91; Preiser *Complexity* 72. Sien ook par 3 3 2 en 3 4 2 hierbo.

organisering wat binne die stelsel plaasvind.

Die kenmerk van self-organisering stem ooreen met dit wat gewoonlik beskryf word as prosedurele buigsaamheid – die kenmerk dat die bemiddelingsproses buigsaam, aanpasbaar, informeel, spontaan en kreatief is.²⁵⁹ Die konsep van self-organisering is egter konseptueel wesenlik meer omvattend as die konsep van prosedurele buigsaamheid. Self-organisering binne die stelsel word nie altyd bewustelik gedryf deur die partye nie. Soos reeds aangetoon is die interaksie tussen hulle kompleks. Self-organisering is dus 'n komplekse gevolg van die totale interaksie wat binne die georganiseerde geheel plaasvind – en dus ook die totaliteit van die veranderlikes wat interaksie tussen die verskillende rolspelers dryf en vorm. Dit sou dus ook moontlik kon wees om 'n rigiede, formele en gestruktureerde bemiddelingsproses te volg as die aard van die interaksie binne die stelsel hieraan gevolg gee. In so 'n geval sou die bemiddelingstelsel egter steeds gekenmerk word aan self-organisering, selfs in die afwesigheid van eienskappe soos buigsaamheid of kreatiwiteit wat tradisioneel met prosedurele buigsaamheid geassosieer word.

'n Kompleksiteitsmodel van bemiddeling bevestig dus dat die bemiddelingsproses nie vooraf ontwerp is om buigsaam en aanpasbaar te wees nie. Dit is ook nie 'n eienskap waarop die partye gesamentlik besluit nie. Die aktiewe, subjektiewe deelname van die partye impliseer eerder dat die bemiddelingsproses *noodwendig* sal aanpas aan die hand van die komplekse interaksie tussen die partye en die bemiddelaar. Dit is 'n gevolg spesifiek tot die proses as 'n geheel en die kompleksiteit waaraan dit gekenmerk word.

In terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma verteenwoordig prosedurele buigsaamheid tans 'n groot deel van die diversiteit-element. Deur prosedurele buigsaamheid met die meer omvattende konsep van self-organisering te vervang, word daar reeds meer inhoud aan die konsep van diversiteit gegee. Diversiteit in bemiddeling verwys dus na die *inherente vermoë van die bemiddelingsproses om op komplekse wyses aan te pas aan die hand van die totale interaksie binne die stelsel*,

²⁵⁹ De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 138; Faris *Alternative Dispute Resolution* 168-170; Brand *et al Commercial Mediation* 24.

sonder dat die rolspelers dit bewustelik teweegbring.

3 4 4 Self-voortkomende eienskappe van komplekse stelsels

Die totstandkoming van 'n bemiddelingstelsel – oftewel die realisering van 'n proses wat werklik bemiddeling is – is vir analitiese doeleindes van kern belang. Die rede hiervoor is dat 'n stelsel as 'n geheel oor eienskappe beskik wat uniek is tot daardie stelsel en wat nie bestaan in terme van die samestellende elemente in afsondering van mekaar nie.²⁶⁰ Sulke self-voortkomende eienskappe is 'n produk van, of kom na vore vanuit, die interaksie tussen die elemente van die stelsel en die wyses waarop hierdie interaksie georganiseer is. Hierdie eienskappe is *emergent*.²⁶¹ Om hierdie rede word stelsels beskryf as meer as die som van die samestellende dele daarvan.²⁶² Dit is gevolglik spesifiek belangrik dat dit moontlik moet wees om te bepaal of 'n bemiddelingstelsel wel tot stand kom. Waar 'n proses bemiddeling genoem word, maar nie die stelselvereistes bevredig nie, sal hierdie self-voortkomende eienskappe nie realiseer nie.

Self-voortkoming behels egter ook dat sekere eienskappe van die samestellende elemente beperk word of heeltmaal verlore gaan.²⁶³ Aspekte soos die individuele besluitnemers se persoonlikhede, voorkeure en oortuigings word dus ook geïnhibeer deur die georganiseerde interaksie van die geheel. In hierdie sin is die geheel van die stelsel nie alleenlik meer as die som van die samestellende dele nie, maar ook *minder* as die som daarvan.²⁶⁴

Laastens kan self-voortkomende eienskappe ook in eie reg die oorsaak van

²⁶⁰ Preiser *Complexity* 68, met verwysing na Morin (1974) *Int Soc Sci J* 555–582.

²⁶¹ Preiser *Complexity* (2012) 68; Morin “Restricted Complexity, General Complexity” in *Philosophy and Complexity* 11.

²⁶² Meadows *Thinking in Systems* 188; Ruhl (2008) *Georgia St U LR* 885 894 vn 28: “*Emergence [is the] complicated global patterns emerging from local or individual interaction rules between parts of a system.*”

²⁶³ Morin “Restricted Complexity, General Complexity” in *Philosophy and Complexity* 11-12.

²⁶⁴ Preiser *Complexity* 68, met verwysing na E Morin *Towards a Study of Humankind, Vol 1: The Nature of Nature* (1992) 112.

veranderinge in die samestellende dele van die stelsel wees.²⁶⁵ Dit word moontlik gemaak deur die terugvoerlusse binne die stelsel. 'n Self-voortkomende eienskap – met ander woorde iets wat glad nie bestaan het in afsondering van die stelsel as 'n geheel nie – kan dien as 'n inset wat stelselgedrag in die hede beïnvloed. “Self-voortkoming” is dus nie net 'n term wat die uitsette of eienskappe van 'n komplekse stelsel beskryf nie – dit is ook nou gekoppel aan die fundamentele werking van die stelsel as 'n geheel. 'n Komplekse stelsel is dus tegelyk meer, minder en anders as die samestellende elemente daarvan.²⁶⁶

Self-voortkoming het belangrike implikasies vir die konsep van diversiteit in bemiddeling. Wat 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling bevestig, is dat diversiteit in bemiddeling meer behels as net self-organisering. Diversiteit is ook self-voortkoming. Dit is die kenmerk dat 'n bemiddelingstelsel eienskappe, uitkomst en gevolge moontlik maak wat 'n gevolg is van die totstandkoming van daardie spesifieke stelsel en die totale georganiseerde interaksie wat binne die stelsel plaasvind. Diversiteit in bemiddeling verwys dus na die feit dat elke bemiddelingstelsel gevolg sal gee aan eienskappe en uitkomst wat fundamenteel uniek is tot daardie stelsel, en welke eienskappe nie kon bestaan sonder die totstandkoming van daardie stelsel nie.

Die inhoud van die diversiteit-element kan gevolglik nooit met sekerheid bepaal word nie, want dit behels meer as net 'n lys waarneembare kenmerke. Diversiteit is nie slegs te vinde in die feit dat die bemiddelingsproses buigbaar is of diverse en uiteenlopende substantiewe uitkomst kan lewer nie. Dit spreek ook nie net tot die uitgebreide funksionaliteit van bemiddeling as 'n geskilbeslegtingsmeganisme nie. Diversiteit is eerder 'n inherente eienskap van bemiddeling wat dit fundamenteel onderskei van ander vorme van geskilbeslegting. Geen ander geskilbeslegtingsmeganisme is daartoe in staat om gevolg te gee aan 'n proses, eienskappe en uitkomst wat eksklusief teweeg gebring word deur die totale georganiseerde interaksie binne daardie proses nie.

²⁶⁵ Preiser *Complexity* 68, 71.

²⁶⁶ Preiser *Complexity* 68, met verwysing na Morin (1974) *Int Soc Sci J* 555–582.

Ter opsomming bevestig 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling dat die kompleksiteit van die bemiddelingsproses en die diversiteit waaraan dit gevolg gee fundamenteel onderliggend is tot bemiddeling. Kompleksiteit is die ware "*magic of mediation*".²⁶⁷

3 5 Gevolgtrekking

Die bespreking in hierdie hoofstuk het gedien as basis vir die modellering van bemiddeling as 'n komplekse sosiale stelsel.

Daar is eerstens bewys dat hierdie model dit moontlik maak om inhoud te gee aan die konsep van diversiteit in bemiddeling. Daar is bewys dat die georganiseerde interaksie binne die bemiddelingstelsel gevolg gee aan self-voortkomende eienskappe. Hierdie eienskappe – hetsy dit is in terme van die aard, vorm, funksie of uitkomst van die bemiddelingsproses – is per definisie 'n konteks-spesifieke gevolg van 'n gegewe bemiddelingstelsel as 'n geheel. In terme van diversiteit beteken dit dat elke bemiddelingstelsel gevolg sal gee aan eienskappe wat fundamenteel uniek is tot daardie stelsel.

Hierdie gevolgtrekking bevestig ook die fundamentele aard van diversiteit in bemiddeling – nie eenvoudig in terme van hoe die bemiddelingsproses gestruktureer word nie, maar eerder in terme van hoe die bemiddelingstelsel tot stand kom en funksioneer. Bemiddeling is die produk van komplekse interaksie. Aangesien hierdie kompleksiteit gevolg gee aan self-voortkomende eienskappe is kompleksiteit en diversiteit uiteindelik direk geskakel. Diversiteit is 'n noodwendige eienskap van bemiddeling. Die kompleksiteitsmodel van bemiddeling kan dus beide diversiteit in bemiddeling verklaar en konseptuele inhoud daaraan gee.

Die kompleksiteitsmodel, tesame met hierdie nuwe konseptualisering van diversiteit, maak dit gevolglik moontlik om die diversiteit-konsekwentheid dilemma, en spesifiek wat dit impliseer vir die ontwerp van effektiewe en gepaste regulering, opnuut te

²⁶⁷ Sien T Hedeem "Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others" (1997) 26 JSJ 263 275.

benader. Eerstens verduidelik hierdie model hoe die bemiddelingsproses werklik werk en wat die inherente kenmerke daarvan is – sonder om op aannames staat te maak. Aan die hand van hierdie kenmerke is dit nou moontlik om met meer sekerheid te bepaal waartoe die bemiddelingsproses werklik in staat is, en dus of 'n behoefte aan regulering regverdigbaar is. Tweedens kan die effek van bestaande of voorgestelde regulatoriese maatreëls op die bemiddelingsproses nou in terme van beide diversiteit en konsekwentheid met meer sekerheid en in groter detail ontleed word. Aangesien diversiteit slegs 'n werklikheid kan wees as 'n komplekse bemiddelingstelsel tot stand kom, moet die impak van regulering ontleed word in terme van onderskeidelik die totstandkoming van die stelsel en die realisering van kompleksiteit. Die kompleksiteitsmodel verskaf spesifieke vereistes vir beide hierdie aspekte. Hoe regulering die bemiddelingsproses beïnvloed, sowel as die uiteindelijke uitwerking op die stelsel se vermoë om gevolg te gee aan die diversiteit waaraan dit gekenmerk word, kan nou aan die hand van hierdie vereistes ontleed word.

Ten einde te bewys dat 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling gebruik kan word om die gepastheid en effektiwiteit van regulering te ontleed, word drie primêre vorme van regulering vervolgens aan die hand van hierdie model ontleed.

HOOFSTUK 4: AKTIVERINGSREGULERING EN DIE BESLUIT OM TE BEMIDDEL

4 1 Inleiding

In Suid-Afrika is daar tans 49 statute en talle regulasies en reëls wat daarop gemik is om die gebruik van bemiddeling te bevorder of voor te skryf.²⁶⁸ Suid-Afrikaanse howe is besig om bemiddeling toenemend as 'n alternatief tot litigasie te beskou, wat minstens ernstig oorweeg behoort te word deur die partye tot 'n dispuut.²⁶⁹ Ook in die privaat-sektor word daar al hoe meer van kontraktuele bepalinge gebruik gemaak wat alternatiewe vorme van geskilbeslegting vereis – soos bemiddeling en arbitrasie – eerder as om 'n dispuut te verwys na die howe.²⁷⁰ Talle ander belanghebbendes – wat insluit die regering, privaat-, publieke- en gemeenskapsorganisasies, regsgeleerdes en diegene wat glo dat bemiddeling 'n alternatiewe filosofie van geskilbeslegting verteenwoordig – dryf op uiteenlopende wyses die toenemende gebruik van bemiddeling.²⁷¹

Ten spyte van die meganismes wat daarop gemik is om die gebruik van bemiddeling te bevorder, sowel as die voordele wat daaraan gekoppel word, word daar in die praktyk steeds relatief min van bemiddeling gebruik gemaak. Die aanbod van

²⁶⁸ A Rycroft "Settlement and the Law" (2013) 130 *SALJ* 187-197. Sien ook vn 24 hierbo.

²⁶⁹ Die Reëls vir Vrywillige Hof-Verwante Bemiddeling ("bemiddelingreëls") is bv 'n uitvloeisel van die *Access to Justice Conference* wat in Julie 2011 onder die toesig van die hoofregter plaasgevind het. Sien in hierdie verband vn 305 hieronder, asook B Jordaan "The Potential of Court-Based Mediation" (2012) 57 *De Rebus* 18. Vir 'n volledige oorsig van die toenemende aanwending van bemiddeling deur die howe, sien ook die besprekings in par 4 4 2, 4 3 1 en 4 4 1 hieronder, asook KJ Hopt & F Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 3 26-28.

²⁷⁰ N Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform" in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 132-153.

²⁷¹ L Boulle & A Rycroft *Mediation: Principles, Process, Practice* (1997) 57-58.

bemiddelaars is in die algemeen hoër as die vraag na hul dienste.²⁷² Die aanvaarding van bemiddeling as 'n gepaste alternatief tot litigasie is dus steeds 'n uitdaging tot die institusionalisering daarvan. Die doel van aktiveringsregulering is om hierdie institusionaliseringsproses te fasiliteer en te bespoedig.²⁷³

Aktiveringsregulering is daarop gemik om die gebruik van bemiddeling te vergemaklik, te fasiliteer, aan te moedig en te insentifiseer, of om selfs onder sekere omstandighede bemiddeling uitdruklik te vereis.²⁷⁴ Die oorsprong, vorm, inhoud en omvang van aktiveringsregulering kan wesenlik van geval tot geval verskil. Die algemeenste vorme sluit in primêre of gedelegeerde wetgewing, hofreëls, praktykkodes en privaat ooreenkomste. Hierdie verskillende vorme kan in isolasie van mekaar of in verskillende kombinasies aangewend word.²⁷⁵

Die gebruik van aktiveringsregulering is egter kontroversieel.²⁷⁶ In terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma is daar 'n botsing tussen die vrywillige aard van bemiddeling en die dwingende effek van aktiveringsregulering. Vrywilligheid word voorgehou as een van die primêre kenmerke wat bemiddeling onderskei van ander vorme van geskilbeslegting.²⁷⁷ Die "alternatiewe aard" van bemiddeling blyk

²⁷² B Jordaan "Hybrid ADR Processes in South Africa" (2011) 12 *ADR Bulletin* 105 105. Die primêre uitsondering is arbeidsreg en familiereg. In die konteks van die familiereg moet bemiddeling soos wat dit hier bespreek word egter nie verwar word met die rol van die gesinsadvokaat ingevolge die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 nie.

²⁷³ S Press "Institutionalization: Saviour or Saboteur of Mediation?" (1997) 24 *Fla St U LR* 903 907.

²⁷⁴ Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 152-153.

²⁷⁵ L Boule "Promoting Rights Through Court-Based ADR?" (2012) 28 *SAJHR* 1 7.

²⁷⁶ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 24.

²⁷⁷ JB Stulberg "ADR Paradigms and Intervenor Values" (1985) 1985 *J of Disp Resol* 1 5; JS Murray "Guideposts For an Institutional Framework of Consensual Dispute Processing" (1984) 1984 *J of Disp Resol* 45 48, 71-72; B Wolski "Voluntariness and Consensuality: Defining Characteristics of Mediation?" (1997) 15 *Aus Bar R* 213 213, 227; CW Moore *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* (2014) 14; J Folberg & A Taylor *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflict Without Litigation* (1984) 7; HJ Brown & AL Marriott *ADR Principles and Practice* (1999) 108; J Brand, F Steadman & C Todd *Commercial Mediation: A User's Guide* (2012) 24; Boule & Rycroft *Mediation* 13; T Hedeem "Coercion and Self-Determination in Court-

inderwaarheid gefundeer te wees in die vrywillige deelname van die partye.²⁷⁸ Enige meganisme wat die partye verplig of wesenlik beïnvloed om van bemiddeling gebruik te maak, blyk dus teenstrydig te wees met die fundamentele aard van bemiddeling.²⁷⁹ Die vraag is gevolglik of 'n informele, sosiale meganisme soos bemiddeling werklik geïnstusionaliseer kan word as deel van 'n formele stelsel van reëls, prosesse, stappe en forums, sonder dat die alternatiewe aard daarvan verlore gaan.²⁸⁰

In hierdie hoofstuk word die oënskynlike onversoenbaarheid tussen vrywillige deelname teenoor aktiveringsregulering krities ondersoek aan die hand van die kompleksiteitsmodel van bemiddeling. Die doel van hierdie hoofstuk is om te bewys dat hierdie kompleksiteitsmodel dit moontlik maak om die effektiwiteit en ontwerp van aktiveringsmaatreëls in terme van beide diversiteit en konsekwentheid te ontleed.

Dit sal gedoen word deur eerstens te bewys dat so 'n model dit moontlik maak om 'n onderskeid te tref tussen verskillende tipes aktiveringsmeganismes. Aangesien aktiveringsregulering dit ten doel het om die gebruik van bemiddeling te bevorder, impliseer die stelselbenadering dat sulke meganismes dit ten doel het om die totstandkoming van 'n bemiddelingstelsel teweeg te bring.²⁸¹ Gevolglik is dit moontlik om sulke meganismes te klassifiseer op grond van die mate waartoe dit poog om interaksie en interafhanklikheid tussen die samestellende elemente van die bemiddelingstelsel te laat realiseer. In hierdie hoofstuk sal die volgende tipologie van aktiveringsmeganismes verdedig word aan die hand van die kompleksiteitsmodel:

- i. Maatreëls wat die gebruik van bemiddeling aanmoedig;

Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others" (1997) 26 *JSJ* 263 274.

²⁷⁸ EE Deason "Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide" (2005) 80 *Notre Dame LR* 553 553; Boule & Rycroft *Mediation* 14.

²⁷⁹ PS Adler "Resolving Public Policy Conflicts Through Mediation: The Water Code Round Table" (1990) 1 *ADRJ* 69 78; Boule & Rycroft *Mediation* 14, 29-31.

²⁸⁰ LB Bingham "Designing Justice: Legal Institutions and Other Systems for Managing Conflict" (2008) 24 *Ohio St J Disp Resol* 1 2; Deason (2005) *Notre Dame LR* 553.

²⁸¹ Sien par 3 2 3 en 3 3 4 hierbo.

- ii. maatreëls wat dit makliker maak om van bemiddeling gebruik te maak;
- iii. maatreëls wat die gebruik van bemiddeling insentifiseer; en
- iv. maatreëls wat die gebruik van bemiddeling vereis.

Op grond van hierdie tipologie is dit gevolglik moontlik om die effektiwiteit van elke tipe meganisme in afsondering van mekaar, maar op 'n konsekwente basis, te ontleed – oftewel in elke geval in terme van die impak van die meganisme op die interaksie en interafhanklikheid tussen die verskillende rolspelers in die bemiddelingsproses. Hierdie ontledings dien uiteindelik as bewys dat 'n kompleksiteitsmodel dit moontlik maak om die toepassing van verskillende aktiveringsmeganismes op 'n teoretiese basis te regverdig en uiteindelik met groter sekerheid te ontwerp.

4 2 Aanmoediging om te bemiddel

Die eerste vorm van aktiveringsregulering behels dat die partye tot 'n dispuut aktief aangemoedig word om te bemiddel, in plaas daarvan om te litigeer.²⁸² Bemiddeling word egter nie uitdruklik vereis nie. Die partye is ook nie onder enige wesenlike dwang om wel aan bemiddeling deel te neem nie, aangesien daar nie enige nadelige gevolge is indien hulle sou weier nie. Hierdie aktiveringsmeganisme het dit eenvoudig ten doel om ruimte vir bemiddeling te skep binne die konteks van formele geskilbeslegting.

4 2 1 Statutêre institusionalisering

Aanmoediging om te bemiddel kan verskillende vorme aanneem. Die inherente aard van litigasie – en spesifiek die hoë kostes, tydsbeperkinge, risikos en die formele en adversatiewe aard van die proses – dien meermale as implisiete aanmoediging om eerder te bemiddel.²⁸³ Die aktiveringsregulering wat daarop gemik is om die gebruik

²⁸² FEA Sander, HW Allen & D Hensler "Judicial (Mis)Use of ADR? A Debate" (1996) 27 *U Toledo LR* 885 885.

²⁸³ JA Roehl & RE Cook "Mediation in Interpersonal Disputes: Effectiveness and Limitations" in K Kressel & DG Pruitt (reds) *Mediation Research* (1989) 45; D McGillis & J Mullen *Neighborhood Justice Centers: An Analysis of Potential Models* (1977) 61.

van bemiddeling aktief te bevorder, is egter primêr statutêr van aard.

Statutêre aanmoediging is 'n vorm van aktiveringsregulering in die Suid-Afrikaanse reg wat daarop gemik is om die gebruik van bemiddeling binne 'n spesifieke konteks te bevorder. Hierdie statutêre aanmoediging kan byvoorbeeld gevind word in die Maatskappywet.²⁸⁴ Ingevolge die wet kan 'n persoon wat daarop geregtig is om vir verligting aansoek te doen, of wie 'n klag kan liasseer ingevolge die wet, 'n dispuut verwys na bemiddeling, konsiliasie of arbitrasie.²⁸⁵ As die maatskappye tribunaal, of 'n geakkrediteerde entiteit na wie 'n dispuut verwys word vir alternatiewe geskilbeslegting, tot die gevolgtrekking kom dat enige van die partye nie in goeie trou aan so 'n proses deelneem nie, of dat daar nie 'n redelike waarskynlikheid is dat die partye 'n uitkoms by wyse van so 'n proses kan bereik nie, moet 'n sertifikaat uitgereik word wat dit stel dat die proses gefaal het.²⁸⁶

Talle bepalings in die Kinderwet²⁸⁷ moedig ook die partye aan om eers te probeer om 'n ooreenkoms te bereik rakende kwessies soos die verlening van ouerlike verantwoordelikhede en regte aan derdes;²⁸⁸ die sluit van 'n na-aannemings ooreenkoms;²⁸⁹ of die opstel van surrogaat moederskapsooreenkomste.²⁹⁰ Alhoewel bemiddeling nie uitdruklik vereis word nie, kan dit 'n belangrike funksie vervul ter fasilitering van die onderhandelingsproses tussen die partye.²⁹¹

4 2 2 Regterlike aanmoediging

Die institusionalisering van bemiddeling word ook gedryf deur diegene in gesags-

²⁸⁴ 71 van 2008.

²⁸⁵ Art 166(1).

²⁸⁶ Art 166(2).

²⁸⁷ 38 van 2005.

²⁸⁸ Art 22(1) en 30(3).

²⁸⁹ Art 234(1).

²⁹⁰ Art 292, 293 en 295.

²⁹¹ M de Jong "A Pragmatic Look at Mediation as an Alternative to Divorce Litigation" (2010) *TSAR* 515 527.

posisies binne die regstelsel.²⁹² Dit sluit tipies in regters, landdroste of diegene in vergelykbare posisies, soos die hoof van 'n tribunaal. 'n Uitnodiging om te bemiddel word in die algemeen meer geredelik aanvaar wanneer dit deur so 'n hofamptenaar gemaak word – “[p]eople aren't in the habit of saying 'no' to a judge.”²⁹³

'n Regter in die Hoë Hof het die bevoegdheid om, mits die partye daartoe toestem, en sonder 'n formele aansoek, leiding te gee ter bevordering van 'n effektiewe uitkoms van 'n dispuut.²⁹⁴ Hierdie breë bevoegdheid sluit in die regterlike aanmoediging van bemiddeling as 'n alternatief tot litigasie. Daar is sterk presedent vir hierdie tipe regterlike aanmoediging. In *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers*²⁹⁵ is daar spesifiek daarna verwys dat die hof meer as hul normale funksie moet verrig deur “*actual active judicial management, according to equitable principles*” te toon.²⁹⁶ Een manier om dit te doen is deur die gebruik van bemiddeling aan te moedig en te bevorder.²⁹⁷ Die hof het beklemtoon dat die Suid-Afrikaanse sosiale toestande, waar gemeenskappe vir te lank al verdeel is, ryp is vir die gebruik van bemiddeling as alternatiewe vorm van dispuutresolusie. Die voordele van bemiddeling is as volg beskryf:

“By bringing the parties together, narrowing the areas of dispute between them and facilitating mutual give-and-take, mediators can find ways round sticking points in a manner that the adversarial judicial process might not be able to do.”²⁹⁸

Die Hoogste Hof van Appèl het hierdie innoverende benadering bespreek in *Occupiers of Erf 101, 102, 104 and 112 Shorts Retreat, Pietermaritzburg v Daisy Dear Investments*.²⁹⁹ Die hof het bevind dat artikel 4 van die Wet op die Voorkoming

²⁹² JM Nolan-Haley "Court Mediation and the Search for Justice Through Law" (1996) 74 *Wash U L Q* 47 59 vn 54; Boule & Rycroft *Mediation* 14-15.

²⁹³ Nolan-Haley (1996) *Wash U L Q* 61.

²⁹⁴ Reël 37(8)(c) van die Uniforme Hofreëls.

²⁹⁵ 2005 (1) SA 217 (CC).

²⁹⁶ Par 36.

²⁹⁷ Par 39: “*Wherever possible, respectful face-to-face engagement or mediation through a third party should replace arm's-length combat by intransigent opponents.*”

²⁹⁸ Par 42.

²⁹⁹ 2010 (4) BCLR 354 (SCA); [2009] 4 All SA 410 (SCA); [2008] ZACC 1.

van Onwettige Uitsetting en Onregmatige Besetting van Grond³⁰⁰ 'n verpligting op die howe plaas om innoverend te wees, en, waar dit nodig is, weg te beweeg van konvensionele benaderings tot dispute rakende uitsettings.³⁰¹

4 2 3 Impak op die bemiddelingstelsel

Uit die bespreking hierbo blyk dit dat hierdie eerste vorm van aktiveringsregulering nie direk fokus op die totstandkoming van die bemiddelingstelsel nie. Daar word eerder gefokus op die interaksie wat die totstandkoming van so 'n stelsel voorafgaan – die besluit of daar bemiddel gaan word of nie. Deur die partye aan te moedig om hierdie besluit te neem, word die waarskynlikheid vermoedelik verhoog dat daar wel van bemiddeling gebruik gemaak gaan word.

Die effektiwiteit van hierdie vorm van aktiveringsregulering moet gevolglik ook gemeet word in terme van die besluitnemingsproses en nie teen die uitkomst van die bemiddelingsproses self nie. Aanmoediging om te bemiddel sal 'n suksesvolle aktiveringsmeganisme wees waar dit die daadwerklike gebruik van bemiddeling verhoog. Ongelukkig is daar tans weinig empiriese bewyse dat aanmoediging om te bemiddel wel lei tot groter aanvaarding van bemiddeling as 'n alternatiewe vorm van geskilbeslegting. Tot dusver is verhoogde deelname opvallend afwesig by vrywillige bemiddelingsprogramme.³⁰²

In terme van diversiteit en konsekwentheid is dit duidelik dat hierdie vorm van aktiveringsregulering nie werklik spreek tot die dilemma nie. Aangesien die gebruik van bemiddeling, oftewel die totstandkoming van die bemiddelingstelsel, nie verplig of vereis word nie, het dit nie 'n wesenlik effek op die vrywilligheid waarmee daar aan die proses deelgeneem word nie. Die totstandkoming van die bemiddelingstelsel sal steeds 'n produk wees van die vrywillige interaksie tussen die partye.

³⁰⁰ 19 van 1998.

³⁰¹ Par 14.

³⁰² Sien DR Hensler "Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology" (2002) 2002 *J of Disp Resol* 81 81; DR Hensler "In Search of 'Good Mediation': Rhetoric, Practice and Empiricism" in J Sanders & VL Hamilton (reds) *Handbook of Justice Research in Law* (2001) 231.

Hierdie vorm van aktiveringsregulering skep wel ruimte vir die gebruik van bemiddeling binne spesifieke kontekste. Sodoende verleen dit ook belangrike legitimiteit aan bemiddeling as 'n alternatief tot litigasie en speel dit wel 'n belangrike rol in die institusionalisering van bemiddeling.

4 3 Fasilitering van die besluitneming om te bemiddeling

Sekere vorme van aktiveringsregulering is daarop gemik om die gebruik van bemiddeling te vergemaklik. Dit word spesifiek gedoen deur die besluitnemingsproses oor die gebruik van bemiddeling te fasiliteer. Hierdie fasilitering behels tipies verpligte inligtingsessies, gewoonlik as 'n vereiste vir daaropvolgende litigasie, waar die partye ingelig word oor bemiddeling en die voordele daarvan. Dit kan ook bystand van hofamptenare insluit, wie die partye inlig oor die gepastheid van bemiddeling en hulle bystaan met die opstel van 'n ooreenkoms om te bemiddel.³⁰³

4 3 1 Hoofstuk 2 van die Reëls van die Landdroshowe

Die nuutste aktiveringsmeganisme in Suid-Afrika, in die vorm van 'n wysiging aan die Reëls van die Landdroshowe, val binne hierdie kategorie.³⁰⁴ Daar sal voortaan eenvoudig hierna verwys word as die bemiddelingreëls.

Die bemiddelingreëls is 'n uitvloeisel van die *Access to Justice Conference* wat in Julie 2011 onder die toesig van die Hoofregter plaasgevind het.³⁰⁵ By hierdie konferensie is daar besluit dat stappe geneem moet word om alternatiewe

³⁰³ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 26.

³⁰⁴ Die Reëls vir Vrywillige Hof-Verwante Bemiddeling ("bemiddelingreëls"), soos gepubliseer in Kennisgewing no 183 in Staatskoerant no 37448 van 18 Maart 2014, is vervat in hoofstuk 2 van die Reëls van die Landdroshowe. Die wysiging aan die hofreëls is geformuleer ingevolge art 9(6)(b) van die *Jurisdiction of Regional Courts Amendment Act 2008* wat breë bemagtiging aan die *Rules Board for Courts of Law* gee om reëls te maak wat, onder andere, voorsiening maak vir vereenvoudigde en spoedige geskilbeslegtingsprosesse.

³⁰⁵ Sien Jordaan (2012) *De Rebus* 18 en vn 228 hieronder.

geskilbeslegtingsmeganismes – en spesifiek bemiddeling – te integreer in die hofstelsel. Die doel hiervan, en dus ook van die bemiddelingreëls spesifiek, is om groter effek te gee aan artikel 34 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (voortaan “die Grondwet”), deur beter toegang tot die reg te verseker.³⁰⁶ Die bemiddelingreëls sal die mees omvattende vorm van aktiveringsregulering wees wat in die Suid-Afrikaanse reg aangewend word, in teenstelling met die sektor- of konteks-spesifieke regulering wat tot dusver ontwikkel is.³⁰⁷

Die doel van die bemiddelingreëls is om prosedures te voorsien vir die vrywillige verwysing van siviele dispute na bemiddeling in sekere howe.³⁰⁸ Die oordrag van inligting, spesifiek met verwysing na wat bemiddeling behels en wat die voordele daarvan is, gaan hiermee gepaard. Alhoewel die besluit om van bemiddeling gebruik te maak steeds ten volle afhanklik is van die partye, is die aanname dat hierdie maatreëls dit meer waarskynlik sal maak dat die partye sal kies om wel te bemiddel. Sulke maatreëls “aktiveer” dus die gebruik van bemiddeling op ’n indirekte wyse.

Verwysing na bemiddeling kan geskied voor of na aanvang van ’n verhoor, mits dit plaasvind voor die hof uitspraak lewer.³⁰⁹ Alhoewel die partye vrywilliglik ooreen moet kom om die dispuut na bemiddeling te verwys,³¹⁰ word die hof die bevoegdheid gegee om ook uit eie beweging die moontlikheid van bemiddeling aan die partye te

³⁰⁶ Reël 70.

³⁰⁷ Alhoewel die toepassing van die reëls beperk is tot siviele geskilbeslegting in die landdroshowe, kan dit vergelyk word met die VSA se *Uniform Mediation Act*, die Oostenrykse *Act on Mediation in Civil Matters 2003* (“*Zivilrechts-Mediations-Gesetz*”), die Duitse *Act to Promote Mediation and Other Methods of Out-of-court Dispute Resolution 2012* (“*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*”, BGBl. 2012 I, 1577”), of die Australiese *Mediation Act 1997* in die sin dat dit poog om ’n algemene raamwerk vir die gebruik van bemiddeling te skep.

³⁰⁸ Reël 72. Ingevolge reël 74(2) is die Minister verantwoordelik daarvoor om te bepaal op watter howe hierdie reëls van toepassing sal wees. Die omvang van die bemiddelingreëls is beperk tot die skep van ’n prosedurele raamwerk waarbinne bemiddeling *kan* plaasvind, en nie waarin dit *moet* plaasvind nie.

³⁰⁹ Reël 75(1), 75(2) en 79(1).

³¹⁰ Reëls 77 en 78 sit ’n prosedure uiteen vir die fasilitering van die partye se besluitnemingsproses om ’n dispuut na bemiddeling te verwys.

opper en hulle dan die geleentheid te bied om 'n verwysing te maak.³¹¹ Indien die partye ooreenkom op bemiddeling, maak die reëls voorsiening vir die opskorting van tydsbeperkings,³¹² die opstel van skikkingsooreenkomste,³¹³ bemiddelaarsfooie,³¹⁴ regsverteenwoordiging vir die partye,³¹⁵ en die voorgeskrewe vorms wat vereis word.³¹⁶ Behalwe vir hierdie prosedurele aspekte gee die reëls ook inhoud aan die funksie van die hofampenaar verantwoordelik vir die fasilitering van die verwysingsproses, naamlik die klerk of registrateur van die hof,³¹⁷ asook die funksie van die bemiddelaar.³¹⁸

Dit is nie ooglopend dat die bemiddelingreëls noodwendig aan die partye enige bevoegdhede gee waaroor hulle nie reeds beskik nie. Hulle kan, byvoorbeeld, steeds privaat besluit om te bemiddel. Verder sit die reëls eenvoudig prosedures vir verwysing uiteen – daar word nie omstandighede of kriteria vir die verwysing van 'n dispuut na bemiddeling voorgeskryf nie.

Die reëls funksioneer egter in minstens twee belangrike opsigte wel as aktiveringsregulering. Eerstens gee dit aan 'n party wat die moontlikheid van bemiddeling voorsien die geleentheid om die dispuut te verwys, ten spyte daarvan dat die ander party dalk reeds geweier het om privaat te bemiddel. Hierdeur word bemiddeling inderwaarheid 'n tweede kans gegee. Die argument is dat bemiddeling opnuut en met meer erns oorweeg sal word, aangesien die moontlikheid van bemiddeling nou in die skadu van die howe ondersoek word, dit by wyse van 'n gestruktureerde proses gedoen word, en die proses onder die toesig van 'n hofampenaar afspeel. Tweedens gee dit aan die hof die uitdruklike bevoegdheid om self die moontlikheid van bemiddeling te opper en saam met die partye te ondersoek. In hierdie sin is die bemiddelingreëls 'n voorbeeld van daadwerklike en

³¹¹ Reël 75(2) en 79(1).

³¹² Reël 81.

³¹³ Reël 82.

³¹⁴ Reël 84.

³¹⁵ Reël 85.

³¹⁶ Reël 87.

³¹⁷ Reël 76.

³¹⁸ Reël 80 en 86. Sien ook die bespreking in par 6 2 2 hieronder.

direkte integrasie tussen bemiddeling en die howe.

Dit kan nog nie bepaal word wat die effek van die bemiddelingreëls op die institusionalisering en gebruik van bemiddeling in Suid-Afrika gaan wees nie.³¹⁹ Daar kan op hierdie stadium egter twee punte van kritiek geopper word.

Die eerste punt van kritiek is dat die reëls nie vereis dat 'n party wat onwillig is om te bemiddel redes vir hierdie onwilligheid moet voorsien nie. Dit is selfs die geval waar die hof die moontlikheid van bemiddeling opper. Die probleem lê daarin dat onaanvaarbare redes om bemiddeling te weier gewoonlik gebruik kan word as die basis vir sanksies teen so 'n party, byvoorbeeld in die vorm van 'n kostebevel.³²⁰ Op hierdie wyse dien 'n sanksie soos dié as insentief om te bemiddel. Sonder hierdie insentief is die enigste insentiewe om bemiddeling te heroorweeg die konteks waarbinne die besluitnemingsproses afspeel – oftewel die feit dat 'n meer formele besluitnemingsproses plaasvind wat deur 'n hofampptenaar gefasiliteer word. Hierdie konteks kan waarskynlik tot sukses lei as die partye nie voorheen bemiddeling oorweeg het nie, maar waar bemiddeling heroorweeg word is die sukses daarvan oop vir spekulasie. Dit kan, byvoorbeeld, wees dat die las van 'n addisionele proses net die vyandigheid tussen die partye verdiep, in plaas daarvan dat hulle werklik die moontlikheid van bemiddeling opnuut oorweeg. Die reëls misluk dus op die oog af daarin om die gebruik van bemiddeling werklik te insentifiseer.

Die tweede punt van kritiek is dat die omvang van die reëls, wat slegs op die landdroshowe van toepassing is, te beperk is. Hierdie beperking is verder arbitrêr.

³¹⁹ Die reëls word tans as 'n loodsprojek in sekere landdroshowe in Gauteng en Noordwes getoets. Meer besonderhede aangaande die loodsprojek is beskikbaar op die Departement van Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling se webtuiste. <<http://www.justice.gov.za/mediation/mediation.html>> (besoek 13-04-2017). Sien ook J Brand, F Steadman & C Todd *Commercial Mediation: A User's Guide 2* uitg (2016) hoofstuk 5.

³²⁰ Sien in hierdie verband die bespreking in par 4 4 hieronder. Alhoewel die reëls nie spesifiek sanksies vir onredelike weiering of die nie-nakoming van 'n ooreenkoms om te bemiddel insluit nie, word daar wel in par 16 van Form MED-6, soos ingesluit in annex 3 van die bemiddelingreëls, voorsiening daarvoor gemaak dat 'n party wat die ooreenkoms om te bemiddel sou verbreek, beide die ander party en die bemiddelaar vrywaar van enige verliese, wat insluit kostes en uitgawes aangegaan en fooie betaalbaar.

Daar is nie enige fundamentele verskille tussen sake wat aangehoor word deur landdroshowe teenoor sake wat aangehoor word in die Hoë Hof nie. Daar is niks wat daarop dui dat dispute in die laer howe meer gepas is vir bemiddeling nie. Deur dispute van 'n hoë monetêre waarde (wat dus buite die jurisdiksie van die landdroshowe val) uit te sluit, stuur verkeerdelik die boodskap dat bemiddeling nie “ernstig” genoeg is vir sulke sake nie.

Ten spyte van die beperkte omvang van die bemiddelingreëls en die kwessies rakende die effektiwiteit daarvan, is die reëls vanuit 'n analitiese perspektief van besondere waarde. Eerstens verteenwoordig die aanvaarding van die reëls daadwerklike institusionalisering van bemiddeling in die algemeen, teenoor die konteks-spesifieke institusionalisering wat tot op hede plaasgevind het, selfs al is dit op 'n klein skaal. Wetgewende beleid in Suid-Afrika is duidelik ten gunste van bemiddeling as 'n legitieme alternatief tot litigasie. Tweedens gee die reëls insig oor hoe die wetgewer die regulering van bemiddeling in Suid-Afrika benader, en dus ook wat die toekoms moontlik kan inhou.

4 3 2 Impak op die bemiddelingstelsel

Uit die bespreking hierbo blyk dit dat die fasilitering van die besluitnemingsproses rakende of daar bemiddel gaan word of nie in wese soortgelyk is aan aanmoediging om te bemiddel. Die enigste wesenlike verskil is dat hierdie tweede vorm van aktiveringsregulering 'n meer formele en gestruktureerde vorm van aanmoediging is.

Vanuit 'n stelselperspektief is die omvang van hierdie aktiveringsregulasie dus ook beperk tot die saambring van die samestellende elemente van 'n potensiële bemiddelingstelsel. Die regulering kan nie daarop gemik wees om ook die daaropvolgende interaksie of die verhouding van interafhanklikheid tussen die partye te beïnvloed nie. Meganismes soos die bemiddelingreëls “aktiveer” slegs die besluitnemingsproses rakende die totstandkoming van die bemiddelingstelsel, en nie die daadwerklike totstandkoming daarvan ook nie.

Deur die besluitnemingsproses te ondersteun en op 'n konstruktiewe wyse te struktureer en te laat uitspeel, kan hierdie aktiveringsregulering egter indirek bydrae

tot die wyse waarop die bemiddelingstelsel uiteindelik wel tot stand kom. Aangesien die bemiddelingreëls van die uitgangspunt gebruik maak dat bemiddeling meerdere funksies kan vervul, kan daar aanvaar word dat dit vir die partye makliker gemaak word om ooreen te kom op van hierdie funksies.³²¹ Indien die partye na afloop van die besluitnemingsproses wel ooreenkom op bemiddeling, is hierdie moontlik die eerste aspek van die geskilbeslegtingsproses waaroor beide kante ooreengestem het. Dit verteenwoordig ook die totstandkoming van 'n verhouding van interafhanklikheid tussen hulle. Die vroeë bereiking van konsensus kan dus verreikende gevolge hê vir die geheel van die interaksie binne die stelsel wat gevolglik tot stand kom.³²² Die omvang van hierdie effek is egter uiteindelik afhanklik van die unieke, komplekse bemiddelingstelsel waarin dit realiseer.

Soos met aanmoediging om te bemiddel is die effektiwiteit van hierdie aktiveringsmaatreëls gekoppel aan hoe effektief die besluitnemingsproses rakende die gebruik van bemiddeling gefasiliteer word. In die geval van die bemiddelingreëls is die fasilitering van die besluitnemingsproses, sowel as die oordrag van inligting tydens daardie proses, die verantwoordelikheid van 'n klerk of registrateur van die gegewe landdroshof waarin die reëls toegepas word.³²³ Dit is 'n ope vraag of hierdie amptenare gekwalifiseer is om so 'n proses te fasiliteer; of hulle oor die nodige tyd beskik om dit ordentlik te doen; of die proses met die nodige erns aangepak gaan word; en of bemiddeling op 'n ingeligte, volledige en korrekte wyse aan die partye verduidelik gaan word. Hierdie aspekte was al problematies gewees in talle state in die VSA waar soortgelyke maatreëls toegepas is.³²⁴

Die effektiwiteit van die aktiveringsmaatreëls in terme van die bevordering van bemiddeling oor die langtermyn, lê na verwagting daarin dat dit 'n opvoedkundige effek het op diegene wat daardeur van bemiddeling gebruik maak. Hierdie effek dra

³²¹ Sien reël 71.

³²² Sien par 3 4 hierbo.

³²³ Reël 76.

³²⁴ Sien J Alfini, J Barkai, RB Bush, M Hermann, J Hyman, K Kovach, C Liebman, S Press & L Riskin "What Happens When Mediation Is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners, and Host Institutions" (1994) 9 *Ohio St J Disp Resol* 307 319.

by tot die aanvaarbaarheid van bemiddeling deur die samelewing in die breë.³²⁵ Bemiddeling is nog 'n relatief nuwe opsie vir geskilbeslegting. Aangesien geskilbeslegtingsmeganismes wat histories ondersteuning geniet het, *ceterus paribus*, ook in die toekoms ondersteuning sal geniet, is hierdie opvoedkundige effek belangrik vir die legitimiteit en aanvaarbaarheid van bemiddeling in die toekoms.³²⁶

Soos wat die geval was hierbo, verteenwoordig hierdie vorm van aktiverings-regulering nie werklik die diversiteit-konsekwentheid dilemma nie, aangesien die vrywilligheid waarmee daar aan die bemiddelingsproses deelgeneem word nie direk beïnvloed word nie. Die primêre fokus van meganismes soos die bemiddelingreëls is nie om druk op die partye uit te oefen nie. Daar word eerder gepoog om meer inligting aan hulle oor te dra, ten einde hulle in staat te stel om nuwe perspektiewe rakende hul dispuut en die verhouding tussen hulle te ontwikkel. Sodoende word vrywilligheid inderwaarheid versterk. Die totstandkoming van die bemiddelingstelsel is uiteindelik 'n produk van die vrywillige interaksie tussen die partye.

Die bemiddelingreëls kan natuurlik nie verseker dat die een party nie die ander party onregverdiglik beïnvloed of manipuleer tydens die besluitnemingsproses nie. Sodanige manipulasie is egter in enige besluitnemingsproses 'n moontlikheid, en nie 'n inherente gevolg van die bemiddelingreëls self nie.

Ter opsomming kan die effek van hierdie maatreëls beskryf word in terme van die ontwikkeling van 'n siviele regstelsel wat dit so maklik as moontlik maak vir beide partye om te besluit wat die mees gepaste wyse is om hul dispuut te besleg – hetsy dit by wyse van onderhandeling en skikking is, of deur litigasie. Mits partye genoegsaam ingelig is oor wat bemiddeling behels en welke voordele dit vir hulle kan inhou, kan die regstelsel organies groei en ontwikkel tot op 'n punt waar bemiddeling wel 'n normale aspek van geskilbeslegting word.

³²⁵ Daar word in hierdie sin verwys na die *spill-over* effek, *ie* dat toenemende blootstelling aan bemiddeling dit beklemtoon dat daar alternatiewe benaderings tot geskilbeslegting bestaan wat suksesvol kan wees. Sien Alfini *et al* (1994) *Ohio St J Disp Resol* 318, 319.

³²⁶ Galtung beskryf dit as 'n tipiese geval van “*we always solved conflicts that way...*” Sien J Galtung “Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm” (1965) 3 *J Peace Res* 348 377.

4 4 Insentiewe vir die gebruik van bemiddeling

Insentiewe vir die gebruik van bemiddeling, as die derde vorm van aktiverings-regulering, skryf weereens nie die gebruik van bemiddeling uitdruklik voor nie. Die keuse om van bemiddeling gebruik te maak word eerder geïnsentifiseer. Sodanige insentiewe behels dat daar meer dwang op die partye uitgeoefen word as wat die geval was hierbo, maar beperk nie noodwendig die vrywilligheid waarmee die uiteindelijke besluit om te bemiddel geneem word nie.

Insentiewe kan positief of negatief van aard wees. Positiewe insentiewe behels dat daar voordele geheg word aan die gebruik van bemiddeling, welke voordele gewoonlik finansiële van aard is. Gratis regshulp na afloop van bemiddeling is ook 'n voorbeeld van 'n positiewe insentief.³²⁷ In effek het bemiddeling 'n inherente koste-insentief omdat die kostes van bemiddeling in die algemeen laer is as die kostes van litigasie of arbitrasie.³²⁸ Die status van 'n geskilbeslegtingsmeganisme hang uiteindelik tot 'n groot mate af van die kostes wat aangegaan moet word vir die funksionering daarvan.³²⁹ Negatiewe insentiewe behels dat daar nadelige gevolge geheg word aan die besluit om nie van bemiddeling gebruik te maak nie. Dit behels tipies dat die party wat onredelik was in hul weiering om te bemiddel die kostes van die geding moet dra. Laasgenoemde is die meganisme wat deur die houe in Suid-Afrika gebruik word.³³⁰

4 4 1 Sanksies vir die onredelike weiering om te bemiddel

As uitgangspunt kan die rasionaal vir negatiewe koste-insentiewe of sanksies as volg beskryf word:

“It is fair to say that the settlement process takes place within a legal context where

³²⁷ Boule & Rycroft *Mediation* 14-15.

³²⁸ Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 33. Sien ook par 5 4 2 1 hieronder.

³²⁹ Galtung (1965) *J Peace Res* 378.

³³⁰ Sien par 4 4 1 hieronder.

public policy not only promotes mediation as a step towards settlement but may penalise those who refuse it and, as a consequence, waste public resources to resolve the dispute.”³³¹

Sanksies vir die onredelike weiering om te bemiddel verteenwoordig een van die primêre wyses waarop die institutionalisering van bemiddeling tans in Suid-Afrika gedryf word. Waar 'n party nie redelikerwys die gebruik van bemiddeling oorweeg het nie, en dit blyk dat bemiddeling wel 'n gepaste alternatief tot litigasie kon wees, kan die hof 'n kostebevel teen so 'n party maak.³³² Sulke sanksies kan verder opgelê word op óf die partye óf hul regsverteenwoordigers.³³³ Hierdeur insentifiseer die hof die partye om minstens die moontlikheid van bemiddeling werklik te oorweeg.

Die algemene uitgangspunt rakende kostebevele in die Suid-Afrikaanse reg is dat die bepaling van die kostes van 'n geding primêr binne die diskresie van die hof val,³³⁴ tensy dit spesifiek statutêr gereguleer word.³³⁵ In die algemeen word die kostes van 'n geding gedra deur die onsuksesvolle party,³³⁶ tensy daar geldige gronde of spesiale omstandighede bestaan om hiervan af te wyk.³³⁷ Die diskresie van die hof is egter nie onbeperk nie.³³⁸ Dit kan ook nie op 'n arbitrêre wyse

³³¹ Rycroft (2013) SALJ 200. Sien ook Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 32.

³³² Rycroft (2013) SALJ 200.

³³³ R Feehily “Cost sanctions: The critical instrument in the development of commercial mediation in South Africa” (2009) 126 SALJ 291; *MB v NB* 2010 (3) SA 220 (GSJ).

³³⁴ Sien *Abbott v Von Theleman* 1997 (2) SA 848 (C) 854B. Die Hoë Hof het in die algemeen die inherente bevoegdheid om sy eie prosesse te reguleer. Sien in hierdie verband art 173 van die Grondwet; *South African Broadcasting Corp Ltd v National Director of Public Prosecutions* 2007 (1) SA 523 (CC) par 35, 36; *Sefatsa v Attorney-General, Transvaal* (1) SA 821 (A) 832D, waar die Hof die volgende gestel het: “[T]he Court will exercise an inherent jurisdiction whenever justice requires that it should do so.”

³³⁵ *Kruger Bros & Wasserman v Ruskin* 1918 AD 63 69; *Blue Circle Ltd v Valuation Appeal Board, Lichtenburg* 1991 (2) SA 772 (A) 796.

³³⁶ *Pelser v Levy* 1905 TS 466 469; *Kathrada v Arbitration Tribunal* 1975 (2) SA 673 (A) 679-681.

³³⁷ *Abbott v Von Theleman* 1997 (2) SA 848 (C).

³³⁸ *Moller v Erasmus* 1959 (2) SA 465 (T) 467.

uitgeoefen word nie.³³⁹

Die Suid-Afrikaanse hofe het reeds 'n algemene verwagting van partye om bemiddeling te oorweeg begin ontwikkel op grond van bestaande hofreëls en regulasies. Voorbeelde van sulke reëls sluit die volgende in:

Reël 37 van die Uniforme Hofreëls maak voorsiening vir voor-verhoor konferensies in die Hoë Hofe. So 'n konferensie is daarop gemik om, onder andere, die kwessies wat in dispuut is te beperk en om die moontlikheid van 'n skikkingsooreenkoms te ondersoek.

Reël 37(6)(d) vereis spesifiek dat daar genotuleer moet word of daar kwessies is wat na, onder andere, bemiddeling verwys gaan word en op watter basis dit gedoen word. Die moontlikheid van bemiddeling is dus 'n aspek wat tydens so 'n konferensie oorweeg moet word.³⁴⁰

Reël 37(9) gee aan die verhoorhof die bevoegdheid om 'n kostebevel teen 'n party of hul regsverteenvoerder te maak waar hulle nie aan die voor-verhoor konferensie deelgeneem het nie, of waar hulle wesenlik daarin gefaal het om die effektiewe beslegting van die dispuut sonder litigasie teweeg te bring, wat die moontlikheid van bemiddeling insluit. Waar die hof meen dat die litigasieproses onnodig uitgerek is deur die suksesvolle party kan die hof so 'n party penaliseer met kostes.³⁴¹

Artikel 54(1) van die Wet op die Landdroshofe³⁴² maak voorsiening daarvoor dat 'n landdroshof *suo motu* of op aanvraag van een van die partye 'n voor-verhoor konferensie byeen kan roep met die doel om die kwessies wat in dispuut is te beperk en om in die algemeen die dispuut op die vinnigste en mees koste-effektiewe wyse te besleg. Artikel 54(4) en (5) gee aan die hof 'n breë diskresie om 'n kostebevel te verleen teen 'n party wat weier of nalaat om aan so 'n konferensie deel te neem.

³³⁹ *Gelb v Hawkins* 1960 (3) SA 687 (A) 694. Sien ook *Merber v Merber* 1948 (1) SA 446 (A).

³⁴⁰ Sien ook *MB v NB* 2010 (3) SA 220 (GSJ) par 49.

³⁴¹ Reël 39(24) van die Uniforme Hofreëls. Sien ook *Van der Schyffen v Gemeenskapsontwikkelingsraad* 1984 (2) SA 497 (W).

³⁴² 32 van 1944.

Alhoewel bemiddeling nie so uitdruklik genoem word soos in die geval van die Uniforme Hofreëls nie,³⁴³ kan die plig om bemiddeling te oorweeg gesien word as implisiet tot die vinnige en koste-effektiewe beslegting van die dispuut.³⁴⁴

Alhoewel die reëls wat hierbo bespreek is nie bemiddeling uitdruklik voorskryf nie en nie aan die voorsittende beampte 'n spesifieke diskresie gee om bemiddeling te vereis nie, dien die moontlikheid van sanksie as 'n insentief om te bemiddel of om dit minstens redelikerwys te oorweeg.

Die effektiwiteit van sanksies om die gebruik van bemiddeling te bevorder het egter tot onlangs veel te wense gelaat. Hierdie insentief is deur die Hoë Hof as't ware tande gegee in *MB v NB*.³⁴⁵ In hierdie uitspraak het die hof bepaal dat die fooie van die partye se regsverteenvoerders beperk moet word op grond van hul onwilligheid om van bemiddeling gebruik te maak. Die dispuut, wat gefundeer was in 'n besondere bitter egskending tussen die partye, was van so 'n aard dat dit duidelik was dat bemiddeling 'n meer effektiewe geskilbeslegtingsmeganisme as litigasie sou wees. Een element van die egskendingsdispuut het die betaling van skoolfooie van ongeveer R220 000 behels. Na beraming sou die partye se totale regskoste na afloop van die verhoor tussen R500 000 en R750 000 wees. Brassey AR het dit tereg duidelik gestel dat hierdie onkoste veel eerder ter delging van die skoolfooie aangewend kon word – 'n moontlikheid wat ongetwyfeld tydens bemiddeling bespreek sou kon word.³⁴⁶ Die regsverteenvoerders het egter nagelaat om die voordele van bemiddeling voldoende aan die partye te verduidelik voordat daar op litigasie besluit is.³⁴⁷ Die beperking van die regsverteenvoerders se fooie is 'n unieke benadering, wat selfs nog nie in die Engelse reg, waar sanksies gereeld gebruik word, opgelê is nie.³⁴⁸

³⁴³ Hierdie posisie kan wesenlik verander in die lig van hoofstuk 2 van die Reëls van die Landdroshoue. Sien par 4 3 1 hierbo.

³⁴⁴ Feehily (2009) *SALJ* 315.

³⁴⁵ 2010 (3) SA 220 (GSJ).

³⁴⁶ Par 49.

³⁴⁷ Par 49-60.

³⁴⁸ Sien par 4 4 2 hieronder.

Die ondersteuning wat Brassey AR aan bemiddeling gegee het in *MB v NB*³⁴⁹ is onderskryf deur die Hoogste Hof van Appèl in *FS v JJ*.³⁵⁰ Sulke uitsprake versterk nie alleenlik die verpligting om bemiddeling te oorweeg nie, maar heg ook swaarder gevolge aan die late om dit te doen – vir die partye asook vir hul regsverteenwoordigers. Die oorweging van alternatiewe geskilbeslegtings-meganismes word dus in effek soortgelyk benader as die maak van 'n monetêre skikkingsaanbod in terme van reël 34 van die Uniforme Hofreëls.³⁵¹ Ingevolge hierdie reël kan die hof, nadat 'n bevinding gemaak is, enige skikkingsaanbod wat tydens die voor-verhoor proses gemaak is in oorweging neem met die heroorweging van 'n kostebevel.³⁵²

Dit blyk uit die Engelse reg dat dit moontlik is vir 'n hof om selfs sanksies op die party wat suksesvol gelitigeer het te plaas waar so 'n party bemiddeling onredelik geweier het. In *Leicester Circuits Limited v Coates Brothers Plc*³⁵³ het die hof 'n suksesvolle appellant daarvoor gepenaliseer dat hulle op die laaste minuut sonder geldige rede onttrek het van die bemiddelingsproses waarop daar vooraf ooreengekom is.³⁵⁴ Alhoewel hierdie 'n redelike ongewone bevel is,³⁵⁵ kan dit toegestaan word onder omstandighede waar die hof nie die optrede van die suksesvolle party goedkeur nie,³⁵⁶ of waar so 'n party se misleidende optrede of stellings die rede vir kostes of vir onnodige litigasie was.³⁵⁷ Onnodige litigasie kan ook die resultaat wees van die

³⁴⁹ 2010 (3) SA 220 (GSJ).

³⁵⁰ 2011 (3) SA 126 (SCA). Sien par 4 5 1 3 hieronder vir 'n volledige bespreking van hierdie saak.

³⁵¹ Brand *et al Commercial Mediation* 45.

³⁵² Reël 34(11) en (12).

³⁵³ [2003] EWCA Civ 333.

³⁵⁴ Par 18. Sien ook die bespreking van *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust*, *Steel v Joy & Holiday* [2004] 1 WLR 3002 (CA) in par 4 4 2 hieronder, sowel as twee verdere appèlhofsake: *Neal v Jones* [2002] EWCA Civ 1730; *McCook v Lobo* [2002] EWCA 2002.

³⁵⁵ *Kent v Bevern & Co* 1907 TS 395 400-401; *Palley v Knight* 1961 (4) SA 633 (SR) 639; *Treatment Action Campaign v Minister of Health* 2005 (6) SA 363 (T) 371H; *City of Cape Town v Unlawful Occupiers, Erf 1800, Capricorn (Vrygrond Development)* 2003 (6) SA 140 (C) 153-154.

³⁵⁶ *Berkowitz v Berkowitz* 1956 (3) SA 522 (SR) 527.

³⁵⁷ *Krook v Zaltzman* 1930 OPD 108 111. Sien ook *Kent v Bevern & Co* 1907 TS 395 401-402; *Rhodes v Coetzee* (1865) 1 R 288; *Bosch v Titley* 1908 ORC 27; *Ritter v Godfrey* [1920] 2 KB 47 (CA) 60; *Chenille Industries v Vorster* 1953 (2) SA 691 (0) 702; *Chetty v Louis Joss Motors* 1948 (3) SA 329 (T); *Bester v Van Niekerk* 1960 (2) SA363 (E) 366; *De Villiers v Soetsane* 1975 (1) SA 360 (E) 363; *Nxumalo v Mavundla* 2000 (4) SA 349 (D) 354D-E.

onredelike weiering om te bemiddel, waar die beslegting van die dispuut andersins daarby kon baat.³⁵⁸ Die regsposisie in Suid-Afrika blyk soortgelyk aan voormelde te wees, alhoewel die moontlikheid van bemiddeling nog nie uitdruklik oorweeg is in terme van die afkeurenswaardige optrede van 'n suksesvolle party nie.³⁵⁹

In teenstelling met 'n groeiende of uitgebreide algemene verpligting, is daar ook talle voorbeelde van spesifieke statutêre verpligtinge om bemiddeling as alternatief te oorweeg. Ingevolge die Nasionale Kredietwet³⁶⁰ word daar, as alternatief tot die liassering van 'n klag by die Nasionale Kredietreguleerder, voorsiening gemaak vir die vrywillige verwysing van die dispuut na bemiddeling.³⁶¹ Indien die respondent beswaar maak teen bemiddeling, kan die tribunaal, nadat daar oorweging geskenk is aan die saak, 'n spesiale kostebevel maak teen die respondent as dit blyk dat die dispuut waarskynlik suksesvol bemiddel sou kon word.³⁶² Uit hierdie wetgewing blyk dit dat die Suid-Afrikaanse wetgewer effektief die beginsel van koste sanksies aangeneem het. Die gebruik van dié sanksies behoort nou verder statutêr uitgebrei te word om ook kommersiële dispuite in te sluit.³⁶³

Die effektiwiteit van sanksies is in beginsel belowend. Wanneer daar 'n wesenlike risiko van nadelige kostebevele bestaan is dit waarskynlik dat daar 'n toename in bemiddeling kan wees, soos wat die geval was in Engeland.³⁶⁴

4 4 2 Regsontwikkeling van insentiewe om te bemiddel

Daar is egter nog veel ruimte vir die ontwikkeling van reëls wat sanksies in die vorm van kostebevele in die breë moontlik maak vir die onredelike weiering om te

³⁵⁸ Feehily (2009) *SALJ* 313.

³⁵⁹ *Michael v Linksfeld Park Clinic* 2001 (3) SA 1188 (SCA) par 106-108. Sien ook Boule (2012) *SAJHR* 9-10

³⁶⁰ 34 van 2005.

³⁶¹ Art 134(1)-(2). Waar die kredietvoorsiener 'n finansiële instelling is moet die dispuut na die relevante ombudsman verwys word.

³⁶² Art 134(3).

³⁶³ Feehily (2009) *SALJ* 311.

³⁶⁴ Feehily (2009) *SALJ* 311.

bemiddel.³⁶⁵ In die afwesigheid van statutêre regulering wat aan die howe uitdruklik die bevoegdheid gee om kostebevele teen partye te maak wat onredelik bemiddeling weier kan daar tot 'n mate gebruik gemaak word van Engelse regspraak as presedent.³⁶⁶ Die Hoogste Hof van Appèl het reeds *obiter* 'n gewilligheid aangedui om, in die afwesigheid van toepaslike plaaslike wetgewing, buitelandse wetgewing in ag te neem in die besluite van die hof.³⁶⁷ Die voordeel hiervan is dat Suid-Afrika kan baat by die uitgebreide regsontwikkeling oor hierdie onderwerp in Engeland,³⁶⁸ in plaas daarvan om te wag dat die behoefte by wyse van nasionale wetgewing aangespreek word.

Die primêre ontwikkeling in die Engelse reg waarby Suid-Afrika in hierdie konteks kan baat, is die uitspraak in *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust, Steel v Joy & Holiday*.³⁶⁹ In hierdie uitspraak het die hof 'n lys van faktore uiteengesit wat relevant kan wees tot die vraag of 'n party bemiddeling onredelik geweier het. Sulke faktore verhoed dat die redelikheid van die partye se besluit oorweeg word as “*an interpretive automatism which is blind to the individual case*”.³⁷⁰ Die faktore sluit die volgende in:

- i. Die aard van die dispuut;³⁷¹
- ii. die meriete van die saak;³⁷²
- iii. die mate waartoe ander skikkingsmeganismes al probeer is;³⁷³

³⁶⁵ Daar word bv nie in die nuwe bemiddelingreëls direk voorsiening hiervoor gemaak nie. Sien egter vn 320 hierbo.

³⁶⁶ Sulke regspraak het voortgevloei uit die Engelse *Civil Procedure Rules* (CPR) en die *Practice Directions* tot hierdie reëls.

³⁶⁷ Sien *Johannesburg Country Club v Scott* 2004 (5) SA 511 (SCA).

³⁶⁸ Sien *Cowl v Plymouth City Council* [2001] EWCA Civ 1935 par 25; *Dunnett v Railtrack* [2002] EWCA Civ 302 par 12, 15; *Hurst v Leeming* [2002] LLPN 508 par 15; *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust, Steel v Joy & Holiday* [2004] 1 WLR 3002 (CA) par 4-11; *Valentine v Allen* 9 [2003] EWCA Civ 915 par 28.

³⁶⁹ [2004] 1 WLR 3002 (CA).

³⁷⁰ Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 20.

³⁷¹ Par 17.

³⁷² Par 18.

³⁷³ Par 20.

- iv. of die kostes van alternatiewe geskilbeslegting disproporsioneel hoog sal wees;³⁷⁴
- v. of die opstel en bywoon van alternatiewe geskilbeslegting sal lei tot vertraging wat nadelig vir die partye se belange en regte sal wees;³⁷⁵ en
- vi. of alternatiewe geskilbeslegting 'n redelike vooruitsig van sukses bied.³⁷⁶

Die *Halsey*-faktore is toegepas in *Reed Executive Plc v Reed Business Information*;³⁷⁷ *Re Midland Linen Service Ltd sub nom Chaudry v Yap*³⁷⁸ en *Couwenbergh v Valkova*.³⁷⁹ Die presedent vir die gebruik van hierdie faktore is verder versterk in *Burchell v Bullard*.³⁸⁰ In laasgenoemde uitspraak het die hof nie 'n kostebevel toegestaan nie, aangesien die aanbod om te bemiddel gemaak is voor die uitspraak in *Halsey*.³⁸¹ Die hof bevestig egter dat die uitspraak anders sou wees as die dispuut aangehoor is na uitspraak gelewer is in *Halsey*.³⁸²

In *Hurst v Leeming*³⁸³ oorweeg die hof ook die omstandighede waaronder sanksies regverdigbaar is vir die weiering om te bemiddel. Lightman R stel dat die primêre faktor is of daar objektief gesproke 'n werklike vooruitsig van suksesvolle bemiddeling is.³⁸⁴ Indien dit nie die geval is nie, kan die partye op grond hiervan bemiddeling sonder sanksie weier. Hy het egter bygevoeg dat daar 'n groot risiko gepaard gaan met die weiering om te bemiddel. Wanneer die objektiewe bepaling van die vooruitsig van sukses gemaak word, moet die vertrekpunt wees dat die bemiddelingsproses meermale wel suksesvol is. Bemiddeling lei tot die skep van 'n meer sinvolle en versoenende benadering tot konflik, welke benadering nie voor bemiddeling bestaan het of selfs kon bestaan het nie. Dit kan daartoe lei dat elkeen

³⁷⁴ Par 21.

³⁷⁵ Par 22.

³⁷⁶ Par 23.

³⁷⁷ [2004] EWCA Civ 887.

³⁷⁸ [2004] All ER (D) 406.

³⁷⁹ [2005] All ER (D) 98.

³⁸⁰ [2005] EWCA Civ 358.

³⁸¹ [2004] 1 WLR 3002 (CA).

³⁸² Par 50-51.

³⁸³ [2002] LLPN 508.

³⁸⁴ Par 15.

van die partye die sterk- en swakpunte van hul eie, sowel as die ander party, se saak insien. Sodoende vergroot die partye se kapasiteit om tot kompromieë toe te stem. Hierdie gevolg moet spesifiek ingereken word wanneer daar besluit word oor die gebruik van bemiddeling, selfs waar bemiddeling aanvanklik onmoontlik blyk te wees.³⁸⁵

4 4 3 Impak op die bemiddelingstelsel

Insentifiserende maatreëls “aktiveer” bemiddeling in die sin dat bemiddeling een van die verstekopsies vir geskilbeslegting raak. Alhoewel die partye nie verplig is om van bemiddeling gebruik te maak nie, moet hulle redes kan gee wat die redelikheid van hul weiering toon.

In stelseltermen kan insentifiserende aktiveringsregulering die samestellende elemente van die bemiddelingstelsel saambring, maar word die interaksie en interafhanklikheid wat aan so 'n stelsel gevolg gee slegs op indirekte wyses beïnvloed. Die daadwerklike en direkte impak van sulke maatreëls realiseer in terme van die besluitnemingsproses waardeur daar bepaal word of bemiddeling gebruik gaan word of nie. Die aard van insentifiserende aktiveringsregulering is dus ook soortgelyk aan dié van die maatreëls wat reeds hierbo bespreek is.³⁸⁶

Die effek van insentifiserende aktiveringsregulering in stelseltermen strek egter verder as wat die geval is met meganismes wat slegs die besluitnemingsproses fasiliteer. Alhoewel insentifiserende aktiveringsregulering, soos die moontlikheid van finansiële sanksies, nie die partye verplig om van bemiddeling gebruik te maak nie, oefen dit wel 'n groter mate van dwang op hulle uit as wat die geval was hierbo. Die partye is onder dwang om bemiddeling te oorweeg, aangesien hulle redes sal moet gee vir hul weiering om te bemiddel. Die erns van die oorweging lê daarin dat die hof, onafhanklik van die partye, ook dieselfde oorweging gaan maak, en dat die hof se besluit ernstige finansiële gevolge vir die partye kan inhou. Gevolglik sal die

³⁸⁵ Par 15. Let egter ook daarop dat sekere aspekte van *Hurst v Leeming* teenstrydig is met die latere uitspraak van *Halsey* en dat die appèlhof in *Halsey* sekere bevindings wat gemaak is in *Hurst v Leeming* verwerp het.

³⁸⁶ Sien par 4 2 3 en 4 3 2 hierbo.

partye, in die afwesigheid van geldige redes wat redelike besluitneming bewys, óf moet bemiddel óf onderworpe wees aan sanksies.

Alhoewel die uiteindelijke totstandkoming van die bemiddelingstelsel steeds 'n produk is van die vrywillige interaksie tussen die partye, kan die hoër vlakke van dwang relevant wees in terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma. Aangesien daar aangeneem kan word dat partye sal verkies om nie vermybare finansiële nadeel te ly nie, is die implikasie dat partye wat nie redelikerwys bemiddeling kan weier nie, wel “ongewillig” sal kies om aan die proses deel te neem. 'n Ongewillige party kan eenvoudig toestem tot bemiddeling, *mala fide* aan die proses deelneem, en dan aan die hof rapporteer dat die proses onsuksesvol was. In sulke gevalle het insentifiserende aktiveringsregulering duidelik 'n direkte invloed op die vrywillige deelname van die partye, ten spyte daarvan dat die besluitnemingsproses en hul uiteindelijke deelname aan bemiddeling op die oog af steeds vrywillig blyk te wees.

Bogenoemde het belangrike implikasies vir die regulering van die bemiddelingsproses. As die hof moet bepaal of die partye se redes vir weiering redelik is, sal die hof per implikasie ook in ag moet neem of deelname aan bemiddeling werklik *bona fide* was. Ten einde dit te doen word daar standaard vir *bona fide* optrede benodig – welke standaard in eie reg 'n vorm van regulering is.³⁸⁷

Verder is die eksterne evaluering van die bemiddelingsproses problematies omdat die proses vertroulik is.³⁸⁸ Effektiewe bemiddeling vereis eerlikheid en openlikheid ten einde die bemiddelaar in staat te stel om die nodige kwessies, belange en

³⁸⁷ Sien hoofstuk 5 vir 'n volledige bespreking van prosedurele regulering.

³⁸⁸ FEA Sander "Some Concluding Thoughts" (2002) 17 *Ohio St J Disp Resol* 705 708; KL Brown "Confidentiality in Mediation: Status and Implications" (1991) 1991 *J of Disp Resol* 307 310; M Shirley & W Harris "Confidentiality in Court-Annexed Mediation – Fact or Fallacy?" (1993) 13 *Queensland Lawyer* 221 223. KK Kovach *Mediation: Principles and Practice* (1994) 139: "In some instances the words mediation and confidentiality are used almost synonymously. In fact, it has been noted that most people operate under the assumption that the mediation process is confidential, even if it is not." Sien in hierdie verband ook LR Freedman & ML Prigoff "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection" (1987) 2 *Ohio St J Disp Resol* 37 42. Ander gesag sien konfidensialiteit as belangrik vir die bemiddeling van bemiddeling, maar nie noodwendig as 'n kenmerk van die proses nie – sien Boule & Rycroft *Mediation* 8-9, 240.

onderliggende redes tot die dispuut uit te lig.³⁸⁹ Openbaarmaking vereis dat die partye mekaar, sowel as die bemiddelaar, moet kan vertrou. Hierdie vertroue is net moontlik waar die vertroulikheid van sulke openbaarmakings verseker kan word.³⁹⁰

Alhoewel insentifiserende aktiveringsregulering op die oog af slegs daarop gemik is om die samestellende elemente van die bemiddelingstelsel saam te bring, kan die implisiete dwang wat daardeur uitgeoefen word verreikende gevolge hê vir die bemiddelingstelsel wat wel tot stand kom.

Daar moet egter beklemtoon word dat hierdie dwang nie in die praktyk noodwendig gevaarlik of nadelig vir bemiddeling blyk te wees nie. Dit kan inderwaarheid 'n positiewe effek op die bemiddelingsproses hê. Empiriese navorsing dui daarop dat 'n kombinasie van aanmoediging om te bemiddel en gepaste meganismes wat druk op die partye uitoefen dit meer waarskynlik maak dat partye 'n skikking sal bereik.³⁹¹ Hierdie gevolgtrekking beklemtoon die kapasiteit van die komplekse bemiddelingsproses om gevolg te gee aan 'n nuwe, gedeelde realiteit waarbinne konsensus bereik kan word, ten spyte van die wyse waarop die bemiddelingstelsel aanvanklik tot stand gekom het.

4 5 Verpligte bemiddeling

Verpligte bemiddeling – hetsy die verpligting statutêr, geregtelik of kontraktueel van aard is – verteenwoordig die mees ingrypende wyse waarop bemiddeling geïnstusionaliseer kan word. Die verpligting kan van algemene toepassing wees, byvoorbeeld dat alle siviele dispute eers bemiddel moet word, of dit kan slegs van toepassing wees op sekere tipes of klasse van dispute.³⁹² Verpligte bemiddeling is besig om toenemend 'n algemene kenmerk van moderne geskilbeslegtingstelsels te

³⁸⁹ ML Prigoff "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation" (1989) 12 *Seton Hall Legis J* 1 1-3; Freedman & Prigoff (1987) *Ohio St J Disp Resol* 38;.

³⁹⁰ GW Adams *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations* (2003) 290; Brown (1991) *J of Disp Resol* 310; Kovach *Mediation* 140.

³⁹¹ H Genn "Civil Mediation: A Measured Approach?" (2010) 32 *J Soc Welf Fam Law* 195 200.

³⁹² Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 25.

raak.³⁹³

Die impak wat hierdie vorm van aktiveringsregulering op die bemiddelingsproses en die uitkomst daarvan het is kontroversieel.³⁹⁴ Verpligte bemiddeling is per definisie 'n besonders effektiewe aktiveringsmaatreël. Indien die doel daarvan is om die gebruik van bemiddeling te bevorder en dit institusioneel deel te maak van formele geskilbeslegting, is daar geen beter opsie as om partye te dwing om daarvan gebruik te maak nie. Anders as met die vorige vorme van aktiveringsregulering, word die doel van verpligte bemiddeling dus geag te wees die werklike totstandkoming van die bemiddelingstelsel. Aan die ander kant is dit egter ook duidelik dat verpligte bemiddeling belangrike implikasies inhou vir die interaksie tussen die partye en spesifiek die vrywilligheid waaraan hierdie interaksie gekenmerk word. Dwingende toetreding tot bemiddeling blyk lynreg te bots met die fundamenteel vrywillige aard van die proses. Om hierdie rede lê verpligte bemiddeling aan die hart van die diversiteit-konsekwentheid dilemma.

4 5 1 Vorme van verpligte bemiddeling

Soos wat die geval was met die vorige vorme van aktiveringsregulering, kan verpligte bemiddeling op verskillende wyses realiseer. Die belangrikste hiervan word vervolgens verder beskryf.

4 5 1 1 Statutêre verpligting om te bemiddel

Daar is nie tans 'n algemene statutêre verpligting om te bemiddel in die Suid-Afrikaanse reg nie. Daar bestaan wel talle konteks-spesifieke statutêre verpligtinge wat bemiddeling 'n voorvereiste maak vir litigasie of arbitrasie vir sekere tipes dispute. Enkele voorbeelde hiervan word vervolgens uitgelig.

³⁹³ Vir 'n volledige bespreking van hierdie ontwikkeling sien LJ Van Zyl *Divorce Mediation and the Best Interests of the Child* (1997) 142-153. Sien ook *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC) par 40.

³⁹⁴ Moore *The Mediation Process* 19; Wolski (1997) *Aus Bar R* 214; Roberts *Mediation in Family Disputes* 10.

Die Wet op Arbeidsverhoudinge³⁹⁵ vereis dat alle dispute rakende onregverdigde ontslag of onregverdigde arbeidspraktyke eers verwys moet word na konsiliasie,³⁹⁶ as 'n voorvereiste vir arbitrasie en moontlike litigasie.³⁹⁷ Hierdie bemiddeling vind plaas onder die vaandel van die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (KVBA). Die feit dat die KVBA 'n onafhanklike statutêre liggaam is dien as bewys van die mate waartoe bemiddeling reeds geïnstusionaliseer is in die konteks van arbeidsdispute.³⁹⁸

Partye kan ingevolge artikel 4 van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede³⁹⁹ gedwing word om aan beperkte hof-verwante bemiddeling by wyse van die Kantoor van die Gesinsadvokaat deel te neem voordat 'n egskeidingsbevel verleen sal word.⁴⁰⁰

Ingevolge die Kinderwet⁴⁰¹ moet sekere dispute tussen 'n kind se biologiese ongetroude ouers eers verwys word na bemiddeling deur die gesinsadvokaat, 'n maatskaplike werker of ander professionele persoon in maatskaplike dienste, of 'n ander gepaste persoon.⁴⁰² So ook moet die mede-houers van ouerlike

³⁹⁵ 66 van 1995.

³⁹⁶ Ingevolge art 135(3) van die wet word daar by "konsiliasie" ingesluit die moontlikheid van bemiddeling, die inwin van feite ("*fact-finding*") of die maak van 'n aanbeveling aan die partye, wat die vorm van 'n adviserende arbitrasie toekenning mag aanneem ("*advisory award*"). Jordaan (2011) *ADR Bulletin* 105: In die praktyk behels konsiliasie 'n robuuste vorm van bemiddeling, met die bemiddelaar wat nie sal huiwer om hul eie opvattinge rakende die meriete van 'n saak met die partye te deel nie. Dit kan dus ook as meer evaluerend beskryf word. Daar moet egter in gedagte gehou word dat hierdie proses afspeel binne die konteks van arbeidsdispute, wat moontlik spesifiek gepas is vir evaluerende bemiddeling. Sien in hierdie verband ook par 6 3 2 hieronder.

³⁹⁷ Art 191.

³⁹⁸ Sien ook Rycroft (2013) *SALJ* 198: "*It needs to be noted that the CCMA is a free service, funded by the state, with an enviable track record in dispute resolution. For parties in dispute outside the employment relationship there is little infrastructure to support mediation, which has to be self-funded and set up privately.*"

³⁹⁹ 24 van 1987.

⁴⁰⁰ Ingevolge art 4(1)(b) en 4(2)(b) is die funksie van die gesinsadvokaat in hierdie opsig beperk tot kwessies rakende bewaring, voogdy en toegang tot kinders.

⁴⁰¹ 38 van 2005.

⁴⁰² Art 21(3)(a).

verantwoordelikhede en regte, waar 'n dispuut ontstaan in die uitoefening van daardie verantwoordelikhede en regte, eers probeer om ooreen te kom op 'n ouerskapsplan by wyse van bemiddeling.⁴⁰³

In die konteks van uitsettings het die Hoë Hof in *Oelofsen NO v Gwebu*⁴⁰⁴ spesifiek die afdwingbaarheid van 'n statutêre verpligting om te bemiddel oorweeg. Die hof het gestel dat die wetgewer spesifiek bemiddeling geïntegreer het in die uitsettingsproses en dat daar nie toegelaat kan word dat die gebruik daarvan wegwyn net omdat die een party dit geïgnoreer het nie.⁴⁰⁵ In hierdie geval was die Nelspruit plaaslike munisipaliteit – nou bekend as Mbombela – onder 'n verpligting om te bepaal of daar 'n dispuut in terme van die Wet op die Voorkoming van Onwettige Uitsetting en Onregmatige Besetting van Grond⁴⁰⁶ bestaan het. Die munisipaliteit kon nie eenvoudig aanneem dat daar nie 'n dispuut was nie – hulle moes daadwerklike stappe neem om die bestaan van 'n dispuut te ondersoek.⁴⁰⁷ Indien daar 'n dispuut was moes die munisipaliteit ook werklik besin of bemiddeling 'n gepaste meganisme sou wees om so 'n dispuut aan te spreek. Die hof het 'n bevel verleen wat vereis het dat die munisipaliteit 'n verslag moet indien waarin hulle aandui of daar 'n dispuut bestaan en, indien wel, hoe die bemiddelingsproses gefasiliteer sou word en wat die uitkomst daarvan sou wees.⁴⁰⁸

Die wetgewer poog tans om die bogenoemde verpligting om bemiddeling te oorweeg verder uit te brei in die konteks van uitsettingsdispute. Ingevolge die *Extension of Security of Tenure Amendment Bill*,⁴⁰⁹ wat op 6 Junie 2017 deur die Nasionale Vergadering aanvaar is, sal bemiddeling 'n verpligte vereiste wees voordat 'n uitsettingsdispuut na die hof verwys kan word.⁴¹⁰

⁴⁰³ Art 33(2) saamgelees met art 33(5).

⁴⁰⁴ 2010 (5) SA 241 (GNP).

⁴⁰⁵ Par 24.

⁴⁰⁶ 19 van 1998.

⁴⁰⁷ Par 26.

⁴⁰⁸ Par 30.

⁴⁰⁹ B24-2015, soos gepubliseer in Staatskoerant no 39232 van van 25 September 2015.

⁴¹⁰ Art 5 en 6.

4 5 1 2 Kontraktuele ooreenkomste om te bemiddel

’n Ooreenkoms om te bemiddel – hetsy dit privaat van aard is of ingevolge die bemiddelingreëls opgestel word – is ’n subtiele vorm van aktiveringsregulering. Dit is inderwaarheid ’n self-aktiveringsmeganisme aangesien dit ’n produk van die partye se wilsooreenstemming is. Indien die howe bereid is om ooreenkomste om te bemiddel af te dwing, kom daar ’n verhouding tot stand tussen die howe en die bemiddelingspraktyk wat nie onderskeibaar is van die afdwinging van ’n statutêre vereiste om te bemiddel nie. Om hierdie rede dra die afdwinging van hierdie ooreenkomste by tot die institusionalisering van bemiddeling.

Die afdwingbaarheid van ’n ooreenkoms om te bemiddel word nie tans statutêr gereguleer nie.⁴¹¹ Dit beteken dat sulke ooreenkomste in beginsel hanteer word as kontrakte, met die normale substantiewe en prosedurele aspekte van die kontraktereg wat daarop van toepassing is.⁴¹² Dit beteken verder dat die afdwingbaarheid daarvan primêr afhanklik is van die bedoeling van die partye. Daar kan dus nie-bindende ooreenkomste om te bemiddel wees wat nie afdwingbaar is nie, of ’n eensydige plig om bemiddeling te oorweeg as ’n geskilbeslegtingsmeganisme sonder dat die plig afgedwing kan word.⁴¹³

Daar bestaan tans onsekerheid oor die betroubaarheid en gevolge van ’n

⁴¹¹ Dit verskil dus van ooreenkomste om ’n dispuut na arbitrasie te verwys, waar art 6(2) en 6(3) van die Wet op Arbitrasie 42 van 1965 die afdwingbaarheid van sulke ooreenkomste spesifiek reël. Bemiddeling en arbitrasie verskil egter fundamenteel van mekaar: Arbitrasie word statutêr gereguleer; die arbitrasieproses is al goed vasgestel en word verstaan deur die gebruikers daarvan; dit is makliker om te bepaal of ’n party voldoen het aan ’n arbitrasie-klousule as wat die geval is by bemiddeling; en arbitrasie sal altyd ’n resultaat lewer, in die vorm van die beslissing deur die arbiter, wat nie die geval is by bemiddeling nie. Sien Boule & Rycroft *Mediation* 227; D Butler & E Finsen *Arbitration in South Africa – Law and Practice* (1993) 272-275.

⁴¹² RP Burns “The Enforceability of Mediated Agreements: An Essay on Legitimation and Process Integrity” (1987) 2 *Ohio St J Disp Resol* 93 95; Boule & Rycroft *Mediation* 227.

⁴¹³ Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 30.

ooreenkoms om te bemiddel.⁴¹⁴ Dit is redelik om te aanvaar dat meeste ooreenkomste om te bemiddel deur die partye eerbiedig word, aangesien dit 'n produk van wilsooreenstemming is.⁴¹⁵ Net so kan die partye gesamentlik ooreenkom dat die ooreenkoms nie meer sal geld nie, wat dit onafdwingbaar sal laat. Die vraag is egter tot watter mate so 'n ooreenkoms afdwingbaar is as een van die partye dit wil afdwing en die ander nie. Die volgende beginsels uit die kontraktereg kan in hierdie verband relevant wees:⁴¹⁶

- i. Die mate waartoe die ooreenkoms om te bemiddel selfstandig bestaan van die kontrak waarvan dit deel uitmaak. Waar die ooreenkoms wel selfstandig kan bestaan, sal dit afdwingbaar wees ten spyte daarvan dat die kontrak beëindig word. Ingevolge algemene kontraktereg beginsels is dit moontlik selfs waar geen verdere kontraktuele prestasie deur die partye vereis word nie. Die ooreenkoms kan selfs geldig wees waar die kontrak *ab initio* nietig was.⁴¹⁷ Die ooreenkoms is gefundeer in die spesifieke wilsooreenstemming tussen die partye om van bemiddeling gebruik te maak indien 'n situasie ontstaan wat dit nodig maak. Aangesien bemiddeling egter nie kan lei tot bindende besluitneming deur 'n derde nie, is die praktiese toepaslikheid hiervan bedenklik.
- ii. Die sekerheid van die ooreenkoms. Vir die ooreenkoms om bindend te wees moet die regte en verpligtinge van die partye seker wees. 'n Ooreenkoms om ooreen te kom (*pactum de contrahendo*), byvoorbeeld 'n ooreenkoms dat daar

⁴¹⁴ Sekere Engelse uitsprake kan egter tot 'n mate groter sekerheid in hierdie verband verskaf. Sien bv *Cable & Wireless PLC v IBM United Kingdom Ltd* [2002] EWHC 2059 (Comm), waar die hof bereid was om 'n kontraktuele bepaling om te bemiddel af te dwing, indien die bepaling sekere vereistes bevredig het. Hierdie saak is toegepas en op uitgebrei in onder andere *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638 para 35; *Wah (Aka Alan Tang) v Grant Thornton International Ltd* [2012] EWHC 3198 (Ch) en *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd* [2014] EWHC 3193 (TCC) par 29-30.

⁴¹⁵ Boulle & Rycroft *Mediation* 227.

⁴¹⁶ Boulle & Rycroft *Mediation* 227-233.

⁴¹⁷ So sal 'n arbitrasieproses geldig en bindend wees selfs waar die arbiter bevind dat die kontrak wat gevolg gegee het aan die arbitrasie *ab initio* nietig was. Die ooreenkoms om van arbitrasie gebruik te maak is kollateraal tot die oorspronklike ooreenkoms. Sien Boulle & Rycroft *Mediation* 228.

bemiddel sal word indien die partye daartoe ooreenkom, is nie seker genoeg om afdwingbaar te wees nie.⁴¹⁸ Die ooreenkoms kan egter meer as een geskilbeslegtingsmeganisme voorskryf en steeds seker genoeg wees om af te dwing. So is dit moontlik dat die partye ooreenkom om van arbitrasie gebruik te maak voor litigasie, en dat arbitrasie eers moontlik is nadat daar gepoog is om te bemiddel.⁴¹⁹

- iii. Die volledigheid van die ooreenkoms. Hierdie aspek is verwant aan die sekerheid van die ooreenkoms. 'n Ooreenkoms sal nietig wees as daar nie minstens verwysing gemaak word na sekere belangrike aspekte van die bemiddelingsproses nie.⁴²⁰ Hierdie aspekte kan beide prosedureel en substantief van aard wees.⁴²¹ Dit kan dus 'n vereiste wees dat die ooreenkoms minstens 'n prosedurele raamwerk vir die inisiëring van die bemiddelingsproses uiteensit. Die identiteit van die bemiddelaar (of 'n meganisme om die bemiddelaar aan te wys); 'n breë beskrywing van die bemiddelingsproses; 'n uiteensetting van die kostes en wie daarvoor aanspreeklik is; regsaspekte soos persoonlike aanspreeklikheid en vertroulikheid; en die in- of uitsluiting van enige praktykstandaarde of etiese kodes, sal alles deel uitmaak van so 'n raamwerk.⁴²²

⁴¹⁸ Boule & Rycroft *Mediation* 228. Sien ook *Southernport Developments v Transnet* [2004] ZASCA 94; 2005 (2) SA 202 (SCA) par 17, soos onlangs bevestig in *Makate v Vodacom* [2016] ZACC 13 par 95-97: “[A]n agreement to negotiate in good faith is enforceable if it provides for a deadlock-breaking mechanism in the event of the negotiating parties not reaching consensus.”

⁴¹⁹ Brown & Marriott *ADR* 312. Sulke prosesse vind gewoonlik sonder die benadeling van regte plaas.

⁴²⁰ Boule & Rycroft *Mediation* 231.

⁴²¹ Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 31: “Possible substantive elements are the duties to prepare the mediation, to participate in the mediation, to negotiate in good faith and to only initiate litigation if mediation fails. Possible procedural elements are the inadmissibility of arbitration and court proceedings and an effect on the costs of court proceedings.”

⁴²² Boule & Rycroft *Mediation* 236-237; Brown & Marriott *ADR* 226-227, 322-326. Sien ook die Australiese uitspraak *Elizabeth Bay Developments v Boral Building Services* (1995) 36 NSWLR 709. Die vermoede is dat hierdie aspek minder problematies sal word soos wat die howe meer ervaring met bemiddeling opdoen – soos bv dat net die bepaling van die bemiddelaar ingesluit moet word by die ooreenkoms.

- iv. Die jurisdiksie van die hof mag nie ingevolge die ooreenkoms uitgesluit word nie. Ingevolge artikel 34 van die Grondwet het elkeen die reg dat 'n geskil wat deur die toepassing van die reg besleg kan word in 'n billike openbare verhoor beslis word voor 'n hof, of, waar dit gepas is, 'n ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum. Alhoewel arbitrasie beskou word as 'n "ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum", word bemiddeling nie hierby ingesluit nie.⁴²³ Spesifiek die term "besleg" is problematies, aangesien beslegting gewoonlik by wyse van 'n hofbevel, arbitrasiebevel of skikkingsooreenkoms gedoen word. By bemiddeling is dit nie 'n gegewe dat die proses 'n uitkoms gaan lewer nie – oftewel dat die dispuut "besleg" gaan word nie. Dit beteken dat die ooreenkoms om te bemiddel dit duidelik behoort te maak dat die jurisdiksie van 'n forum wat wel onder artikel 34 val nie deur die ooreenkoms uitgesluit word nie.⁴²⁴

Waar 'n ooreenkoms om te bemiddel afgedwing word deur die hof, bevestig die hof inderwaarheid dat die ooreenkoms die produk is van outonome, privaat besluitneming. Deel van hierdie outonomie is spesifiek die kapasiteit van die partye om ook hulself te bind.⁴²⁵

In *Townsend-Turner v Morrow*⁴²⁶ het die hof 'n ooreenkoms om te bemiddel bekragtig en addisioneel tot die inhoud van die ooreenkoms bepaal dat die partye

⁴²³ Sien *Lufuno Mphaphuli & Associates (Pty) Ltd v Andrews* [2009] ZACC 6, 2009 4 SA 529 (CC) par 212-215, waar O'Reagan R stel dat die term "*another independent and impartial tribunal or forum*" nie verwys na 'n privaat tribunaal wat by wyse van ooreenkoms geskep is nie, maar slegs na tribunale wat deur die Staat voorsien word. Die eerste deel van art 34 van die Grondwet, naamlik dat "[e]lkeen die reg [het] dat 'n geskil wat deur die *toepassing van die reg besleg kan word, in 'n billike openbare verhoor beslis word...*" (eie beklemtoning), gee 'n sterk aanduiding dat art 34 nie op bemiddeling van toepassing is nie, ongeag of dit privaat bemiddeling by wyse van ooreenkoms of hof-verwante bemiddeling is.

⁴²⁴ Boule & Rycroft *Mediation* 231. Sien *MAWU and other v Siemens Ltd* (1986) 7 ILJ 553 (IC) 557H.

⁴²⁵ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 30.

⁴²⁶ 2004 (2) SA 32 (C).

minstens vier bemiddelingsessies moet bywoon.⁴²⁷ Die hof het verder die gepastheid van bemiddeling in die spesifieke geval bevestig, waar die belange van 'n minderjarige opgeweeg moes word.⁴²⁸ Die dispuut rakende toegang het ontstaan tussen die biologiese grootouers van 'n minderjarige kind en die kind se biologiese vader. Knoll R het gestel dat die hof nie geredelik sal inmeng met die dinamiek van 'n familie nie, uit vrees dat sodanige inmenging nadelige gevolge kan inhou vir die welsyn en belange van die kind.⁴²⁹ Die partye was dus eerder aangemoedig om enige verdere dispute wat ontstaan ook eers te verwys na bemiddeling, aangesien litigasie die skade wat reeds gedoen is aan die kind se familieverhoudings verder kon verdiep.⁴³⁰

Die afdwinging van ooreenkomste om te bemiddeling is egter nie sonder uitdaging nie. So is dit, byvoorbeeld, nie duidelik watter remedies vir kontrakbreuk beskikbaar is waar 'n party nie die ooreenkoms eerbiedig nie. Die sukses van 'n skadevergoedingseis is onseker, aangesien dit moeilik is om in hierdie konteks skade te bewys. Ook die wenslikheid van 'n bevel vir spesifieke nakoming is bedenklik, aangesien dit onwaarskynlik is dat die party wat gedwing word om te bemiddel werklik konstruktief aan die proses deel sal neem.⁴³¹ Die howe blyk dus minder geneig te wees om bemiddelingsbepalings af te dwing as wat die geval is by arbitrasie.⁴³²

4 5 1 3 Regterlike vereiste om te bemiddel

Alhoewel regters in die Suid-Afrikaanse howe die opsie van bemiddeling kan voorstel en aanmoedig, is daar nie 'n algemene regterlike diskresie om die partye tot 'n dispuut te verplig om te bemiddel nie.⁴³³ So 'n algemene diskresie bestaan wel in

⁴²⁷ BI 48A.

⁴²⁸ BI 40H. Sien ook in die konteks van uitsettings *Arendse v Arendse* 2013 (3) SA 347 (WCC) par 45.

⁴²⁹ BI 43A-43C.

⁴³⁰ BI 48A; 48G-J.

⁴³¹ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 31.

⁴³² Boule & Rycroft *Mediation* 227.

⁴³³ Sien par 4 4 2 hierbo.

sekere ander jurisdiksies, veral in die VSA.⁴³⁴

In die Suid-Afrikaanse reg is daar wel beperkte gevalle waar regters binne 'n spesifieke konteks 'n dispuut na bemiddeling kan verwys, sonder dat die toestemming van die partye benodig word. Sulke verwysings word gewoonlik gemaak onderhewig aan vereistes wat in 'n hofbevel uiteengesit word. Die verwysing word verder gemaak na 'n gespesialiseerde hofamptenaar of na 'n eksterne, privaat bemiddelaar.

Ingevolge die Kinderwet⁴³⁵ kan die Kinderhof in gepaste omstandighede 'n dispuut na 'n lekeforum vir verhoor of bemiddeling verwys.⁴³⁶ Die hof kan ook beveel dat 'n voor-verhoor konferensie gehou moet word ten einde dispute te bemiddel en te skik, of om inhoud te gee aan die dispuut wat deur die hof aangehoor moet word.⁴³⁷

In *FS v JJ*⁴³⁸ bevestig die hof weereens dat bemiddeling, veral waar die dispuut tussen familieledede bestaan, dit moontlik maak om die uitgerekte vyandigheid van litigasie te vermy.⁴³⁹ Soos wat die geval was in *Townsend-Turner v Morrow*,⁴⁴⁰ het die dispuut ontstaan tussen die biologiese grootouers van 'n minderjarige en die minderjarige se biologiese vader. Na uitgebreide litigasie is die grootouers sorg van die minderjarige gegee. Die hof het bevind dat litigasie nie die verstek opsie behoort te wees vir die beslegting van sulke persoonlike dispute nie – veral nie waar dit die

⁴³⁴ Sien M Galanter "A settlement Judge, Not a Trial Judge": Judicial Mediation in the United States" (1985) 12 *J Law & Soc* 1; M Galanter & M Cahill "Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements" (1994) 46 *Stanford LR* 1339; R Ingleby "Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation" (1993) 56 *Mod LR* 441.

⁴³⁵ 38 van 2005.

⁴³⁶ Art 49, 70 en 71. M de Jong "Opportunities for Mediation in the New Children's Act 38 of 2005" (2008) 71 *THRHR* 630 634; De Jong (2010) *TSAR* 527: "The intention of the legislator regarding these lay-forum hearings and pre-hearing conferences is clearly that all outstanding disputes should be mediated."

⁴³⁷ Art 69.

⁴³⁸ 2011 (3) SA 126 (SCA).

⁴³⁹ Par 54, 138J-139C.

⁴⁴⁰ 2004 (2) SA 32 (C).

beste belange van kinders insluit nie.⁴⁴¹ Lewis AR het spesifiek na artikel 6(4) van die Kinderwet verwys, wat voorsiening daarvoor maak dat dispute wat die belange van kinders raak 'n benadering verg wat bevorderlik is vir versoening en probleemoplossing, en dat konfronterende benaderings vermy behoort te word.⁴⁴²

In *Van den Berg v Le Roux*⁴⁴³ het die hof so ver gegaan as om te beveel dat die partye in die toekoms alle dispute rakende die sorg van hul minderjarige dogter eers privaat moet bemiddel voordat een van die partye die hof mag nader om die dispuut te beslis.⁴⁴⁴

Hierdie voorbeelde dui op 'n toenemende bereidwilligheid van regters om hul diskresie te gebruik om 'n dispuut na bemiddeling te verwys – selfs al is dit net in beperkte kontekste, soos die familiereg.

4 5 2 Impak van verpligte bemiddeling

Soos reeds gestel blyk die vrywillige aard van bemiddeling teenstrydig te wees met die dwingende effek van verpligte bemiddeling. Wat presies hierdie dwingende effek behels is vir lank reeds die onderwerp van talle debatte.

4 5 2 1 Tradisionele benadering

Daar bestaan in die algemeen twee denkskole rakende die effek wat verpligte bemiddeling op die bemiddelingsproses het. Hopt en Steffek beskryf hierdie denkskole se onderskeie benaderings as volg:

“The proponents of [voluntary mediation] might illustrate their approach with an old English proverb: ‘You can lead a horse to water, but you cannot make it drink.’ The advocates of [mandatory mediation] might wish to add a modern extension: ‘But if

⁴⁴¹ Par 54, 138J-139C.

⁴⁴² Par 54. Hierdie posisie is reeds ingeneem deur die Hoë Hof van Zimbabwe in *G v G* 2003 (5) SA 396 (Z).

⁴⁴³ [2003] 3 All SA 599 (NC).

⁴⁴⁴ 614G.

you lead it to water, there is a greater chance that it will drink.”⁴⁴⁵

Hierdie denkskole word vervolgens krities ondersoek.

i Argumente ten gunste van verpligte bemiddeling

Die klassieke argument ten gunste van verpligte bemiddeling is gefundeer in die onderskeid tussen vrywillige deelname aan bemiddeling en die vrywillige aanvaarding van 'n uitkoms. Ingevolge hierdie onderskeid impliseer verpligte toetrede tot bemiddeling nie dat die partye se deelname in die bemiddelingsproses en hul aanvaarding van 'n uitkoms ook onder dwang sal geskied nie.⁴⁴⁶ Die dwang strek net ver genoeg om die partye tot by die onderhandelingsstafel te bring. Hul deelname aan die proses, en dus ook die besluit om die proses te verlaat, is steeds vrywillig.⁴⁴⁷

Die terminologie wat in hierdie konteks gebruik word lig hierdie onderskeid verder uit. Die term “vrywilligheid” word gebruik om te dui op die wilsooreenstemming tussen die partye as daar besluit word om te bemiddel. Hierteenoor word die term “konsensus” gebruik om te dui op die wilsooreenstemming tussen die partye rakende dit wat plaasvind tydens die bemiddelingsproses, sowel as die uitkomst daarvan.⁴⁴⁸ By verpligte bemiddeling ontbreek vrywilligheid by die besluit om te bemiddel, maar is die uitkoms van die proses steeds afhanklik van konsensus.⁴⁴⁹ Hierdie

⁴⁴⁵ Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 25.

⁴⁴⁶ Sander, Allen & Hensler (1996) *U Toledo LR* 886.

⁴⁴⁷ JS Murray, AS Rau & EF Sherman *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers* (1989) 281.

⁴⁴⁸ D Quek “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program” (2010) 11 *Cardozo J Conflict Resol* 479 485-487; SB Goldberg, ED Green & FEA Sander *Dispute Resolution* (1985) 490. Faris glo dat die onderskeid belangrik is, aangesien 'n verwisseling van die terme lei tot 'n verwringing van die betekenis van elk. Sien Faris *Alternative Dispute Resolution* 172.

⁴⁴⁹ Die besluit om nie met die bemiddeling voort te gaan nie vorm baie spesifiek ook deel van die partye se selfbeskikking, wat beteken dat 'n bemiddelaar nie oor die bevoegdheid kan beskik om partye om die onderhandelingsstafel te hou nie. Sien RB Moberly “Ethical Standards for Court-

terminologie beklemtoon dat die totstandkoming van die bemiddelingstelsel gesien word as 'n proses wat onafhanklik geskied van die bemiddelingsproses self.

Voorstanders van verpligte bemiddeling glo dat die dwang waaronder die partye aanvanklik verkeer nie noodwendig 'n nadelige effek op die onderhandelingsproses het nie.⁴⁵⁰ Die interaksie tydens bemiddeling geskied onafhanklik van die interaksie wat bemiddeling voorafgaan. Verder impliseer vrywilligheid nie die totale afwesigheid van dwang nie. In enige onderhandelingsproses sal daar altyd verskillende vorme van dwang aanwesig wees.⁴⁵¹ Die besluit om deel te neem aan bemiddeling, net soos alle ander besluite wat deur die partye geneem word, is onderhewig aan insentiewe, onderhandeling, 'n opweeg van belange, strategiese posisionering, en druk vanuit talle oorde – sosiaal, maatskaplik, finansieel, struktureel.⁴⁵² Empiriese navorsing het al daarop gedui dat partye selfs meer geredelik bemiddeling bywoon en makliker aktief daaraan deelneem waar hulle onder hoër vlakke van dwang was om dit te doen.⁴⁵³ Die kompleksiteit van menslike besluitneming impliseer in ieder geval dat dit haas onmoontlik is om te bepaal wat vrywilligheid in besluitneming ooit werklik behels. Ten laaste word daar voorgehou dat verpligte bemiddeling juis die gebruik en aanvaarding van bemiddeling kan bevorder deur die sosiale, sielkundige en strategiese struikelblokke tot die gebruik van bemiddeling wat tans bestaan, te oorkom.⁴⁵⁴

Uit die bostaande blyk dit dat hierdie denkskool gefundeer is in die aanname dat die

Appointed Mediators and Florida's Mandatory Mediation Experiment" (1994) 21 *Fla St U LR* 701 717.

⁴⁵⁰ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 25.

⁴⁵¹ CA McEwen & TW Milburn "Explaining a Paradox of Mediation" (1993) 9 *Neg J* 23 24.

⁴⁵² Wolski (1997) *Aus Bar R* 219; Boule & Rycroft *Mediation* (1997) 15; NH Rogers & CA McEwen *Mediation: Law Policy Practice* (1990) 47.

⁴⁵³ D McGillis "Community Dispute Resolution Programs and Public Policy" (1986) 43-45 <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/103681NCJRS.pdf>> (besoek 09-05-2013).

⁴⁵⁴ RH Mnookin "Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict" (1993) 8 *Ohio St J Disp Resol* 235 238. Sien ook NH Rogers & CA McEwen "Employing the Law to Increase the Use of Mediation and to Encourage Direct and Early Negotiations" (1998) 13 *Ohio St J Disp Resol* 831.

aard van die bemiddelingsproses, sowel as die gespesialiseerde rol van die bemiddelaar, inherent daarop gemik om die effek van dwang konstruktief aan te wend in die onderhandelingsproses.

ii Argumente teen verpligte bemiddeling

Die klassieke teenargument is dat die onderskeid tussen die besluit om te bemiddel aan die een kant, en die daaropvolgende besluite tydens bemiddeling aan die ander kant, fiktief en arbitrêr is.⁴⁵⁵ Daar is nie iets soos “suiwer bemiddeling”, waar besluitneming tydens die proses in isolasie geskied van die besluitneming wat dit voorafgegaan het nie.⁴⁵⁶ Die bemiddelingsproses bestaan verder nie onafhanklik van die konteks waarin dit plaasvind nie. So beïnvloed dreigende litigasie byvoorbeeld nie alleenlik die partye se toetrede tot die proses nie, maar ook hulle besluitneming ten tyde daarvan.⁴⁵⁷

Verpligte deelname het gevolglik noodwendig 'n impak op die interaksie tussen die partye. Partye wat nie deel wil wees van die proses nie sal slegs oppervlakkig daaraan deelneem.⁴⁵⁸ Empiriese navorsing het al 'n belangrike verhouding tussen die gewilligheid van die partye om te bemiddel en die bereiking van 'n skikkingsooreenkoms getoon.⁴⁵⁹ Daar is ook al gewys dat partye wat vrywilliglik tot bemiddeling toetree, meer geredelik 'n suksesvolle skikking bereik.⁴⁶⁰ Die kanse om 'n skikking of ooreenkoms te bereik in gevalle waar verpligte deelname ter sprake is neem dus af, wat die bemiddelingsproses slegs 'n mors van tyd, energie en

⁴⁵⁵ SE Merry "Myth and Practice in the Mediation Process" in M Wright & B. Galaway (reds) *Mediation and Criminal Justice: Victim, Offenders, and Community* (1989) 2066.

⁴⁵⁶ Bemiddeling is “suiwer” waar dit gekenmerk kan word aan vrywilligheid en konsensus-bou tydens alle stappe van die proses. Sien Merry "Myth and Practice in the Mediation Process" in *Mediation and Criminal Justice* 2066.

⁴⁵⁷ A Zylstra “The Road to Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled” (2001) 17 *J Am Acad Matrim Law* 69 77-78.

⁴⁵⁸ C Green "ADR: Where Did the “Alternative” Go? Why Mediation Should Not Be a Mandatory Step in the Litigation Process" (2010) 12 *ADR Bulletin* 1 1-2.

⁴⁵⁹ Sien H Genn, P Fenn, M Mason, A Lane, N Bechai, L Gray & D Vencappa *Twisting Arms: Court Referred and Court Linked Mediation Under Judicial Pressure* (2007) 152-204.

⁴⁶⁰ Genn (2010) *J Soc Welf Fam Law* 200.

hulpbronne maak.⁴⁶¹

In terme van die bepaling van die impak van verpligte bemiddeling op die bemiddelingsproses bevind albei hierdie denkskole hulself tans in 'n empiriese en teoretiese dooiepunt. Waar die een denkskool voorhou dat ongewilligheid die moontlikheid van konsensus weselik beperk, glo die ander denkskool dat die dinamiek van bemiddeling inherent konsensus-produuserend is. Beide denkskole beskik verder oor empiriese navorsing wat hul onderskeie standpunte ondersteun. Dit is daarom nodig om, in die afwesigheid van afdoende bewyse, die aannames waarop hul standpunte gebaseer is krities te heroorweeg.

4 5 2 2 *Stelselbenadering*

Beide denkskole maak gebruik van 'n aantal aannames wat blyk problematies te wees in terme van die kompleksiteit waaraan bemiddeling gekenmerk word. Hierdie problematiek word vervolgens ontleed aan die hand van die kenmerke van komplekse stelsels.⁴⁶²

i Liniêre kousaliteit

Die eerste aanname is dat bemiddeling 'n liniêre proses is. Beide denkskole probeer 'n liniêre, kousale verwantskap bewys tussen dwingende toetrede tot bemiddeling en die bereiking (of nie-bereiking) van 'n gemeenskaplik aanvaarbare uitkoms.

Daar is reeds aangedui dat die kompleksiteit van bemiddeling, sowel as

⁴⁶¹ H Astor & C Chinkin *Dispute Resolution in Australia* 2 uitg (2002) 273; D Quek "Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program" (2010) 11 *Cardozo J Conflict Resol* 479 484; Nolan-Haley (1996) *Wash U L Q* 63; I Davies & G Clarke "Mediation: When is it not an appropriate dispute resolution process?" (1992) 2 *ADJR* 70 70; Ingleby (1993) *Mod LR* 445. Sien ook Green (2010) *ADR Bulletin* 1: "Doing so takes away the fundamental concepts of voluntariness and participant control that distinguish mediation from litigation — the very things that are attributed to the success of mediation in a vast number of cases."

⁴⁶² Sien par 3 3 2 en 3 4 2 hierbo.

onderhandeling en besluitneming in die breë, nie gereduseer kan word tot sulke liniêre terme nie.⁴⁶³ Die effek van dwingende aktiveringsregulering – net soos wat die geval is met alle vorme van aktiveringsregulering – kan dus ook nie in terme van reduksionisme en liniêre verwantskappe ontleed word nie. Die bemiddelingstelsel is te kompleks daarvoor.

ii Komplekse terugvoermeganismes

Gepaardgaande met die nie-liniêre aard van interaksie tydens bemiddeling, is die komplekse netwerk van terugvoermeganismes wat deurgaans stelselgedrag beïnvloed en reguleer. Hierdie terugvoermeganismes lei daartoe dat interaksie in die hede beïnvloed word deur alles wat dit voorafgegaan het.⁴⁶⁴ Dit beteken dat die wyse waarop bemiddeling geïnisieer word noodwendige implikasies het vir die interaksie wat daarop volg. Die interaksie tussen die partye tydens bemiddeling kan nie totaal geïsoleer word van die besluit om te bemiddel nie.

Die kompleksiteit van die terugvoermeganismes impliseer verder dat die aard van hierdie implikasies – wat ook spesifiek is waarop beide denkskole fokus – nooit met sekerheid bepaal of voorspel kan word nie.

iii Oop grense

Die oop grense van die bemiddelingstelsel lei daartoe dat interaksie binne die stelsel – oftewel tydens die bemiddelingsproses – nie geïsoleer kan word van dit wat buite die grense van die stelsel plaasvind of plaasgevind het nie.⁴⁶⁵ Dit beteken dat die bemiddelingsproses noodwendig beïnvloed gaan word deur die komplekse sosiale konteks waarbinne die onderhandelinge plaasvind. Die interaksie wat bemiddeling voorafgaan is slegs een van die aspekte van hierdie sosiale konteks wat dus komplekse implikasies vir die bemiddelingstelsel inhou.

⁴⁶³ Sien par 3 4 2 hierbo.

⁴⁶⁴ Sien par 3 3 3 2 hierbo.

⁴⁶⁵ Sien par 3 3 3 4 hierbo.

iv Impak op vrywilligheid

’n Verdere aanname is dat die impak van verpligte bemiddeling ontleed moet word aan die hand van die vrywilligheid waaraan bemiddeling gekenmerk word. Desnieteenstaande die problematiek rondom die bepaling van vrywillige deelname en die kritiek rondom vrywillige deelname aan verpligte bemiddeling, is dit steeds ’n kenmerk van bemiddeling dat die uitkoms daarvan die produk is van konsensus tussen die partye.⁴⁶⁶ Indien ’n uitkoms op die partye afgedwing word, kan daar nie meer regverdigbaar verwys word na bemiddeling nie.⁴⁶⁷ Beide denkskole fokus gevolglik op die implikasies wat verpligte bemiddeling vir vrywillige deelname inhou.

Hierdie aanname is duidelik inherent reduksionisties. Beide die impak van verpligte toetrede tot bemiddeling en die vrywilligheid waarmee daar aan die proses deelgeneem word, word beskou as identifiseerbare kenmerke wat in isolasie van die res van bemiddelingsproses as ’n geheel vergelyk kan word. ’n Stelselbenadering beklemtoon dat vrywilligheid, as ’n kenmerk van die stelsel, getoets moet word teenoor die geheel van die interaksie binne die bemiddelingstelsel. Vrywilligheid en konsensus word dus subjektief deur die partye gemeet in terme van hul persepsie van die proses as ’n geheel. Die partye is vry om die proses te verlaat indien hul persepsie van daardie proses is dat hul vrywillige deelname beperk of nie realiseer nie. Vrywilligheid kan dus nie afgelei word vanuit ’n enkele aspek van die proses nie.

Hierdie foutiewe aannames lei daartoe dat albei denkskole se argumente inderwaarheid beide reg en verkeerd is. Onder sekere omstandighede sal verpligte bemiddeling net ’n mors van tyd wees, aangesien die partye nie gewillig is om te onderhandel nie. Onder ander omstandighede sal die bemiddelaar die voordele van bemiddeling op so ’n wyse kan uitlig dat die partye se ongewilligheid gemitigeer word. Dit is egter nie moontlik om met sekerheid te bepaal wat presies sulke omstandighede behels nie. Waar bemiddeling ’n mors van tyd was, kan daar nie met sekerheid bepaal word dat die verpligting om te bemiddel hiervoor verantwoordelik was nie. Net so kan suksesvolle bemiddeling nie toegeskryf word aan die dwang wat

⁴⁶⁶ De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 133.

⁴⁶⁷ Brand *et al Commercial Mediation* 24.

interaksie tussen die partye teweeg gebring het nie. Die kompleksiteit van die bemiddelingstelsel beperk inherent die vermoë om die effek van verpligte bemiddeling in enige gegewe geval te bepaal.

4 5 2 3 Verpligte bemiddeling en die totstandkoming van die bemiddelingstelsel

Die belangrikste aanname wat beide denkskole blyk te maak is dat verpligte bemiddeling altyd sal lei tot bemiddeling. Ten spyte daarvan dat hierdie aanname op die oog af logies korrek blyk te wees, kan dit nie die geval wees nie. Verpligte bemiddeling gee gevolg aan interaksie. Die aktiveringsmaatreël verplig dit immers. Hierdie interaksie kan ook die vorm aanneem van 'n onderhandelingsproses. Die teenwoordigheid van die bemiddelaar sal waarskynlik – maar verkeerdelik – ook daartoe lei dat hierdie onderhandelingsproses onmiddellik beskou word as bemiddeling. Dit is egter belangrik om te beseft dat hierdie interaktiewe proses nie noodwendig bemiddeling is nie. Die bemiddelingstelsel is die self-voortkomende gevolg van *georganiseerde interaksie*.⁴⁶⁸ Alhoewel verpligte bemiddeling dus interaktiwiteit teweeg sal bring, sal dit nie ook noodwendig gevolg gee aan die interafhanklikheid wat noodsaaklik is vir die totstandkoming van die bemiddelingstelsel nie.

Verpligte bemiddeling lei slegs tot 'n proses wat gevolg *kan* gee aan interafhanklikheid. Die oomblik wanneer die bemiddelingstelsel wel tot stand kom sal verskil van geval tot geval. Dit kan dadelik gebeur, maar ook soms glad nie. Interafhanklikheid is 'n komplekse gevolg van die wyse waarop interaksie plaasvind – 'n driedelige verhouding gebaseer op die subjektiwiteit en kompleksiteit van elkeen van die rolspelers in die bemiddelingsproses.

Tans word daar aanvaar dat verpligte bemiddeling, anders as die ander vorme van aktiveringsregulering wat hierbo bespreek is, direk gemik is op die totstandkoming van die bemiddelingstelsel. Uit die bespreking hierbo blyk dit egter dat verpligte bemiddeling nie fundamenteel verskil van die ander vorme van aktiveringsregulering nie. Die interaksie waaraan verpligte bemiddeling gevolg gee is in wese dieselfde as

⁴⁶⁸ Sien par 3 2 3 hierbo.

die besluitnemingsproses oor of bemiddeling gebruik gaan word of nie – met dien verstande dat die partye onder meer dwang is om wel van bemiddeling gebruik te maak.

Geen vorm van aktiveringsregulering kan 'n bemiddelingstelsel tot stand bring nie. Hierdie realiteit is spesifiek belangrik in terme van die effek en omvang van verpligte bemiddeling. Die feit dat 'n aktiveringsmaatreël nooit ten volle kousaal daarin kan slaag om 'n bemiddelingstelsel tot stand te bring nie, beteken dat die werklike impak en omvang van dwingende aktiveringsregulering ook meer beperk is as wat in die algemeen aanvaar word.

Die onderskeid tussen verpligte interaktiwiteit en die totstandkoming van interafhanklikheid het belangrike implikasies vir die ontwerp en gebruik van aktiveringsregulering. Soos reeds in die vorige hoofstuk gestel, is die eienskappe van bemiddeling – daardie eienskappe wat voorgehou word as dit wat bemiddeling juis onderskei van ander vorme van geskilbeslegting en wat vir die gebruikers van bemiddeling soveel unieke voordele inhou – afhanklik van die bestaan van die bemiddelingstelsel.⁴⁶⁹ Dit is die kompleksiteit van hierdie unieke stelsel wat die selfvoortkomende eienskappe van bemiddeling moontlik maak.⁴⁷⁰ Dit volg dus dat die effektiwiteit van verpligte bemiddeling nie gemeet kan word in terme van die sukses van die bemiddelingsproses self nie. Dit moet eerder gemeet word in terme van die totstandkoming van die bemiddelingstelsel – oftewel die interaksie waaraan aktiveringsregulering gevolg gee en die mate waartoe hierdie interaksie sal lei tot die totstandkoming van 'n verhouding van interafhanklikheid.

'n Verdere implikasie is dat meganismes soos verpligte bemiddeling ontwerp behoort te word met die spesifieke doel om 'n interaktiewe proses te fasiliteer wat die waarskynlikheid verhoog dat die nodige interafhanklikheid wel tot stand kom. Die ontwerp van aktiveringsmaatreëls met hierdie doel sal noodwendig fundamenteel verskil van aktiveringsmaatreëls gebaseer op 'n aanname dat bemiddeling noodwendig daardeur teweeg gebring sal word.

⁴⁶⁹ Sien par 3 2 3 hierbo.

⁴⁷⁰ Sien par 3 4 2 hierbo.

Aan die hand van die bespreking in hierdie afdeling is dit moontlik om die doel van aktiveringsregulering in die breë te herskryf. Aktiveringsregulering is daarop gemik om die *besluitnemingsproses rakende die gebruik van bemiddeling te ondersteun* (hetsy by wyse van aktiewe aanmoediging, fasilitering of insentifisering) ten einde die waarskynlikheid te verhoog dat daar vrywilliglik 'n drieledige verhouding van interafhanklikheid tussen die verskillende rolspelers in die bemiddelingsproses ontstaan.

4 6 Gepastheid van bemiddeling

Ten laaste verg die ontwerp van aktiveringsmaatreëls dat daar bepaal moet word wanneer die gebruik van bemiddeling gepas is. Die verwysing van 'n dispuut na bemiddeling kan vanselfsprekend nie arbitrêr of blindelings gedoen word nie. Bemiddeling is nie 'n "*panacea or abracadabra*" nie.⁴⁷¹ Aktiveringsregulering impliseer dus 'n behoefte vir 'n raamwerk vir die assessering van die gepastheid van bemiddeling. Die institusionalisering van bemiddeling impliseer ook dat die verantwoordelikheid van hierdie assessering nie net beperk is tot die partye en hul regsverteenwoordigers nie – dit is 'n verantwoordelikheid wat ook deur die howe gedeel word.⁴⁷²

Om 'n beslissing te vel rakende die gepastheid van bemiddeling word daar 'n subjektiewe waarde-oordeel gemaak.⁴⁷³ Green beskryf die algemene uitgangspunt in hierdie verband as volg:

“It has been suggested that mediation will only be suitable where it is likely to result in

⁴⁷¹ *Johannesburg Housing Corporation v Unlawful Occupiers, Newtown Urban Village* 2013 (1) SA 583 (GSJ) par 123.

⁴⁷² Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 26. Dit is egter nie ook die taak van die hof om te bepaal watter dispute daar tussen die partye bestaan nie. Sien *Oelofsen NO v Gwebu* 2010 (5) SA 241 (GNP) par 24.

⁴⁷³ FEA Sander & SB Goldberg “Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure” (1994) 10 *Neg J* 49 51-54; Boule & Rycroft *Mediation* 71.

a settlement — and not appropriate where certain factors exist which may be contrary to that goal.”⁴⁷⁴

Pel voer aan dat die primêre faktore wat nodig is vir so 'n onderhandelde uitkoms insluit die gewilligheid om te onderhandel; ruimte om te onderhandel; en konflik wat nie reeds tot so 'n mate toegeneem het dat die moontlikheid van onderhandeling en konsensus vanuit die staanspoor uitgesluit is nie.⁴⁷⁵ Die kompleksiteit van bemiddeling impliseer egter dat dit besonder moeilik is om die moontlikheid van 'n skikking vooraf te bepaal, aangesien so 'n uitkoms 'n self-voortkomende gevolg van die stelsel as 'n geheel is. So is daar, byvoorbeeld, bewyse dat dispute wat tradisioneel nie bemiddel word nie – soos dispute in die erfreg – in sekere gevalle wel suksesvol bemiddel kan word.⁴⁷⁶

Boule en Rycroft voer aan dat bemiddeling gepas is waar (1) 'n skikking tussen die partye tot 'n dispuut bereik kan word; (2) die onderliggende beginsels van bemiddeling aansluit by die aard van die konfliktsituasie; en (3) minstens van die ander doelwitte van bemiddeling bereik kan word.⁴⁷⁷ Op hierdie basis identifiseer hulle die volgende faktore wat relevant kan wees tot die waarde-oordeel rakende die gepastheid van bemiddeling:⁴⁷⁸

- i. Die konfliktsituasie is matig, sodat interaksie tussen die partye nie vanuit die staanspoor uitgeskakel word vanweë die aard van hul verhouding en die dispuut tussen hulle nie.
- ii. Die partye is bereidwillig om deel te neem aan die bemiddelingsproses. Hierdie faktor spreek tot die element van vrywilligheid.
- iii. Die regsverteenwoordigers van die partye is bereidwillig om hul kliënte, hetsy direk of indirek, by te staan in die bemiddelingsproses. Die advies van regsverteenwoordigers kan 'n direkte invloed hê op die wyse waarop die partye

⁴⁷⁴ Green (2010) *ADR Bulletin* 1.

⁴⁷⁵ M Pel *Referral to Mediation: A Practical Guide for an Effective Mediation Proposal* (2008) 19-49, 153.

⁴⁷⁶ *Couwenbergh v Valkova* [2005] All ER (D) 98.

⁴⁷⁷ Boule & Rycroft *Mediation* 71.

⁴⁷⁸ Boule & Rycroft *Mediation* 72-74; Sander & Goldberg (1994) *Neg J* 56.

deelneem aan die verrigtinge.⁴⁷⁹ Dit moet in gedagte gehou word dat 'n regsverteenwoordiger natuurlik *bona fide* kan glo dat sy kliënt se belange nie beskerm word in die bemiddelingsproses nie.

- iv. Die verhouding tussen die partye bestaan voort na die bemiddelingsproses.⁴⁸⁰ Die rasionaal onderliggend tot hierdie faktor behels dat partye wat in 'n voortgesette verhouding teenoor mekaar staan meer geneig sal wees om 'n oplossing te soek wat so min as moontlik skade aan daardie verhouding sal berokken. Vir partye wat nie in so 'n verhouding teenoor mekaar staan nie is daar minder waarde in die voortsetting van 'n verhouding na afloop van geskilbeslegtingsproses.
- v. Daar is nie 'n wesenlik ongelyke magsbalans tussen die partye nie.⁴⁸¹
- vi. Die dispuut bestaan uit meerdere kwessies of aspekte, soos wat die geval is waar die kompleksiteit van die dispuut nie primêr van 'n formele regsraad is nie, of nie beperk kan word tot 'n bepaalde regsprobleem nie.
- vii. Daar is nie enige duidelike riglyne vir die hantering van die dispuut nie.⁴⁸² Die partye en bemiddelaar moet dus self hierdie riglyne skep om hul behoeftes te pas.
- viii. Daar bestaan 'n behoefte aan privaatheid.
- ix. Dit is spesifiek nodig vir die partye om hul emosies te bespreek.⁴⁸³ Die persoonlike en emosionele aard van sekere dispute pas eenvoudig nie in by die formele regsraamwerk en bewysregreëls wat daarmee gepaard gaan nie.⁴⁸⁴

Hierteenoor is daar sekere faktore wat daarop kan dui dat bemiddeling 'n minder gepaste opsie is, wat onder andere die volgende insluit:⁴⁸⁵

- i. Die opweeg van beleidsoorwegings, of 'n beslissing rakende die geldigheid daarvan, is soms vanweë die inherente aard daarvan nie vatbaar vir verdere onderhandeling nie.

⁴⁷⁹ Sien ook par 5 4 1 3 hieronder.

⁴⁸⁰ De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 123; Nupen "Mediation" in *Dispute Resolution* 39.

⁴⁸¹ Sien in hierdie verband hoofstuk 5.

⁴⁸² Nupen "Mediation" in *Dispute Resolution* 39.

⁴⁸³ Sander & Goldberg (1994) *Neg J* 56.

⁴⁸⁴ Zylstra (2001) *J Am Acad Matrim Law* 69.

⁴⁸⁵ Boule & Rycroft *Mediation* 74-75.

- ii. Suiwer regsprobleme regverdig gewoonlik dat daar van meer formele meganismes gebruik gemaak word. Dit kan ook wees dat die remedie tot 'n dispuut slegs deur 'n hof gegee kan word.
- iii. Gevalle waar een of beide van die partye bymotiewe koester. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar een van die partye slegs toestem tot bemiddeling om inligting in te win ten einde hulle in 'n sterker posisie te plaas vir toekomstige litigasie.
- iv. Waar daar 'n persoonlike risiko vir een van die partye bestaan as hulle die ander party om dieselfde tafel ontmoet. Hierdie risiko hoef nie fisies van aard te wees nie.
- v. Gevalle waar dit nodig is om die geloofwaardigheid van die partye se weergawes van gebeure objektief vas te stel. Kruisondervraging vorm nie deel van die bemiddelingsproses nie.
- vi. Waar die aard van die emosionele verhouding tussen die partye dit onmoontlik maak vir hulle om effektief en konstruktief te kommunikeer.
- vii. Waar die partye tot 'n dispuut onversoenbare waardes het. Dit sal tipies die geval wees waar die aksies van een persoon deur, byvoorbeeld, geloof gedryf word en waar iemand met ander geloofsoortuigings aanstoot neem.
- viii. Waar 'n uitkoms met groot dringendheid vereis word, soos in gevalle waar die hof genader sal word vir 'n dringende interdik.

In Nederland het die howe soortgelyke faktore geïdentifiseer wat dien as riglyne vir die verwysing van 'n dispuut na bemiddeling. Die partye word met 'n toets voorsien wat hulle in staat stel om te bepaal of hul dispuut gepas is vir bemiddeling. Ingevolge hierdie toets moet bemiddeling oorweeg word as die volgende kriteria bevredig word, naamlik dat die partye:

- i. voorsien dat dit moontlik kan wees om 'n redelike uitkoms te bereik;
- ii. belangstel daarin om 'n vinnige uitkoms te bereik;
- iii. in 'n voortgesette verhouding teenoor mekaar staan, wat gereelde interaksie in die toekoms gaan vereis;
- iv. 'n gepaste uitkoms wil hê wat hulle self struktureer en hulle kan beïnvloed of daardie uitkoms bereik kan word;
- v. 'n kommunikasiebreuk sien as minstens gedeeltelik onderliggend tot hul dispuut;

- vi. dink dat bemiddeling ander konflikselemente met die ander party of partye kan help aanspreek; en
- vii. wens om regsonkoste te bespaar.⁴⁸⁶

Die besluit om 'n dispuut te verwys bevat verder ook 'n tydselement. Die hof moet bemiddeling integreer in die geskilbeslegtingsproses op so 'n wyse dat tydigte intervensie moontlik is.⁴⁸⁷ In *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers*⁴⁸⁸ het die Konstitusionele Hof bevind dat die uitsetting van 'n groep van 68 grondbesetters nie billik en regverdig was nie. Die munisipaliteit se versuim om 'n betekenisvolle poging aan te wend om na die besetters te luister en genoegsame oorweging aan hul persoonlike uitdagings te skenk, is spesifiek in die hof se feitebevinding beklemtoon.⁴⁸⁹ Die hof het ook die rol van bemiddeling as volg beklemtoon:

“On the basis of this judgment, a court involved in future litigation involving occupiers should be reluctant to accept that it would be just and equitable to order their eviction if it is not satisfied that all reasonable steps had been taken to get an agreed, mediated solution.”⁴⁹⁰

Die hof het ook oorweeg of bemiddeling vereis kan word waar die hof van eerste instansie of die Hoogste Hof van Appèl versuim het om die opsie van bemiddeling te oorweeg.⁴⁹¹ Die hof verwoord hierdie uitdaging as volg:

“By the time an appeal is heard, some of the advantages of mediation are lost. There is no saving on forensic expense, no avoidance of the law's delay, and no minimisation of litigious rancour. Further, the chances of successful mediation are usually at their

⁴⁸⁶ B Brenneur *Overview of Judicial Mediation in the World: Mediation, the Universal Language of Conflict Resolution* (2010) 198.

⁴⁸⁷ Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 28-29.

⁴⁸⁸ 2005 (1) SA 217 (CC).

⁴⁸⁹ Par 59.

⁴⁹⁰ Par 61.

⁴⁹¹ Par 47.

highest when the outcome of litigation is at its most uncertain.”⁴⁹²

Die hof het gestel dat daar op hierdie laat stadium van appèl moontlik reeds te veel water onderdeur die brug gevloei het.⁴⁹³ Die hof het egter beklemtoon dat hierdie bevinding nie verdere pogings deur die munisipaliteit sou belet om ’n oplossing te vind wat bevredigend vir al die betrokke partye sou wees nie.⁴⁹⁴

Ten laaste is die gepastheid van bemiddeling relatief tot die beskikbaarheid van alternatiewe prosedures.⁴⁹⁵ In Suid-Afrika is beperkte toegang tot die hof ’n wesenlike uitdaging tot die grondwetlike demokrasie.⁴⁹⁶ Die realiteit in Suid-Afrika is dat dit vir die meerderheid van die samelewing onmoontlik is om deur ’n hof aangehoor te word, ten spyte van die beskerming wat die Grondwet aan hierdie fundamentele reg bied. Tipiese uitdagings in hierdie konteks sluit in die kostes verbonde aan litigasie en regshulp;⁴⁹⁷ die tydsduur gekoppel aan litigasie en die vol hofrol;⁴⁹⁸ logistiese oorwegings; kulturele en linguistiese diversiteit;⁴⁹⁹ en die sosio-maatskaplike realiteite van Suid-Afrika, wat insluit dat groot dele van die samelewing ongeletterd is, nog nooit party was tot ’n formele regsdispuut nie en oor geen

⁴⁹² Par 47. Sien ook Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 29.

⁴⁹³ Par 47.

⁴⁹⁴ Par 61.

⁴⁹⁵ Boule & Rycroft *Mediation* 71.

⁴⁹⁶ Sien Ngcobo CJ “Enhancing Access to Justice: The Search for Better Justice”, toespraak gelewer by die *Access to Justice Conference* gehou te Johannesburg van 7-10 Julie 2011. Beskikbaar by <<http://www.justice.gov.za/access-to-justice-conference-2011/ajc-speeches.html>> (besoek 29-04-2017).

⁴⁹⁷ Sien Anoniem “Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems in Africa: survey report” (2011) *United Nations Office on Drugs and Crime* <http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Survey_Report_on_Access_to_Legal_Aid_in_Africa.pdf> (besoek 19-10-2011).

⁴⁹⁸ Sien W Schärf *Specialist Courts and Community Courts* (1997), navorsingsverslag vir die Minister van Justisie, Suid-Afrika. Die Verenigde Nasies se Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede stel uitdruklik in paragraaf 6 dat geregtigheid wat nie binne ’n redelike tyd geskied nie ontoeganklike geregtigheid beteken.

⁴⁹⁹ Sien M Saltman “Indigenous Law among the Kipsigis of Southwestern Kenya” in M Cappelletti & BG Garth (reds) *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: A General Report* vol 1 bk 1 (1978) 311-340.

regskennis beskik nie.⁵⁰⁰ Die effektiwiteit en toereikendheid van formele geregtigheid word dus wesenlik beperk deur praktiese en konseptuele uitdagings, sowel as die omvang van die behoefte vir geregtigheid in Suid-Afrikaanse gemeenskappe. In die lig van hierdie uitdagings is dit net natuurlik dat 'n groot persentasie van Suid-Afrikaners reeds na alternatiewe vorme van dispuutresolusie moet keer om geregtigheid te laat geskied.⁵⁰¹

Die bespreking hierbo het 'n groot aantal faktore uitgelig wat relevant kan wees tot die assessering van die gepastheid van bemiddeling. Dit is egter ook duidelik dat hierdie faktore nie kan dien as 'n streng toets vir die konsekwente assessering van die gepastheid van bemiddeling nie. Die aard van die faktore is inherent te subjektief en konteks-spesifiek daarvoor.

Pel voer daarom ook aan dat “[t]he only reliable predictor of potential success is the motivation of the parties themselves.”⁵⁰² Motivering is 'n unieke, subjektiewe en komplekse dryfkrag agter menslike besluitneming.⁵⁰³ Partye met onversoerbare waardesisteme behoort byvoorbeeld nie vanuit die staanspoor weggewys te word van 'n poging om te bemiddel nie. Sulke partye besluit uiteindelik self hoe hulle wil omgaan met die waardes wat relevant is tot 'n dispuut. In dieselfde sin kan die emosies tussen die partye die onderhandelinge bevorder of ondersteun, of heeltemal onmoontlik maak. Die interaktiewe proses het uiteindelik ook 'n beperkende invloed op die verskillende rolspelers.⁵⁰⁴ Hierdie beperkende effek is daarvoor verantwoordelik dat interaksie plaas kan vind in omstandighede wat op die oog af nie gepas is daarvoor nie.

Aan die hand van die bespreking in hierdie hoofstuk kan daar aangevoer word dat so 'n streng toets nie nodig is nie. Dit sal 'n vorm van regulering verteenwoordig wat

⁵⁰⁰ Sien Anoniem “Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems in Africa: Survey Report” (2011) *United Nations Office on Drugs and Crime*.

⁵⁰¹ Sien J Stevens *Access to Justice in Sub-Saharan Africa: The Role of Traditional and Informal Justice Systems* (2000) 6.

⁵⁰² Pel *Referral to Mediation* 52.

⁵⁰³ Sien par 3 3 3 1 hierbo.

⁵⁰⁴ Sien par 3 4 2 hierbo.

drastiese perke op diversiteit en die self-organisering van die stelsel plaas ten gunste van konsekwentheid. Hopt en Steffek beskryf daarom ook die feit dat houe en wetgewers tot dusver eerder 'n subjektiewe en buigsame benadering volg tot die assessering van die gepastheid van bemiddeling as “*less legislative hesitancy than legislative wisdom.*”⁵⁰⁵

As die doel van aktiveringsregulering eerder beskou word in terme van die ondersteuning van die besluitnemingsproses rakende die gebruik van bemiddeling, soos wat daar in hierdie hoofstuk aangevoer word, is 'n breë benadering tot die gepastheid van bemiddeling regverdigbaar. In plaas daarvan om die partye te dwing om deel te neem aan 'n proses wat deur eksterne rolspelers geag word gepas te wees vir die dispuut, moet die aktiveringsmaatreëls die partye eerder bemagtig om self die gepastheid van bemiddeling te assesseer.

4 7 Gevolgtrekking

In terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma word daar tradisioneel aanvaar dat daar 'n botsing bestaan tussen die vrywillige aard van bemiddeling en die dwingende effek van aktiveringsregulering. Die uitdaging in hierdie konteks is die onversoenbaarheid tussen 'n proses wat fundamenteel gekenmerk word aan vrywilligheid en regulerende maatreëls wat inherent gemik is op 'n beperking van hierdie vrywilligheid.

Deur bemiddeling as 'n komplekse stelsel te benader is dit moontlik om hierdie botsing in 'n nuwe lig te beskou. Alhoewel die doel van aktiveringsregulering beskryf word as die bevordering van die gebruik van bemiddeling, het die bespreking in hierdie hoofstuk daarop gedui dat die effek van hierdie maatreëls bepaal moet word in terme van die totstandkoming van die bemiddelingstelsel. Die totstandkoming van die bemiddelingstelsel is nie slegs afhanklik van interaktiwiteit nie – 'n verhouding van interafhanklikheid tussen die verskillende rolspelers word spesifiek ook geverg. Aangesien geen vorm van regulering hierdie interafhanklikheid kan afdwing nie, is

⁵⁰⁵ Hopt & Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 20.

die effek van aktiveringsregulering noodwendig beperk tot die interaksie wat uiteindelik kan lei tot so 'n verhouding van interafhanklikheid. Die impak en doeltreffendheid van aktiveringsregulering moet daarom ondersoek word aan die hand van die interafhanklikheid waaraan dit gevolg moet gee. 'n Maatreël wat nie die waarskynlikheid van die totstandkoming van so 'n stelsel verhoog nie, kan nie die gebruik van bemiddeling bevorder nie.

Hierdie ontleding van aktiveringsregulering verskil wesenlik van die bestaande denkskole rakende die effek van dwingende regulering op die bemiddelingsproses. Hierdie denkskole misken die feit dat aktiveringsregulering nooit werklik gevolg kan gee aan die bemiddelingstelsel nie. Die doel van die regulering moet eerder beskou word in terme van die fasilitering of teweegbring van 'n interaktiewe proses wat uiteindelik wel gevolg kan gee aan 'n verhouding van interafhanklikheid.

Deur aktiveringsregulering op hierdie wyse te benader is dit moontlik om die verskillende aktiveringsmeganismes beter te ontwerp, toe te pas en die effek daarvan te monitor. Aan die hand van die bespreking in hierdie hoofstuk is dit duidelik dat die mees effektiewe aktiveringsmaatreël (1) vir die partye die geleentheid skep om die gebruik van bemiddeling te oorweeg; (2) die besluitnemingsproses rakende die gebruik van bemiddeling ondersteun en fasiliteer ten einde dit so maklik as moontlik te maak; (3) waarde tot hierdie besluitnemingsproses voeg deur akkurate inligting aan die partye te verskaf; (4) insentiewe skep vir die partye om die gepastheid van bemiddeling werklik te oorweeg; en (5) 'n gesonde mate van dwang op die partye uitoefen ten einde hulle subjektief deel te maak van die besluitnemingsproses. Mits die doel van aktiveringsregulering hierdie uitkomstige ondersteun, kan die gebruik van bemiddeling bevorder word sonder dat die prys daarvoor gemeet moet word in terme van diversiteit.

HOOFSTUK 5: PROSEDURELE REGULERING EN REGVERDIGHEID IN BEMIDDELING

5 1 Inleiding

Enige vorm van geskilbeslegting moet daartoe in staat wees om by wyse van 'n regverdige en billike proses reg en geregtigheid te laat geskied.⁵⁰⁶ Om hierdie rede word meeste geskilbeslegtingsmeganismes gekenmerk aan prosedurele maatreëls wat die regverdigheid van die proses bevorder. Sulke maatreëls verseker in die breë dat objektiewe en algemeen toepaslike regsreëls, -beginsels en norme op 'n gelyke basis afgedwing word.⁵⁰⁷

As 'n privaat en informele proses is bemiddeling grotendeels vry van eksterne regulering.⁵⁰⁸ In teenstelling met formele geskilbeslegtingsmeganismes word die struktuur van die bemiddelingsproses nie afgedwing nie – dit is eerder 'n produk van die georganiseerde interaksie tussen die partye en die bemiddelaar.⁵⁰⁹ Dit beteken egter dat daar beperkte prosedurele veiligheidsmeganismes is wat die regverdigheid van die bemiddelingsproses reguleer of verseker.⁵¹⁰ Die regverdigheid van hierdie

⁵⁰⁶ JM Nolan-Haley “Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking” (1999) 74 *Notre Dame LR* 775 777; R Hollander-Blumoff & TR Tyler “Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution” (2011) 2011 *J of Disp Resol* 1 3.

⁵⁰⁷ L Boule & A Rycroft *Mediation: Principles, Process, Practice* (1997) 51. Sien ook JB Stulberg “Fairness and Mediation” (1998) 13 *Ohio St J Disp Resol* 909 926.

⁵⁰⁸ M de Jong *Egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika: 'n Vergelykende Studie* LLD proefskrif UNISA (2002) 143; PJ Carnevale “Strategic Choice in Mediation” (1986) 2 *Neg J* 41 47; HJ Brown & AL Marriott *ADR Principles and Practice* (1993) 313-326.

⁵⁰⁹ Sien KJ Hopt & F Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 3 60; RH Mnookin “Divorce Bargaining: The Limits of Private Ordering” (1985) 18 *U Mich JL Reform* 1015 1018; C Fried *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (1981) 1, 78.

⁵¹⁰ J Folberg & A Taylor *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation* (1984) 245-250; Boule & Rycroft *Mediation* 52. 'n Geakkrediteerde bemiddelaar sal egter tipies wel onderworpe wees aan bv praktykkodes wat vereis dat die bemiddelaar moet verseker dat die proses regverdig is en wat sekere riglyne in hierdie verband sal stel. Sien ook par 6 2 hieronder.

proses is eerder gebaseer op die aanname dat die partye rasonale individue is wat daartoe in staat is om in hul eie self-belang op te tree.⁵¹¹

Hierdie aanname blyk egter problematies te wees waar daar nie gelyke bedingingsmag tussen die partye is nie.⁵¹² Daar word aangevoer dat die bemiddelingsproses nie in sigself daartoe in staat is om ongelyke magsbalanse tussen die partye te bestuur nie.⁵¹³ Om hierdie rede mag dit nodig wees om 'n mate van toesig oor die proses en die regte van die partye betrokke daarin te behou en sekere kwalitatiewe standaarde vir die bemiddelingsproses te stel, ten einde die regverdigheid daarvan te verseker.⁵¹⁴ Hierdie toesig en standaarde realiseer by wyse van prosedurele regulering.

Prosedurele regulering in die konteks van bemiddeling het duidelik implikasies in terme van die diversiteit-konsekwentheid dilemma. Alhoewel daar 'n behoefte is om te verseker dat die bemiddelingsproses en die uitkomste daarvan regverdig en billik is, sal prosedurele regulering noodwendig 'n beperkende impak hê op die outonomie van die partye en dus ook op die self-organisering van die bemiddelingstelsel.⁵¹⁵ Die

Verder sal enige skikkingsooreenkoms wat bereik word deur 'n hof afdwing moet word indien een van die partye weier om die bepalings van so 'n ooreenkoms na te kom. Beide in terme van openbare beleid en die kontraktereg sal die hof nie 'n ooreenkoms afdwing waar daar bewys kan word dat een van die partye onbehoorlik toegestem het daartoe nie.

⁵¹¹ DR Sundermann "The Dilemma of Regulating Mediation" (1985) 22 *Houston LR* 841 862; L Riskin "The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing" (1985) *U Fla LR* 19 27; JB Stulberg "Fairness and Mediation" (1998) 13 *Ohio St J Disp Resol* 909 913-914; Mnookin (1985) *U Mich JL Reform* 1021-1022.

⁵¹² HT Edwards "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema" (1985) 99 *Harv LR* 668 682.

⁵¹³ JL Maute "Mediator Accountability: Responding to Fairness Concerns" (1990) 1990 *J of Disp Resol* 347 349; R Delgado, C Dunn, P Brown, H Lee & D Hubbert "Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution" (1985) 1985 *Wisc LR* 1359 1375-1383, 1402-1403; AE Barsky "Issues in the Termination of Mediation Due to Abuse" (1995) 13 *MQ* 19 19-20, 26.

⁵¹⁴ De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 142; Edwards (1985) *Harv LR* 671.

⁵¹⁵ Sien par 3 4 1 hierbo. Sien ook J Alfini, J Barkai, RB Bush, M Hermann, J Hyman, K Kovach, C Liebman, S Press & L Riskin "What Happens When Mediation Is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners, and Host Institutions" (1994) 9 *Ohio St J Disp Resol* 307 319; Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 925-926.

vraag is dus of die self-organisering waaraan bemiddeling gekenmerk word daartoe in staat is om gevolg te gee aan 'n proses wat as regverdig en billik beskou kan word. Indien dit nie die geval is nie, impliseer dit dat daar wel 'n behoefte vir prosedurele regulering bestaan, ten spyte van die beperkende effek wat dit op die bemiddelingsproses het.

In hierdie hoofstuk word hierdie uitdaging aan die hand van 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling ontleed. Hierdie ontleding het dit ten doel om vas te stel tot watter mate self-regulering gevolg kan gee aan 'n normatiewe raamwerk wat 'n regulerende impak op die interaksie binne die stelsel het. Vir doeleindes van hierdie ontleding sal daar eerstens inhoud gegee word aan die konsep van regverdigheid in bemiddeling, ten einde vas te stel wat die vereistes vir 'n regverdige proses behels. Ten einde te bepaal tot watter mate bemiddeling aan hierdie vereistes voldoen, word daar drie aspekte van self-regulering geïdentifiseer, naamlik (1) die direkte toepassing van die reg, (2) onderhandeling in die skadu van die reg, en (3) onderhandeling in die skadu van sosiale norme. Die verhouding en wisselwerking tussen hierdie verskillende aspekte word vervolgens aan die hand van die kompleksiteitsmodel van bemiddeling ontleed.

5 2 Regverdigheid in bemiddeling

5 2 1 Omvang van regverdigheid

Een perspektief op die regverdigheid van 'n geskilbeslegtingsproses is dat regverdigheid gemeet moet word teen die uitkomst van so 'n proses.⁵¹⁶ Van die faktore wat tipies in hierdie verband relevant is, sluit die volgende in:

- Die billikheid van die uitkoms;
- of die partye in 'n meer voordelige posisie is as waarin hulle was toe hulle begin het;
- die sielkundige gevolge van die ooreenkoms;
- die kwaliteit van die inligting waarop die partye die aanvaarding van die ooreenkoms baseer;

⁵¹⁶ J Thibaut & L Walker *Procedural Justice: A Psychological Analysis* (1975) 4.

- of die uitkoms normatief regverdigbaar is, wat insluit of dit gevolg gee aan die partye se menswaardigheid, fundamentele waardes, basiese menseregte en belange;
- die gevolge wat die uitkoms inhou vir die verhouding tussen die partye;
- die effek wat die ooreenkoms op derdes het;
- die mate van toegang tot die reg wat die partye geniet het;
- die onkoste wat aangegaan is om die ooreenkoms te bereik;
- die doeltreffendheid van die proses om die ooreenkoms te bereik;
- die partye se tevredenheid met die uitkoms;
- of die ooreenkoms eerbiedig word; en
- of die uitkoms nie onwettig, *contra bonos mores* of onmoontlik is om uit te voer nie.⁵¹⁷

Die regverdigheid van die uitkomst van die bemiddelingsproses moet egter onderskei word van die regverdigheid van die bemiddelingsproses self.⁵¹⁸ Wat toenemend duidelik blyk te wees is dat die partye se persepsie van regverdigheid nie primêr gevorm word deur die gunstigheid van die uitkoms nie.⁵¹⁹ Hensler stel dat “*process matters to people, and it is the perceived fairness of processes that matters most.*”⁵²⁰ Wanneer die partye regverdigheid evalueer is dit dus die persepsie van

⁵¹⁷ JM Hyman & LP Love “If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation” (2002) 9 *Clinical LR* 157 186; JB Stulberg “Mediation and Justice: What Standards Govern?” (2005) 6 *Cardozo J Conflict Resol* 213 222-227; JW Cooley “A Classical Approach to Mediation-Part I: Classical Rhetoric and the Art of Persuasion in Mediation” (1993) 19 *U Dayton LR* 83 130; KE Menzel “Judging the Fairness of Mediation: A Critical Framework” (1991) 9 *MQ* 3 6-16; K Gibson “Mediator Attitudes Toward Outcomes: A Philosophical View” (1999) 17 *MQ* 197 202-204, 207-209; J Bercovitch “Mediation Success or Failure: A Search for the Elusive Criteria” (2006) 7 *Cardozo J Conflict Resol* 289 292-293; Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 911.

⁵¹⁸ J Dworkin & W London “What Is a Fair Agreement?” (1989) 7 *MQ* 3 5; NA Welsh “Making Deals in Court-Connected Mediation: What’s Justice Got to Do with It?” (2001) 79 *Wash U L Q* 787 817; Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 911-912.

⁵¹⁹ T Tyler “The Psychology of Disputant Concerns in Mediation” (1987) 3 *Neg J* 367 369. Sien ook T Tyler & EA Lind “Procedural Justice” in J Sanders & VL Hamilton (reds) *Handbook of Justice Research in Law* (2001) 65.

⁵²⁰ DR Hensler “Suppose It’s Not True: Challenging Mediation Ideology” (2002) 2002 *J of Disp Resol* 81 92.

hoe 'n uitkoms bereik is wat net so of selfs belangriker blyk te wees as die uiteindelijke substantiewe inhoud van die uitkoms.⁵²¹

Uiteindelik sal die geskilbeslegtingsproses en die uitkomste daarvan egter altyd tot 'n mate verweef wees.⁵²² Dit is dus nie dat die partye nie omgee oor die verdeling van waarde wat 'n uitkoms teweegbring, of die aanvaarbaarheid van 'n uitkoms nie.⁵²³ Wat wel beklemtoon word is dat die regverdigheid van die proses 'n konstruk is wat apart en onafhanklik van die uitkomste van so 'n proses geskep word. Prosedurele geregtigheid beïnvloed in eie reg hoe die partye voel oor die uitkomste van 'n proses, onafhanklik van hoe regverdig en goed daardie uitkomste blyk te wees.⁵²⁴ Partye blyk ook meer tevrede te wees met die uitkomste van 'n proses wat hulle as regverdig ervaar, en hulle is gevolglik ook meer geneig om sulke uitkomste in die toekomst te eerbiedig.⁵²⁵

Dit is belangrik om daarop te let dat regverdigheid en geregtigheid gereeld as sinonieme aangewend word. Beide konsepte steun op soortgelyke beginsels en normatiewe standaarde.⁵²⁶ In hierdie studie word daar egter 'n onderskeid getref tussen die regverdigheid van die bemiddelingsproses en die geregtigheid wat daardeur geskied. Die vraag of die proses en uitkomste van bemiddeling regverdig is, staan apart van die vraag of bemiddeling in die breë in die belang van geregtigheid is.

⁵²¹ R Hollander-Blumoff & TR Tyler "Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution" (2011) 2011 *J of Disp Resol* 1 3. Sien ook TR Tyler, RJ Boeckmann, HJ Smith & YJ Huo *Social Justice in a Diverse Society* (1997) 75-76.

⁵²² JE Innes & DE Booher "Consensus Building and Complex Adaptive Systems" (1999) 65 *JAPA* 412 415; Nolan-Haley (1999) *Notre Dame LR* 778.

⁵²³ TR Tyler "Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law" (2003) 30 *Crime & Justice* 283 292.

⁵²⁴ Allan & Tyler *Procedural Justice* 39; Hollander-Blumoff & Tyler (2011) *J of Disp Resol* 5-6.

⁵²⁵ TR Tyler *Why People Obey The Law* (1990) 115-123; E Allan & TR Tyler *The Social Psychology of Procedural Justice* (1988) 63-65.

⁵²⁶ JM Hyman "Swimming in the Deep End: Dealing with Justice in Mediation" (2005) 6 *Cardozo J Conflict Resol* 19 20; O Shapira "Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation" (2012) 54 *S Texas LR* 281 286; Bercovitch (2006) *Cardozo J Conflict Resol* 291; Stulberg (2005) *Cardozo J Conflict Resol* 215 n 8.

5 2 2 Konseptuele ontleding van regverdigheid

Dit is nie 'n eenvoudige oefening om te bepaal wat presies regverdigheid in bemiddeling behels nie.⁵²⁷ Daar bestaan in hierdie verband twee primêre denkskole:

5 2 2 1 *Self-determinisme*

Die eerste denkskool is gefundeer in self-deterministiese teorieë ingevolge waarvan regverdigheid in bemiddeling afhanklik is van die mate waartoe die outonomie of selfbeskikking van die partye realiseer.⁵²⁸ Regverdigheid word beskou as 'n persepsie of ervaring wat subjektief is tot elkeen van die rolspelers.⁵²⁹ Hoe hierdie persepsie gevorm word, word as volg deur Hyman beskryf:

“Common sense ideas of fairness are never far from our thoughts. Such ideas may form a prominent part of our conscious reactions when we assess a person's past actions or future plans. These common sense ideas may lie dormant, as potential ideas helping to make sense of other things that we discuss. While, sometimes, an explicit invocation of fairness seems appropriate, at other times it seems overdone. Of course, ideas of fairness often surface in conflict situations. Each party is conscious of the perceived unfairness of the other party's past actions and future plans, and conversely aware of the fairness of its own actions and decisions.”⁵³⁰

Lind *et al* glo dat meeste individue nie noodwendig daartoe in staat is om die regverdigheid van 'n geskilbeslegtingsproses te assesser nie, aangesien hulle nie

⁵²⁷ Shapira (2012) *S Texas LR* 282-283; Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 910; Nolan-Haley (1999) *Notre Dame LR* 778 vn 12.

⁵²⁸ Sien NA Welsh “The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?” (2001) 6 *Harv Neg LR* 1; KK Kovach & L Love “Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid” (1998) 3 *Harv Neg LR* 71; RA Bush & JP Folger *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition* (1994).

⁵²⁹ Hollander-Blumoff & Tyler (2011) *J of Disp Resol* 3; Shapira (2012) *S Texas LR* 290, 299.

⁵³⁰ Hyman (2005) *Cardozo J Conflict Resol* 20.

oor 'n basis beskik waarteen regverdigheid gemeet kan word nie.⁵³¹ Daarom word die partye se persepsie van regverdigheid gevorm deur hul waarneming en ervaring van die verskillende kenmerke van die proses – “*they use process characteristics – which they are comfortable assessing for themselves – as a pragmatic basis – a heuristic – for assessing the outcome, and deciding whether to comply with it.*”⁵³² Van hierdie prosedurele eienskappe sluit in of die partye oor die outonomie beskik om self moontlikhede vir skikking te ondersoek en op te weeg; die vryheid om 'n skikking te bereik en te aanvaar; en of die proses nie die een party in 'n merkwaardig slegter posisie stel as die posisie waarin hulle was voor die onderhandelinge nie.⁵³³

Hierdie denkskool glo gevolglik dat ongelykhede in die onderhandelingsproses oorkom kan word by wyse van vrye en onbeperkte interaksie tussen die partye.⁵³⁴

5 2 2 2 Normatiewe standaarde

Die tweede denkskool glo dat regverdigheid in bemiddeling ook 'n behoefte vir objektiewe, normatiewe inhoud stel wat nie bevredig kan word deur slegs die spesifieke partye se waardes en beginsels nie.⁵³⁵ Regverdigheid word beskou as 'n konsep wat 'n objektiewe norm beskryf ingevolge waarvan die partye behoort op te tree.⁵³⁶ Stulberg beskryf hierdie normatiewe raamwerk as volg:

“[P]rinciples of fairness must govern the manner in which one conducts mediated

⁵³¹ EA Lind, CT Kulik, M Ambrose & MV de Vera Park “Individual and Corporate Dispute Resolution Using Procedural Fairness as a Decision Heuristic” (1993) 38 *Admin Sci Q* 224 225.

⁵³² Hensler (2002) *J of Disp Resol* 94, met verwysing na Lind *et al* (1993) *Admin Sci Q* 225. Sien ook Boule & Rycroft *Mediation* 51.

⁵³³ Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 935, 944-945. Sien ook SN Exon “How Can a Mediator Be Both Impartial and Fair?: Why Ethical Standards of Conduct Create Chaos for Mediators” (2006) 2006 *J of Disp Resol* 387 400; Dworkin & London (1989) *MQ* 5-6; Welsh (2001) *Wash U L Q* 820; Bercovitch (2006) *Cardozo J Conflict Resol* 292; Barsky (1995) *MQ* 24; Nolan-Haley (1999) *Notre Dame LR* 778; Maute (1990) *J of Disp Resol* 367.

⁵³⁴ E Waldman “The Concept of Justice in Mediation: A Psychobiography” (2005) 6 *Cardozo J Conflict Resol* 247 250.

⁵³⁵ Waldman (2005) *Cardozo J Conflict Resol* 247.

⁵³⁶ Shapira (2012) *S Texas LR* 290.

conversations. These principles need not replicate the due process procedural rules ingredient to a trial; however, they must shape mediated conversations with sufficient focus and precision so that one party does not have his or her sense of integrity, or self, systematically undermined simply by virtue of the way in which the mediator interacted with the parties or facilitated interaction among them.⁵³⁷

Die regverdigheid van die bemiddelingsproses word dus gemeet teen spesifieke aspekte van die proses self, insluitende onder andere die volgende:

- Die bevoegdheid van die bemiddelaar;
- die onpartydigheid en neutraliteit van haar optrede;
- of konflikte van belange vermy word;
- die integriteit van die proses;
- die aktiewe en betekenisvolle deelname van die partye;
- hul vrye, ingeligte besluitneming;
- die vrywilligheid van die partye se deelname, wat spesifiek insluit of hulle die bemiddelingsproses maklik kan verlaat;
- of die partye deelneem aan die proses ten einde 'n onregverdige voordeel te verkry, of ten einde die ander party te manipuleer en te intimideer; en
- of die partye probeer om 'n bedingingsvoordeel op 'n bedrieglike wyse te bekom.⁵³⁸

Hierdie twee denkskole se benaderings is nie onderling uitsluitend nie. Elkeen beklemtoon een van twee algemene vereistes vir regverdigheid, naamlik dat die partye die proses moet ervaar as regverdig, en dat die proses die samelewing se normatiewe standarde vir regverdigheid moet bevredig.

Vervolgens is dit moontlik om te bepaal tot watter mate die bemiddelingstelsel hierdie twee vereistes kan bevredig. Dit sal gedoen word aan die hand van verskillende vorme van self-regulering, wat in meer besonderhede hieronder bespreek sal word.

⁵³⁷ Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 912.

⁵³⁸ Shapira (2012) *S Texas LR* 284-285.

5 3 Self-regulering by wyse van kontrak

Die eerste vorm van self-regulering is by wyse van die vrywillige insluiting of internalisering van die formele en substantiewe reg in die bemiddelingsproses. Alhoewel bemiddeling grotendeels sosiaal van aard is, is daar in die praktyk aspekte van die proses wat wel geformaliseer word. Die bemiddelingsproses speel nie totaal in isolasie van die formele reg af nie – daar is sekere “reëls” wat die speelvlak vir die bemiddelingsproses definieer.⁵³⁹

Die bemiddelingsproses word tot 'n mate gereguleer by wyse van kontrak. Hierdie “reëls” is dus die produk van wilsooreenstemming en is gefundeer in die outonomie van die partye.⁵⁴⁰ Sulke reëls verskil dus van, byvoorbeeld, die prosesregreëls vir litigasie. Die algemene beginsels van die kontraktereg dien eerder as 'n raamwerk vir die strukturering van beide die bemiddelingsproses en die uitkomst daarvan.⁵⁴¹

Self-regulering by wyse van kontrak is primêr ter sprake in die volgende aspekte van die bemiddelingsproses:

5 3 1 Aanvang en struktuur van die bemiddelingsproses

5 3 1 1 *Die besluit om te bemiddel*

Die besluit om 'n dispuut na bemiddeling te verwys sal die vorm van 'n ooreenkoms aanneem.⁵⁴² Hierdie ooreenkoms kan bereik word as die behoefte vir bemiddeling geïdentifiseer word; nadat 'n hof of hofampenaar die besluitnemingsproses gefasiliteer het,⁵⁴³ of selfs voordat daar enigsins sprake van 'n dispuut is.⁵⁴⁴ In

⁵³⁹ Shapira (2012) S Texas LR 291.

⁵⁴⁰ L Boulle "Promoting Rights Through Court-Based ADR?" (2012) 28 SAJHR 1 9.

⁵⁴¹ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 55.

⁵⁴² Sien ook par 4 5 1 2 hierbo.

⁵⁴³ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 55. Sien ook reël 76 van die bemiddelingreëls en par 4 3 1 hierbo.

laasgenoemde geval sal die bemiddelingsbepaling deel uitmaak van 'n afsonderlike en meer omvattende kontraktuele verhouding tussen die partye. So 'n bemiddelingsbepaling dien as 'n voorkomingsmaatreël wat, onder andere, die volgende voordele insluit:

- i. Dit verhoed dat die partye verplig voel om te litigeer, uit vrees dat hulle die indruk skep dat hulle 'n swak eisoorzaak het indien hulle eerste bemiddeling sou voorstel;
- ii. dit dwing die partye om reeds vroegtydig die moontlikheid en realiteit van toekomstige geskilbeslegting in ag te neem;
- iii. dit gee aan die partye die geleentheid om hul eie geskilbeslegtingstelsel te ontwerp;
- iv. dit gee aan die partye die geleentheid om 'n bemiddelaar te identifiseer, of om 'n meganisme te bepaal waardeur so 'n persoon aangewys kan word;
- v. dit berei die partye sielkundig voor vir die gebruik van bemiddeling, in teenstelling met litigasie; en
- vi. dit verhoed dat daar later verdere dispute ontstaan oor die gepastheid van verskillende geskilbeslegting meganismes.⁵⁴⁵

'n Kontraktuele bepaling wat moontlike toekomstige bemiddeling reël is veral belangrik by komplekse verhoudings. Komplekse verhoudings is tipies ter sprake waar langtermyn interaksie tussen die partye kontraktueel gereël word of waar die partye in 'n voortgesette verhouding teenoor mekaar staan.⁵⁴⁶

5 3 1 2 Aanwys van die bemiddelaar

Die tweede besluit wat die partye by wyse van ooreenkoms uitvoer is die aanstel van 'n bemiddelaar.⁵⁴⁷ Die partye kan ook op 'n aanstellingsmeganisme ooreenkom wat

⁵⁴⁴ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 29.

⁵⁴⁵ Boulle & Rycroft *Mediation* 226; Brown & Marriott *ADR* 312.

⁵⁴⁶ M Pryles "Dispute Resolution Clauses in Contracts" (1990) 1 *ADRJ* 116 124.

⁵⁴⁷ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 56: Dit blyk universeel die geval te wees dat 'n bemiddelaar nie op die partye afgedwing kan word nie. Dit kan wel die geval wees

kan insluit dat 'n bemiddelingsagentskap of diensverskaffer aangewys word, wat verantwoordelik sal wees vir die aanstelling van 'n gepaste bemiddelaar.

Met die aanvang van die bemiddelingsproses sal die partye gewoonlik ook 'n verdere ooreenkoms met die bemiddelaar sluit, ingevolge waarvan die verhouding tussen die partye en die bemiddelaar uiteengesit word. Hierdie ooreenkoms dek tipies wat die bemiddelaar se kostes gaan behels; wie hierdie kostes dra; die pligte en bevoegdhede van die bemiddelaar; maatreëls rakende vertroulikheid en aanspreeklikheid; organisatoriese reëlings; en 'n prosedure vir die beëindiging van die bemiddelingsproses.⁵⁴⁸

5 3 1 3 *Struktuur van die bemiddelingsproses*

Daar sal tipies ook in die ooreenkoms om te bemiddel ooreengekom word op talle praktiese of prosedurele aspekte van die bemiddelingsproses. Hierdie aspekte sluit in die tydsberekening van die verrigtinge; waar die proses gaan plaasvind; wie gemagtig is om die proses by te woon; die uitruil van dokumentasie; die omvang van die vertroulikheidsplig; die toelaatbaarheid van getuienis of bewysstukke; en enige verdere spesiale voorwaardes.⁵⁴⁹ Bemiddeling beskik nie oor dieselfde regsmeganismes om, byvoorbeeld, die openbaarmaking of toelaatbaarheid van inligting en dokumentasie te reël, soos wat die geval by litigasie of arbitrasie is nie.⁵⁵⁰ Die bemiddelingsooreenkoms vul dus ook daardie leemtes aan wat andersins tipies deur die bewysreg aangespreek sou word.⁵⁵¹

dat die hof 'n gemeenskaplik aanvaarbare bemiddelaar aanwys, of die keuse van bemiddelaar moet goedkeur.

⁵⁴⁸ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 55.

⁵⁴⁹ Boulle (2012) *SAJHR* 10.

⁵⁵⁰ Boulle (2012) *SAJHR* 9. Art 142 van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 gee aan die kommissaris die bevoegdheid om enige persoon wat oor relevante inligting of dokumentasie beskik, te dagvaar om te kom getuig.

⁵⁵¹ Boulle & Rycroft *Mediation* 239-240.

5 3 2 Uitkomst van bemiddeling

Die totstandkoming van die bemiddelingstelsel is gefundeer in ooreenkoms – beide in 'n sosiale en 'n formele sin.⁵⁵² Die kapasiteit van die partye om hulself kontraktueel te bind, as 'n self-reguleringsmaatreël, is besonder relevant in terme van die uitkomst van die bemiddeling. Die uitkoms van die bemiddelingsproses, indien so 'n uitkoms wel bereik word, sal gewoonlik 'n kontraktuele ooreenkoms tussen die partye daarstel. Rycroft beskryf die aard van so 'n skikkingsooreenkoms as volg:

“There is no suggestion in South African law that a settlement agreement is anything other than a contract, formally termed ‘compromise’ or *transactio*, defined as ‘an agreement whereby a dispute – which may or may not involve litigation – characterised by uncertainty as to the existence or terms of a legal relationship, is settled by the parties, who agree to regulate their relations in a particular way, often by creating a new set of obligations between them’.”⁵⁵³

'n Skikkingsooreenkoms reguleer dit wat nodig is om die konfliktelement te beëindig, sowel as enige toepaslike toekomstige aksies wat hierdeur vereis word. Die ooreenkoms kan dus ook 'n bepaling insluit wat toekomstige geskilbeslegting reguleer – byvoorbeeld welke hof jurisdiksie het as die afdwingbaarheid van die kontrak aangeveg sou word.⁵⁵⁴

Die skikkingsooreenkoms is substantief 'n nuwe kontrak.⁵⁵⁵ Die ooreenkoms moet dus aan die algemene kontraktuele vereistes en formaliteite voldoen.⁵⁵⁶ Die inhoud van die ooreenkoms kan enigiets insluit wat die partye op ooreenkoms, mits dit aan die normale kontraktereg beginsels voldoen.⁵⁵⁷ 'n Mondelinge verbintenis tussen die

⁵⁵² Sien par 3 2 3 hierbo.

⁵⁵³ A Rycroft “Settlement and the Law” (2013) 130 *SALJ* 187 189, met verwysing na S van der Merwe, LF van Huysteen, MFB Reinecke & GF Lubbe *Contract: General Principles* 3^{de} uitg (2007) 538.

⁵⁵⁴ Brown & Marriott *ADR* 378.

⁵⁵⁵ Sien *Hawken v Olympic Pools (Pty) Ltd* 1979 (3) SA 224 (T).

⁵⁵⁶ Sundermann (1985) *Houston LR* 848. Sien ook RH Christie & GB Bradfield *Christie's The Law of Contract in South Africa* 6^{de} uitg (2011) 281.

⁵⁵⁷ RM Calkins “Mediation: A Revolutionary Process That Is Replacing the American Judicial System” (2012) 13 *Cardozo J Conflict Resol* 1 30.

partye kan ook lei tot regsgevolge. Die normale kontraktereg remedies sal in beginsel ook aan die partye beskikbaar wees.⁵⁵⁸

Die afdwingbaarheid van 'n skikkingsooreenkoms word beïnvloed deur, onder andere, die volgende faktore:

- i. Die bedoeling van die partye;⁵⁵⁹
- ii. die konteks waarin bemiddeling plaasvind;⁵⁶⁰
- iii. die bestaan en aard van relevante statutêre vereistes;⁵⁶¹ en
- iv. die bestaan van enige opskortende voorwaardes, byvoorbeeld dat die ooreenkoms by wyse van 'n hofbevel bekragtig moet word.⁵⁶²

Die tydstip waarop die skikkingsooreenkoms afdwingbaar raak is afhanklik van die bedoeling van die partye en die normale reëls van die kontraktereg. Om hierdie rede kan dit ook belangrik wees om kwessies rakende afdwingbaarheid reeds in die ooreenkoms om te bemiddel in te sluit.⁵⁶³

Die afdwingbaarheid van 'n skikkingsooreenkoms is egter nie 'n *sine qua non* vir effektiewe bemiddeling nie. Sundermann skryf die vrywillige nakoming van sulke ooreenkomste toe aan die vertroue tussen die partye (wat 'n gevolg is van die bemiddelingsproses); die waarde van hul voortgesette verhouding; die subjektiewe toepaslikheid van die onderhandelde uitkoms; en die sielkundige norm dat vrywillige

⁵⁵⁸ Sien Van der Merwe *et al Contract* 539.

⁵⁵⁹ Boule & Rycroft *Mediation* 249, 376-377. Dit kan ook die bedoeling van die partye wees dat die ooreenkoms nie regtens afdwingbaar moet wees nie. Sien ook Sundermann (1985) *Houston LR* 847: "For example, if Aristotle accuses Brutus of vandalizing his house, but cannot legally prove it, Brutus can agree to "stop" vandalizing the house if Aristotle will stop kicking Brutus' dog. The disputants and the mediator generate alternatives that arise from the totality of the specific facts. The forum institution imposes no rule of law; no precedent is set or followed. Neither evidence nor emotion-laden solutions are excluded for lack of propriety... A mediator must be able to accept the parties' mutual willingness to enter into an irrational agreement."

⁵⁶⁰ Boule & Rycroft *Mediation* 249.

⁵⁶¹ Boule & Rycroft *Mediation* 249-250.

⁵⁶² Brown & Marriott *ADR* 377.

⁵⁶³ Brown & Marriott *ADR* 377.

ooreenkomste meer waarskynlik nagekom word.⁵⁶⁴ Om hierdie redes verteenwoordig 'n skikkingsooreenkoms meermale 'n groter mate van finaliteit tot 'n dispuut as wat in die algemeen aangeneem word.

Die bemiddelingreëls⁵⁶⁵ gee beperkte leiding in terme van skikkingsooreenkomste. Reël 82 maak primêr voorsiening daarvoor dat die dispuutbeslegtingsbeampte die uitkomst van die bemiddelingsproses aan die hof moet rapporteer.⁵⁶⁶ Daar word egter voorsiening daarvoor gemaak dat die bemiddelaar die partye by moet staan in die samestelling van 'n skikkingsooreenkoms indien die dispuut besleg kon word en dat so 'n skikkingsooreenkoms op skrif gestel moet word.⁵⁶⁷

5 3 3 Regverdigheid van bemiddelde ooreenkomste

Die feit dat ooreenkomste wat partye bereik gefundeer is in die outonomie en wilsooreenstemming van die partye skep 'n kontras met die beregting van 'n geskil deur litigasie of arbitrasie. Die kapasiteit van die partye om te kontrakteer is nou verwant aan die diversiteit-element. Die uitoefening van 'n outonome keuse maak dit moontlik vir die besluitnemer om 'n meer ingeligte besluit te neem, aangesien so 'n persoon die meeste kennis het rakende watter opsie haar behoeftes die beste gaan bevredig.⁵⁶⁸ Dit waarop daar ooreengekom word kan verskillende vorms aanneem ten einde die spesifieke en unieke behoeftes van die partye ten beste te bevredig.⁵⁶⁹

Verder heg individue meer waarde aan besluitneming deur diegene wat self deel is van die onderhandelingsproses.⁵⁷⁰ Die besluit van die teenparty, wat deel uitmaak

⁵⁶⁴ Sundermann (1985) *Houston LR* 864-865.

⁵⁶⁵ Die Reëls vir Vrywillige Hof-Verwante Bemiddeling ("bemiddelingreëls"), soos vervat in hoofstuk 2 van die Reëls van die Landdroshoue. Sien vn 269 en 304 hierbo.

⁵⁶⁶ Reël 82(1)-82(5).

⁵⁶⁷ Reël 80(1)(h) en 82(6).

⁵⁶⁸ TM Scanlon *What we Owe To Each Other* (2000) 251-256; Brand *et al Commercial Mediation* 47; Stulberg (2005) *Cardozo J Conflict Resol* 230.

⁵⁶⁹ Brown & Marriott *ADR* 376; Calkins (2012) *Cardozo J Conflict Resol* 31: "In mediation the possibilities are limitless and circumscribed only by the creativity of the parties, counsel and mediator."

⁵⁷⁰ Scanlon *What we Owe To Each Other* 251-256.

van die komplekse interaksie tydens die onderhandelingsproses, verg interpretasie en 'n waarde-oordeel. Dieselfde waarde word nie aan 'n besluit deur 'n derde geheg nie: soos die eensydige besluit van 'n regter, wat eenvoudig nagekom moet word.

Die uitoefening van 'n keuse het ook simboliese waarde. Die keuse verteenwoordig "my" besluit, waardeur "my" waarde as 'n besluitnemer erken word.⁵⁷¹ Daar is dus ook 'n sosiale en etiese verwagting dat 'n ooreenkoms wat in goeie trou bereik is, gehoorsaam sal word.⁵⁷² Die deurdringende invloed van die kontraktereg stel dus nie net 'n doeltreffende meganisme vir onderhandeling en skikking daar nie, maar verteenwoordig ook 'n raamwerk vir sosiale interaksie tussen individue wat as gelykes beskou word deur die reg.⁵⁷³

Dit is natuurlik nie 'n gegewe dat elke ooreenkoms gefundeer is in werklike wilsooreenstemming nie. Die feit dat die onderhandelingsproses gemanipuleer kan word om gevolge teweeg te bring wat nie in al die partye se beste belange is nie, of wat lei tot onregverdige uitkomst, geniet al vir 'n geruime tyd aandag in die bemiddelingsliteratuur.⁵⁷⁴ Die inherente regverdigheid van skikking teenoor litigasie val egter buite die bestek van hierdie studie.

Daar word in die algemeen aanvaar dat die regverdigheid van die ooreenkoms wat bereik word afhanklik is van ingeligte toestemming ("*informed consent*") deur die partye.⁵⁷⁵ Ingeligte toestemming behels dat die partye kennis dra van die bemiddelingsproses voordat hulle toestem om daaraan deel te neem; dat hul voortgesette deelname aan die proses vrywillig is; en dat hulle die uitkomst van die

⁵⁷¹ Scanlon *What we Owe To Each Other* 251-256: "[A] person's capacity to engage in the process of making such decisions, and to have her choices respected, is essential to her being; one cannot be a person without making such decisions and assuming responsibility for their outcome."

⁵⁷² Brown & Marriott *ADR* 329.

⁵⁷³ Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 925.

⁵⁷⁴ Sien O Fiss "Against Settlement" (1984) 93 *Yale LJ* 1073: "Consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised."

⁵⁷⁵ Nolan-Haley (1999) *Notre Dame LR* 778.

proses verstaan en toestem tot daardie uitkomst.⁵⁷⁶ Ingeligte toestemming vorm dus die grondslag vir vrywillige en sinvolle deelname aan die bemiddelingsproses, sowel as die uiteindelijke aanvaarding van die uitkoms van daardie proses.

5 3 4 Kontraktuele self-regulering en regverdigheid

In terme van die self-regulering van die bemiddelingstelsel is dit nie net die regverdigheid van die kontraktuele ooreenkoms wat belangrik is nie, maar eerder die feit dat 'n kontraktuele ooreenkoms wel bereik kan word. Die partye se vermoë om by wyse van wilsooreenstemming 'n bindende ooreenkoms te bereik, is die mees fundamentele kenmerk van bemiddeling.⁵⁷⁷ Die regtens afdwingbare aard van hierdie ooreenkoms verteenwoordig 'n meganisme waardeur die partye self regsgevolge heg aan dit wat hulle ag regverdig te wees.⁵⁷⁸ Hierdie regsgevolge is gefundeer in die objektiewe en algemeen toepaslike beginsels van die kontraktereg – welke beginsels ook normatiewe standarde vir regverdigheid insluit. Die bindende ooreenkomste wat die partye aangaan dien dus as 'n meganisme waardeur standarde vir regverdigheid, sowel as ander regsnorme, in die bemiddelingsproses geïntegreer en afdwing kan word.⁵⁷⁹ Die integrasie van hierdie norme dien as veiligheidsmeganisme vir die voorkoming van uitbuiting en vir die daarstel van 'n meer gelyke speelvlak tussen die partye.⁵⁸⁰

Alhoewel slegs beperkte aspekte van die bemiddelingsproses kontraktueel gereguleer word, speel sodanige regulering duidelik 'n belangrike rol in die self-regulering van die bemiddelingstelsel, en dus ook die uiteindelijke regverdigheid van die bemiddelingsproses.

⁵⁷⁶ Nolan-Haley (1999) *Notre Dame LR* 778-779.

⁵⁷⁷ Rycroft (2013) *SALJ* 187.

⁵⁷⁸ Hyman & Love (2002) *Clinical LR* 160-161; Stulberg (2005) *Cardozo J Conflict Resol* 216; Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 925.

⁵⁷⁹ Sundermann (1985) *Houston LR* 862-863.

⁵⁸⁰ I Gunning "Know Justice, Know Peace: Further Reflections on Justice, Equality and Impartiality in Settlement Oriented and Transformative Mediations" (2004) 5 *Cardozo J Conflict Resol* 87 95; JW Stempel "Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role" (1997) 24 *Fla St U LR* 949 976-977.

5 4 Self-regulering in die skadu van die reg

Sielkundige navorsing dui daarop dat individue hul onderhandelingsposisie evalueer vanuit 'n spesifieke en subjektiewe verwysingspunt, in plaas van 'n neutrale beginpunt.⁵⁸¹ In terme van regverdigheid is dit dus belangrik om te bepaal wat hierdie verwysingspunt behels ten einde die individuele verwagting en konseptualisering van regverdigheid te verstaan.⁵⁸²

Die private aard van bemiddeling beteken dat die invloed van die reg op die bemiddelingsproses op minder direkte en voorskriftelik wyses uitgeoefen word. Hierdie effek word beskryf as die invloed van die *skadu van die reg*.⁵⁸³ Die skadu van die reg is 'n metafoor wat illustreer dat die formele reg en die beginsels, reëls en prosedures waaruit dit bestaan 'n impak het op die bemiddelingsproses sonder dat dit van direkte toepassing is daarop. Die skadu van die reg illustreer dus dat die verhouding tussen die howe (of die formele reg) en ander minder formele vorme van geskilbeslegting 'n multidimensionele een is.⁵⁸⁴

Die impak van die skadu van die reg op bemiddeling is 'n resultaat van die komplekse verhouding tussen die bemiddelingstelsel en die formele regstelsel.⁵⁸⁵ Enige vorm van geskilbeslegting maak uiteindelik deel uit van 'n stelsel van reëls, prosesse, stappe en forums.⁵⁸⁶ Die skadu illustreer hoe stelsels 'n wedersydse invloed op mekaar kan uitoefen deur tot wisselende en op uiteenlopende wyses interaktief te verkeer – tot so 'n mate dat die onderskeid tussen die stelsels nie altyd ewe duidelik is nie.⁵⁸⁷ In hierdie afdeling word daar aangedui dat die aard en omvang

⁵⁸¹ D Kahneman & A Tversky "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk" (1979) 47 *Econometrica* 263, 285-287.

⁵⁸² Hollander-Blumoff & Tyler (2011) *J of Disp Resol* 16.

⁵⁸³ RH Mnookin & L Kornhauser "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce" (1978) 88 *Yale LJ* 950 950-951.

⁵⁸⁴ Galanter (1981) *J Leg Plur* 10.

⁵⁸⁵ LoPucki (1997) *Cornell LR* 496-497.

⁵⁸⁶ LB Bingham "Designing Justice: Legal Institutions and Other Systems for Managing Conflict" (2008) 24 *Ohio St J Disp Resol* 1 2.

⁵⁸⁷ Sien Alexander (2008) *QUTLJJ* 13; R Carroll "Trends in Mediation Legislation: 'All for One and One for All' or 'One at All'?" (2002) 30 *UWA LR* 167 175. Sien ook par 3 3 3 4 hierbo.

van die skadu van die reg op bemiddeling self-regulering tot gevolg het.

5 4 1 Omvang van die skadu van die reg

Die impak van die skadu van die reg is nie 'n konstante faktor nie – veral nie binne die konteks van 'n komplekse stelsel soos bemiddeling nie. Die omvang van die skadu van die reg is wel 'n belangrike faktor in terme van die self-regulering van die bemiddelingstelsel. Waar die skadu sterker gevoel word, is die potensiaal vir self-regulering ook groter. Faktore wat die impak daarvan versterk sluit in of die dispuut van 'n spesifieke regsraad is; die betrokkenheid van regsvertegenwoordigers of ander regsamptenare; die mate van oorsig wat die howe oor 'n proses uitoefen; en die bestaan van 'n statutêre raamwerk waarbinne 'n dispuut en die beslegting daarvan inpas.⁵⁸⁸ Waar dit nie die geval is nie, vind self-regulering by wyse van ander norme en standaarde plaas en moet dit daarom ook anders benader word.

Van die primêre faktore wat die omvang van die skadu van die reg beïnvloed sluit die volgende in:

5 4 1 1 Bereikbaarheid van 'n dispuut

Die eerste faktor behels die bereikbaarheid van 'n dispuut en dus die toepaslikheid van sekere formele regsbeginsele en reëls. In terme van die formele reg bestaan daar 'n onderskeid tussen 'n grief ("*grudge*") en 'n regseis. Slegs 'n dispuut wat in terme van die toepaslike regsreëls en beginsele as 'n eis geformuleer kan word, kan aangehoor word deur 'n hof.⁵⁸⁹

Die bereikbaarheid van 'n dispuut het 'n belangrike impak op die bemiddelingsproses. Toekomstige bereikbaarheid impliseer dat die skadu van die reg 'n sterker impak op die onderhandelingsproses sal hê. Hierteenoor is die hantering van 'n onberegbare, sosiale konflik beperk tot die bemiddelingsproses of 'n ander informele vorm van

⁵⁸⁸ Boule & Rycroft *Mediation* 32.

⁵⁸⁹ RD Madoff "Lurking in the Shadow: The Unseen Hand of Doctrine in Dispute Resolution" (2002) 76 *S Cal LR* 161 167.

geskilbeslegting.⁵⁹⁰ Bemiddeling maak dit juis moontlik om ook laasgenoemde tipes dispute te bereg. Dit sluit in dispute wat 'n daadwerklike en negatiewe impak op die lewens van die betrokke partye het, maar wat nie ingevolge die reg erken word as 'n oorsaak vir 'n regsaksie nie.⁵⁹¹ In so 'n geval is die impak van die reg egter minder wesenlik as die sosiale konteks waarin die dispuut bestaan en alles wat dit impliseer vir geskilbeslegting.⁵⁹²

5 4 1 2 *Locus standi*

Waar 'n dispuut wel beregbaar is, is daar slegs sekere persone wat betrokke is by die beslegting daarvan. Partye wat nie deel van die proses uitmaak nie, sal ook nie gebind word deur die uitkomst van daardie proses nie. Regsreëls bepaal welke partye 'n rol in die dispuut het en dus aangehoor behoort te word ten einde 'n regverdige uitkoms te behaal.

Die reëls van *locus standi* speel dus ook 'n belangrike rol in geskilbeslegting.⁵⁹³ Alhoewel die reëls van *locus standi* nie noodwendig direk van toepassing op bemiddeling is nie, dra dit by tot die skadu van die reg wat oor die besluit rakende in- of uitsluiting hang. Partye wat oor *locus standi* beskik in toekomstige litigasie word meer direk beïnvloed deur die skadu van die reg.

5 4 1 3 *Impak van regsverteenwoordigers*

Die private aard van bemiddeling impliseer dat die rol van regsverteenwoordigers in die bemiddelingsproses meermale meer beperk is as wat die geval is by meer formele vorme van geskilbeslegting. Daar is egter nie in beginsel enigiets wat die betrokkenheid van regsverteenwoordigers uitsluit nie. Hierdie betrokkenheid sal, soos wat die geval is met die ander aspekte van die bemiddelingsproses, afhanklik wees van die toestemming en self-beskikking van die partye. 'n Regs-

⁵⁹⁰ Madoff (2002) *S Cal LR* 165-166.

⁵⁹¹ O Rabinovich-Einy "Deconstructing Dispute Classification: Avoiding the Shadow of the Law in Dispute System Design in Healthcare" (2010) 12 *Cardozo J Conflict Resol* 55 58.

⁵⁹² Sien par 5 5 hieronder.

⁵⁹³ Madoff (2002) *S Cal LR* 167-168.

verteenwoordiger, wat behoorlike instruksies van haar kliënt ontvang om namens haar op te tree, het in alle waarskynlikheid 'n mandaat om 'n skikking of kompromie namens haar kliënt aan te gaan, mits sy *bona fide* en in die belang van haar kliënt optree.⁵⁹⁴

Daar blyk in die algemeen 'n plig op regsverteenwoordigers te wees om partye ten minste in kennis te stel van skikkingsmoontlikhede, selfs waar hulle glo dat die skikking nie aanvaar moet word nie.⁵⁹⁵ Dit blyk ook toenemend die geval te wees dat 'n regsverteenwoordiger spesifiek aanspreeklik gehou kan word vir nalatigheid as sy nie haar kliënt van die moontlikheid en aard van bemiddeling in kennis gestel het nie.⁵⁹⁶ Soos wat bemiddeling meer gevestig raak sal dit ook moeiliker raak vir 'n nalatige regsverteenwoordiger om die redelikheid-toets te slaag oor of hulle geweet of besef het dat bemiddeling 'n moontlikheid was.⁵⁹⁷

Regsverteenwoordigers dra direk of indirek by tot die effek van die skadu van die reg, deur die effek van regsreëls of norme te beklemtoon of direk van toepassing te maak. Enkele van die maniere waarop dit gedoen word sluit die volgende in:⁵⁹⁸

- i. Regsverteenwoordigers dien as bronne van inligting. Hierdie inligting sluit spesifiek in die partye se bedingingsmag in terme van die reg, die toepaslike regsnorme, die waarskynlike uitkomste van litigasie, en die kostes daaraan verbonde.
- ii. As raadgewer kan die regsverteenwoordiger help om die ware belange van die partye uit te lig – veral, byvoorbeeld, finansiële belange waaraan hulle dalk nie gedink het nie.
- iii. Sekere regsaksies, soos egskeiding, behels ook formele regsprosedures wat gevolg moet word, selfs waar 'n ooreenkoms tydens bemiddeling bereik word.

⁵⁹⁴ *Hlongwane v Cisco Systems SA* (2011) 32 ILJ 625 (LC); *Ivoral Properties (Pty) Ltd v Sheriff, Cape* 2005 (6) SA 96 (C); *Hlobo v Multilateral Motor Vehicle Accident Fund* 2001 (2) SA 59 (SCA), met verwysing na *Dlamini v Minister of Law and Order* 1986 (4) SA 342 (D) 346I–347A.

⁵⁹⁵ EAL Lewis *Legal Ethics: A Guide for Professional Conduct for South African Attorneys* (1982) 162.

⁵⁹⁶ G Sammon "The Ethical Duties of Lawyers Who Act for Parties to a Mediation" (1993) 3 *ADRJ* 190 193. Sien ook *MB v NB* 2010 (3) SA 220 (GSJ) par 49-60 en die bespreking in par 4 4 1 hierbo.

⁵⁹⁷ Boule & Rycroft *Mediation* 253.

⁵⁹⁸ Mnookin & Kornhauser (1978) *Yale LJ* 985-986.

- iv. Die regsverteenvoordiger kan direk betrokke wees in die substantiewe onderhandelinge.
- v. Die moontlikheid van toekomstige litigasie beteken dat die regsverteenvoordigers ook strategies te werk gaan tydens die onderhandelinge, ten einde te verseker dat regsnorme en -reëls toegepas word, sodat hul klient in die sterkste moontlik posisie is indien daar wel gelitigeer moet word.

Die betrokkenheid van regsverteenvoordigers het natuurlik ook 'n invloed op die buigzaamheid van die proses, deurdat hulle (en spesifiek die adversatiewe perspektief wat hulle meermale na die tafel bring) 'n invloed het op die interaksie tussen die partye.⁵⁹⁹ Hierdie invloed kan behels dat die interaksie meer rigied raak, soos wat die invloed van die reg toenemend in die bemiddelingsproses 'n uitwerking het. Daar moet egter daarteen gewaak word om te veralgemeen en regsverteenvoordigers se rol in bemiddeling te beperk tot die stereotipes wat aan die regsberoep gekoppel word. Daar is nie enige empiriese bewyse dat regsverteenvoordigers in Suid-Afrika nie daartoe in staat is om die fundamentele aard en kompleksiteit van die bemiddelingsproses te begryp en by te dra tot die sukses daarvan nie. Die teendeel blyk waar te wees uit die uitbreiding van litigasie-departemente om toenemend bemiddeling en arbitrasie ook in te sluit.

5 4 1 4 Betrokkenheid van die bemiddelaar

Die bemiddelaar is 'n verdere figuur wat kennis behoort te dra oor die relevante regsreëls en norme. In hierdie sin ervaar die partye die skadu van die reg moontlik op die mees direkte wyse deur die bemiddelaar, wie verantwoordelik is om die onderhandelinge te lei ingevolge die regsreëls en norme wat daarop van toepassing is, of kan wees.⁶⁰⁰ Hierdie kan gesien word as 'n dormante funksie van die bemiddelaar – 'n funksie wat net realiseer waar dit nodig is.⁶⁰¹

⁵⁹⁹ Riskin (1985) *U Fla LR* 27.

⁶⁰⁰ Sien par 6 3 hieronder.

⁶⁰¹ Sien LL Riskin "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed" (1996) 1 *Harv Neg LR* 7, en meer onlangs LL Riskin "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System" (2003) 79 *Notre Dame LR* 1.

5 4 2 Effek van die skadu van die reg

Die omvang van die skadu van die reg beïnvloed uiteindelik die impak wat dit op die onderhandelingsproses het. In dié verband kan daar 'n onderskeid getref word tussen die impak op die verhouding tussen die verskillende rolspelers en die impak op die struktuur van die bemiddelingsproses.

5 4 2 1 Impak op die verhouding tussen die verskillende rolspelers

i Insentiewe om te onderhandel

Die skadu van die reg dien as insentief om te onderhandel. Dreigende litigasie en die moontlike uitkomst daarvan skep 'n omgewing waarbinne ooreenkoms bereik kan word. Dus, alhoewel potensiële litigasie nie 'n vereiste is vir die bereiking van konsensus nie, skep dit 'n konteks waarbinne daar insentiewe is om eerder nie te litigeer nie. Die risiko en onkoste van 'n verhoor, asook die onsekerheid wat daarmee gepaard gaan, insentifiseer die partye om te probeer om liewers 'n ooreenkoms by wyse van onderhandeling te bereik.⁶⁰² Waar die partye glo dat die uitkomst van bemiddeling beter kan wees as die uitkomst van litigasie, of hulle nie onderhewig wil wees aan 'n presedent wat reeds gestel is nie, stel dit 'n verdere insentief om litigasie te vermy.⁶⁰³

Die soeke na 'n ooreenkoms as 'n alternatief tot litigasie word uitdruklik of stilswyend gestel as 'n uitgangspunt vir die interaksie tussen die partye. Dié uitgangspunt is 'n kern-element van die stelsel as 'n geheel, aangesien dit toekomstige besluitneming fundamenteel beïnvloed. Die insentiewe wat die skadu van die reg stel het in hierdie sin dus 'n self-regulerende invloed op die interaksie tussen die partye.

⁶⁰² JA Faris *An Analysis of the Theory and Principles of Alternative Dispute Resolution* LLD proefskrif UNISA (1995) 139.

⁶⁰³ B Depoorter "Law in the Shadow of Bargaining: The Feedback Effect of Civil Settlements" (2010) 95 *Cornell LR* 101 102-103.

ii Onderhandelingsmag

Eerstens word die partye se verwagtinge van die uitkomst van die bemiddelingsproses tot 'n groot mate gebaseer op hul verwagtinge van wat die uitkomst van litigasie waarskynlik kan wees.⁶⁰⁴ Hierdie verwagtinge gee aan die partye bedingingsmag. As een party weet dat die hof in alle waarskynlikheid 'n sekere remedie aan haar kan toestaan, sal so 'n party nie geredelik vir minder as dit wil skik nie. Die partye glo dus hulle beskik oor sekere *bargaining chips* of *legal endowments*.⁶⁰⁵ Hierdie verwagtinge het 'n impak op die uitkomst wat die partye onderskeidelik bereid is om te aanvaar, sowel as die proses wat hulle ag gepas te wees om so 'n uitkoms te bereik.⁶⁰⁶

Tweedens is die uitkomst van litigasie nie seker nie.⁶⁰⁷ Dit is daarom nie slegs die moontlike substantiewe remedies wat die onderhandelingsproses beïnvloed nie, maar ook die waarskynlikheid dat dit toegeken sal word. Die uitkomst van litigasie is spesifiek onseker waar die regter 'n diskresie gegee word.⁶⁰⁸ Onsekerheid het belangrike implikasies vir tydsbesteding en die finansiële en emosionele onkoste wat die partye bereid is om aan te gaan.⁶⁰⁹

Derdens word daar perke op die partye se bedingingsmag geplaas deur die skadu

⁶⁰⁴ Boule & Rycroft *Mediation* 31; Faris *Alternative Dispute Resolution* 139.

⁶⁰⁵ Mnookin & Kornhauser (1978) *Yale LJ* 968; Mnookin (1985) *U Mich JL Reform* 1024-1025: "For example... where a... presumption exists in favor of maternal custody, a mother who wants primary custody has considerably more bargaining power relative to the father." Nie alle faktore wat lei tot ongelyke bedingingsmag is dus onregverdig nie. So is sekere partye vanuit die staanspoor in 'n sterker bedingsinsposisie omdat die reg aan hulle 'n sterker eis gee as aan die ander party.

⁶⁰⁶ Mnookin & Kornhauser (1978) *Yale LJ* 950. Faris *Alternative Dispute Resolution* 139: "The authoritative standing of legal rules and their adjudicatory application confers on the parties a substantive entitlement that directly influences the content and outcome of their negotiations."

⁶⁰⁷ Mnookin & Kornhauser (1978) *Yale LJ* 969.

⁶⁰⁸ Mnookin & Kornhauser (1978) *Yale LJ* 980, 969-970. Die "beste belang van die kind"-maatstaf illustreer hierdie onsekerheid: Die beste wat die partye kan doen is om te probeer om te bepaal wat die waarskynlikheid is dat 'n sekere uitkoms deur die regter geag word in die beste belang van die kind te wees. Wat uiteindelik geag gaan word wel in die beste belang van die kind te wees, is tot 'n groot mate onseker.

⁶⁰⁹ Galanter (1981) *J Leg Plur* 7-8.

van die reg. Die afdwingbaarheid van die uitkomst van bemiddeling is uiteindelik afhanklik van die reg.⁶¹⁰ Die partye staan dus nie vry om sonder enige beperkinge te onderhandel en 'n uitkoms te aanvaar as hulle wil hê dat daardie uitkoms uiteindelik ook regtens afdwingbaar moet wees nie.

Die effek van die skadu van die reg is nie 'n konstante faktor in besluitneming nie.⁶¹¹ Die inligting wat die verskillende rolspelers vanuit die skadu van die reg verkry, word op verskillende wyses geïnterpreteer. Verder is daar talle ander insentiewe wat moontlik 'n meer bepalende invloed uitoefen as regsinsentiewe. Dit impliseer dat die uitkomst van bemiddeling verskillende permutasies van regsuitkomst kan wees.⁶¹² Daarom gebeur dit gereeld dat partye hul regsposisies oorskat,⁶¹³ of oor-optimisties is rakende hul kanse vir 'n eis om te realiseer as 'n hof die dispuut aanhoor.⁶¹⁴

5 4 2 2 *Impak op die struktuur van die bemiddelingsproses*

Tot dusver is die skadu van die reg bespreek as 'n gevolg van die partye wie (bewustelik of onbewustelik) 'n hipotetiese litigasieproses laat afspeel wat dan vir hulle sekere aanduidings en insentiewe gee in terme van hul eie onderhandelingsposisie en die regverdigheid van die proses wat gevolg word. Hierdie beskrywing van die skadu van die reg is die een wat die meeste aandag geniet in die bemiddelingsliteratuur.⁶¹⁵

Die onderhandelingsproses word egter deur meer as net die potensiële uitkomst van dreigende litigasie beïnvloed. Die vorm en wese van litigasie in die breë, sowel as die aspekte van die formele reg wat daarby ter sprake is (wetgewing, regspraak,

⁶¹⁰ Boule & Rycroft *Mediation* 31; Faris *Alternative Dispute Resolution* 139.

⁶¹¹ SR Belhorn "Settling Beyond the Shadow of the Law: How Mediation Can Make the Most of Social Norms" (2005) 20 *Ohio St J Disp Resol* 981 994-995.

⁶¹² Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 996.

⁶¹³ Sien LA Bebchuck "Litigation and Settlement Under Imperfect Information" (1984) 15 *Rand J Econ* 404 406-409; PM Danzon & LA Lillard "Settlement out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims" (1983) 12 *J Legal Stud* 345 347-351.

⁶¹⁴ Sien A Farmer & P Pecorino "Pre-trial Negotiations with Asymmetric Information on Risk Preferences" (1994) 14 *Int Rev Law Econ* 273 274-276.

⁶¹⁵ Sien Boule & Rycroft *Mediation* 31.

regsbeginsels en -reëls), beïnvloed ook die wyse waarop daar bemiddel word sonder dat die formele reg van direkte toepassing is. Dit stel 'n regsraamwerk daar wat die bemiddelingsproses beïnvloed. Aangesien hierdie raamwerk gefundeer is in die formele reg, maak normatiewe regsbeginsels soos regverdigheid ook deel uit van hierdie raamwerk. Die verskillendes wyses waarop die bemiddelingsproses deur hierdie raamwerk beïnvloed kan word, geniet vervolgens aandag.

i Gepastheid van bemiddeling

Die komplekse aard van die bemiddelingsproses maak dit besonder moeilik om te bepaal of bemiddeling gepas is vir 'n gegewe dispuut.⁶¹⁶ In hierdie sin verskil bemiddeling van meer formele regsprosesse, waar die gepastheid van die proses afhanklik is van die klassifikasie van die dispuut. Ten einde 'n legitieme eisorsaak te hê in terme van die formele reg, moet 'n dispuut binne 'n erkende dispuut-kategorie geplaas kan word. Dit verg dat die elemente van die dispuut geïnterpreteer word. By bemiddeling is dit egter nie altyd nodig, of selfs moontlik om die dispuut op dieselfde wyse te klassifiseer nie. Dit is verder gewoonlik nie vir die partye maklik om op 'n kognitiewe en sielkundige vlak hul konflik-ervaring te klassifiseer as 'n sekere "tipe" dispuut nie, selfs waar daar 'n gepaste klassifikasie daarvoor bestaan. Die klassifikasie van 'n regsdispuut vereis kennis, ervaring en hulpbronne.⁶¹⁷ Daarom is dit deel van die bemiddelaar se rol om die partye verby hul konseptualisering van die dispuut te laat beweeg. Sodoende verkry hulle dieper insig in die elemente van die dispuut en die verhouding tussen hulle, en word hulle bemagtig om hul posisies in die onderhandelinge dienoreenkomstig aan te pas.

Die skadu van die reg maak dit egter moontlik om te verhoed dat die klassifikasie van 'n dispuut vir doeleindes van bemiddeling 'n absolute relativistiese oefening is.⁶¹⁸ "*Fitting the forum to the fuss*" behels dat die mees gepaste geskilbeslegtingsmeganisme geïdentifiseer word op grond van die aard, inhoud, kenmerke en

⁶¹⁶ Sien par 4.6 hierbo.

⁶¹⁷ Rabinovich-Einy (2010) *Cardozo J Conflict Resol* 58.

⁶¹⁸ Sien C Menkel-Meadow "Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving" (1984) 31 *UCLA LR* 754 791.

regselemente van die dispuut.⁶¹⁹ Hierdie benadering word toegepas in uiteenlopende kontekste,⁶²⁰ insluitende familie dispuut,⁶²¹ kollektiewe groep dispuut,⁶²² en gesondheidsorg.⁶²³ Die klassifisering van 'n dispuut in die skadu van die reg maak dit moontlik om 'n uitgangspunt vir die onderhandelinge te formuleer binne 'n regsraamwerk. Hierdie uitgangspunt is nuttig in die onderhandelinge omdat dit 'n struktuur verleen wat nie totaal verwyderd is van die struktuur van 'n meer formele regsproses nie. Aangesien hierdie klassifisering slegs 'n produk van die rolspelers tot die bemiddelingsproses is, is dit 'n aspek van self-regulering wat binne hul mag en bevoegdheid val.

ii Normatiewe raamwerk vir onderhandelinge

Regsreëls voorsien die rasionaal vir die betrokkenheid van die staat in 'n konfliktsituasie. Hierdie rasionaal reflekteer onderliggende kulturele of sosiale waardes deur erkenning te gee aan 'n tipe regseis of -aksie. Sodanige erkenning bevestig dat die gedrag wat aanleiding gegee het tot die eis afwyk van die aanvaarde sosiale of morele norme en waardes van 'n samelewing. Die remedie wat voorgeskryf word verteenwoordig die openbare opinie van wat vereis word om die effek van hierdie afwyking reg te stel en om toekomstige afwykings te verhoed.⁶²⁴ Regsreëls voorsien dus 'n gesaghebbende aanduiding van hoe die samelewing dink

⁶¹⁹ FEA Sander & S Goldberg "Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure" (1994) 12 *Neg J* 49 50.

⁶²⁰ Sien M Alberstein "ADR and Collective Trauma: Constructing the Forum for the Traumatic Fuss" (2008) 10 *Cardozo J Conflict Resol* 11; FEA Sander & L Rozdeiczer "Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach" (2006) 11 *Harv Neg LR* 1; C Menkel-Meadow "Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or 'The Law of ADR'" (1991) 19 *Fla St U LR* 1 12.

⁶²¹ Sien J Lande & G Herman "Fitting the Forum to the Family Fuss: Choosing Mediation, Collaborative Law, or Cooperative Law for Negotiating Divorce Cases" (2004) 42 *Fam Court Rev* 280.

⁶²² Alberstein (2008) *Cardozo J Conflict Resol* 11.

⁶²³ Sien KA Slaikeu "Designing Dispute Resolution Systems in the Healthcare Industry" (1989) *Neg J* 395.

⁶²⁴ Madoff (2002) *S Cal LR* 168.

en voel oor verskillende tipes dispute.⁶²⁵ Merry som hierdie aspek as volg op:

“Law provides a set of categories and frameworks through which the world is interpreted. Legal words and practices are cultural constructs which carry powerful meanings not just to those trained in the law or to those who routinely use it to manage their business transactions but to the ordinary person as well.”⁶²⁶

Regsreëls speel dus ’n belangrike rol in hoe die verskillende rolspelers in ’n geskilbeslegtingstelsel die dispuut interpreteer en verwerk. Hierdie interpretasie beïnvloed op ’n komplekse wyse die partye se kapasiteit en behoefte om ’n ooreenkoms te bereik sonder om die hof daarvoor te nader.⁶²⁷

Die dispuut self word ook beïnvloed deur die skadu van formele regsleer. Die funksie van die howe is nie beperk tot wat hulle doen nie, maar sluit ook in wat hulle sê van dit wat hulle doen.⁶²⁸ Sulke “boodskappe” is hulpbronne wat partye gebruik ten einde eise te formuleer, na te jaag, te onderhandel en te regverdig. Verder word hierdie “boodskappe” aangewend deur partye om die gedrag van ander partye te reguleer.⁶²⁹ Galanter som hierdie effek as volg op:

“The social effects [that the courts] produce by communication must be far more important than the direct effects of the relatively few decisions they render. Law is more capacious as a system of cultural and symbolic meanings than as a set of operative controls. It affects us primarily through communication of symbols...”⁶³⁰

’n Belangrike bydrae van die howe is dus om ’n raamwerk van norme en prosedures te voorsien waarbinne onderhandeling en regulering in beide privaat en publieke

⁶²⁵ Madoff (2002) *S Cal LR* 168.

⁶²⁶ SE Merry *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans* (1990) 8-9.

⁶²⁷ So het die verwydering van ’n skuld-vereiste vir egskeiding daartoe gelei dat interaksie tydens egskeidingsbemiddeling fundamenteel anders plaasvind as wat die geval andersins sou wees. Sien Madoff (2002) *S Cal LR* 169-176.

⁶²⁸ Galanter (1981) *J Leg Plur* 13.

⁶²⁹ Galanter (1981) *J Leg Plur* 13.

⁶³⁰ Galanter (1981) *J Leg Plur* 13.

sfeer plaasvind.⁶³¹ Hierdie regs konteks beïnvloed beide die legitimiteit van die dispuut en die aard van die uitkomst wat by wyse van bemiddeling bereik kan word.⁶³²

iii Effek op die optrede van die partye

Die effek wat hierdie regs konteks op die bemiddelingsproses kan hê strek verder as net die wyse waarop die onderhandelinge gestruktureer word. Dit sluit ook die subjektiewe “*legal mindset*” in wat daarmee gepaard gaan.⁶³³ Hierdie regs-ingesteldheid is primêr adversatiewe van aard en is ’n gevolg van die norme en standaarde wat toegepas word in litigasie.⁶³⁴

So ’n ingesteldheid hou verskillende implikasies in vir die wyse waarop interaksie tussen die partye tot bemiddeling plaasvind. Die aanname is dat onsuksesvolle bemiddeling sal lei tot litigasie, wat beteken dat die partye (bewustelik of onbewustelik) adversatiewe optrede in die toekoms antisipeer. Hierdie antisipasie beïnvloed hul optrede en besluitneming in die hede – byvoorbeeld in terme van hoe daar met feitestellings en bewyslaste omgegaan word.⁶³⁵

Verder impliseer die binêre aard van regsuitkomst dat iemand ’n wenner en iemand ’n verloorder is. Litigasie is ’n *zero-sum game* – oftewel, wat een party wen, verloor die ander party.⁶³⁶ Menkel-Meadow beskryf die impak hiervan op onderhandelinge as volg:

⁶³¹ Faris *Alternative Dispute Resolution* 138; Galanter (1981) *J Leg Plur* 6; Mnookin & Kornhauser (1978) *Yale LJ* 951.

⁶³² Sien Welsh (2001) *Harv Neg LR* 26; C Menkel-Meadow “When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts Among Dispute Resolution Professionals” (1997) 44 *UCLA LR* 1871 1872.

⁶³³ Menkel-Meadow (1991) *Fla St U LR* 2-3; Faris *Alternative Dispute Resolution* 140.

⁶³⁴ Faris *Alternative Dispute Resolution* 142.

⁶³⁵ Faris *Alternative Dispute Resolution* 143.

⁶³⁶ MA Eisenberg “Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking” (1976) 89 *Harv LR* 637 654.

“The negotiators assume that what is bargained for are the identical, but limited, items a court would award in deciding the case. Typically it is assumed that all that is bargained for is who will get the most money and who will be compelled to do or not do something. Indeed, it may be that because litigation negotiations are conducted in the shadow of the law of the court that they are assumed to be zero-sum games.”⁶³⁷

Hierdie ingesteldheid is ’n uitdaging vir bemiddeling en spesifiek vir die konsiliasie of rekonsiliasie van die partye se weergawes, wat ’n belangrike aspek van die proses verteenwoordig.⁶³⁸ As die partye ’n dispuut in streng regsterme analiseer, word hulle doelwit om te “wen”. Hul persepsie van die dispuut word adversatief van aard – dit pas aan tot die adversatiewe, *zero-sum game* aard van litigasie.⁶³⁹ Hierdie persepsie word soms verder versterk deur die betrokkenheid van regsverteenwoordigers, wie gewoon is aan die adversatiewe paradigma waarbinne hulle funksioneer.⁶⁴⁰

Die uitkomst van litigasie is verder kwantifiseerbaar.⁶⁴¹ Die verwagting vir ’n kwantifiseerbare uitkoms kan dus ook deel word van die onderhandelingsproses.⁶⁴² Die kwantifisering van oorsaak-en-effek maak dit moeilik vir die bemiddelaar om die partye te lei om dieper onderliggende faktore tot hul dispuut te ondersoek.⁶⁴³

Die optrede van die partye word natuurlik nie slegs negatief beïnvloed deur die skadu van die reg nie. Juis in terme van regverdigheid en billikheid kan die skadu van die reg ’n belangrike normatiewe raamwerk daarstel waarteen die partye hul voortgesette deelname aan die proses kan evalueer. Hierdie raamwerk is kern tot die partye se self-regulering van die bemiddelingsproses.

⁶³⁷ Menkel-Meadow (1983) *UCLA LR* 765-766.

⁶³⁸ Eisenberg (1976) *Harv LR* 645-655; Faris *Alternative Dispute Resolution* 143.

⁶³⁹ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 1001.

⁶⁴⁰ Sien par 5 4 1 3 hierbo.

⁶⁴¹ Faris *Alternative Dispute Resolution* 143.

⁶⁴² RD Benjamin “The Physics of Mediation: Reflections of Scientific Theory in Professional Mediation Practice” (1990) 8 *MQ* 91 102: “[T]he myth of justice perpetuates the belief that there is a remedy for every wrong. The legal system is, according to the logical positivist paradigm, the big fix-it machine.”

⁶⁴³ Sien Menkel-Meadow (1995) *Geo LJ* 2672-2674.

iv *Legitimiteit in die skadu van die reg*

Die skadu van die reg verleen legitimiteit aan die meganismes wat daarin funksioneer – ’n “*regulatory endowment*.”⁶⁴⁴ Hierdie legitimiteit word op verskillende wyses verleen. So voorsien die howe nie slegs ’n model van norme en standaarde nie, maar ook van prosedures, strukture en rasionaliserings vir die aktiwiteite van sulke forums wat inhoud gee aan die konsepte van regverdigheid en billikheid.⁶⁴⁵ Hierdie raamwerk kan eksplisiet deur die howe gestel word by wyse van, byvoorbeeld, uitsprake wat inhoud gee aan “regverdigheid” of “natuurlike geregtigheid”, maar kan ook implisiet wees tot die reëls van jurisdiksie, *locus standi* en ander prosedurele beginsels.⁶⁴⁶

5 4 3 Regverdigheid in die skadu van die reg

Die effek van hierdie verskillende aspekte van die skadu van die reg stel kumulatief ’n regsraamwerk daar waarbinne die bemiddelingsproses afspeel. In hierdie sin kan die formele reg op ’n indirekte wyse bydrae tot die skep van ’n bemiddelingsproses wat regverdigheid en billikheid verseker op wyses soortgelyk aan die formele reg self. Uiteindelik maak die skadu van die reg dit dus moontlik om inhoud te gee aan die vereistes vir prosedurele regverdigheid en billikheid.⁶⁴⁷

In hierdie sin beïnvloed die skadu van die reg op ’n direkte wyse die interaksie tussen die partye. Waar die onderhandelingsproses nie die verwagtinge of behoeftes van die partye bevredig nie (en hulle glo hulle beter sal vaar voor ’n hof) is albei partye vry om die proses te verlaat. Die effek van die skadu van die reg is self-regulerend in die sin dat die partye ’n subjektiewe toets het vir hul voortgesette deelname aan die proses. Waar een party op grond van hierdie toets die proses wil verlaat, is dit meermale in die belang van die ander party om hulle te oortuig om dit nie te doen nie. Die onderhandelingsmag van die partye stel dus ’n komplekse komponent van die stelsel daar wat wedersydse self-regulering insentifiseer.

⁶⁴⁴ Galanter (1981) *J Leg Plur* 8.

⁶⁴⁵ Galanter (1981) *J Leg Plur* 9.

⁶⁴⁶ Galanter (1981) *J Leg Plur* 9.

⁶⁴⁷ Rabinovich-Einy (2010) *Cardozo J Conflict Resol* 62.

5 5 Self-regulering deur sosiale norme

5 5 1 Oorsig

Die impak van die skadu van die reg is gefundeer in 'n regs-sentralistiese paradigma.⁶⁴⁸ Ingevolge so 'n paradigma word daar aanvaar dat die reg die primêre normatiewe raamwerk daarstel waarvolgens konflik gedefinieer word en oplossings daarvoor geïdentifiseer en geformuleer word.⁶⁴⁹ Regs-sentralisme hou voor dat geskilbeslegting plaasvind in 'n forum ekstern tot die sosiale konteks waarin dit ontstaan het.⁶⁵⁰ In hierdie forum kan spesialiskennis en -vaardighede toegepas word ter beslegting van die dispuut. 'n Deskundige, wie gewoonlik onder die vaandel van die staat optree, skryf dan 'n remedie voor op grond van toepaslike en gesaghebbende leerstukke of reëls.⁶⁵¹ Hierdie reëls is grotendeels gekodifiseer en word afdwing by wyse van spesifieke sanksies.⁶⁵² Geregtigheid geskied dus by wyse van formele (staats)meganismes. Die hof word gevolglik 'n simbool van mag – die sentrale mag wat die reg interpreteer en afdwing.⁶⁵³

Dit blyk egter toenemend duidelik te wees dat hierdie sentralisme 'n ooreenvoudiging is. Daar bestaan talle nie-regs insentiewe en nie-rationele kognitiewe voorkeure wat besluitneming dryf en wat nie binne die omvang van die skadu van die reg val nie.⁶⁵⁴ So word dispute gereeld besleg in terme van, byvoorbeeld, gewoonte, sosiale- of gemeenskapsgebruike en ander vorme van

⁶⁴⁸ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 981-982; R Cooter "Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant" (1996) 144 *U PA LR* 1643 1644-1646. Bush beskryf dit as 'n "*dichotomized and homogenized process taxonomy*" in RAB Bush "Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments" (1988) 66 *Denver U LR* 335 342, met verwysing na dieselfde stelling deur Menkel-Meadow in C Menkel-Meadow "For and Against Settlement: Issues and Abuses of the Mandatory Settlement Conference" (1985) 33 *UCLA LR* 485 501.

⁶⁴⁹ H Jacob "The Elusive Shadow of the Law" (1992) 26 *Law Soc R* 565 565-566.

⁶⁵⁰ Galanter (1981) *J Leg Plur* 1.

⁶⁵¹ Galanter (1981) *J Leg Plur* 1.

⁶⁵² Jacob (1992) *Law Soc R* 567.

⁶⁵³ Faris *Alternative Dispute Resolution* 138.

⁶⁵⁴ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 982. Sien ook par 3 3 3 1 hierbo.

sosiale norme.⁶⁵⁵ In teenstelling met regs-sentralisme kan daar dus 'n norm-gesentreerde paradigma geïdentifiseer word. Ingevolge hierdie paradigma is die sosiale konteks waarin die dispuut afspeel, sowel as die sosiale rolle wat die verskillende rolspelers daarin vervul, potensieel net so relevant soos die skadu wat die reg oor die onderhandelinge gooi.⁶⁵⁶ Regsnorme verteenwoordig slegs een moontlike stel reëls binne 'n reeks ander normatiewe moontlikhede vir geskilbeslegting.⁶⁵⁷ Bemiddeling speel dus nie slegs in die skadu van die reg af nie, maar ook in die skadu van die sosiale norme en standaarde van die partye.⁶⁵⁸

5 5 2 Sosiale norme in besluitneming

Sosiale norme sluit 'n uiteenlopende spektrum van optrede en besluitneming in. Die vraag of gedrag kwalifiseer as 'n sosiale norm is nie afhanklik van enige enkele inherente eienskap daarvan nie, maar liefs of die samelewing of sosiale groep as 'n geheel daardie gedrag goedkeur (of selfs beloon) of sanksies daarteen instel.⁶⁵⁹ Waar sosiale interaksie plaasvind in 'n netwerk van interafhanklike individue, kom sosiale norme dus na vore.

Sulke norme verkry gesag vanuit die geheel van die sosiale gemeenskap wat vereis – hetsy uitdruklik, stilswyend of deur blote gewoonte – dat daar in ooreenstemming met die norm opgetree moet word.⁶⁶⁰ Sosiale norme kan dus voortbestaan selfs as die rasionaal daarvoor nie meer bestaan of relevant is nie.⁶⁶¹ Net soos wat regsreëls en -norme sanksies vir nie-nakoming het, kan die nie-nakoming van 'n sosiale norm lei tot sosiale kostes of skade vir die individu wat deur die ander lede van die

⁶⁵⁵ C Freshman “Privatizing Same-Sex ‘Marriage’ Through Alternative Dispute Resolution: Community-Enhancing Versus Community-Enabling Mediation” (1997) 44 *UCLA LR* 1687 1699, 1734.

⁶⁵⁶ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 994-995.

⁶⁵⁷ Freshman (1997) *UCLA LR* 1740.

⁶⁵⁸ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 996. Sien ook MS Melli, HS Erlanger & E Chambliss *The Process of Negotiation: An Exploratory Investigation in the Divorce Context* (1985) 12; Jacob (1992) *Law Soc R* 566.

⁶⁵⁹ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 984-985.

⁶⁶⁰ Jacob (1992) *Law Soc R* 567-568.

⁶⁶¹ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 986.

gemeenskap as 'n groep afgedwing word.⁶⁶² Sosiale norme skep dus insentiewe vir optrede en besluitneming. Op beide 'n empiriese en teoretiese vlak is daar bewyse dat informele, gedesentraliseerde sosiale kontrole insentiewe skep wat minstens net so kragtig is in terme van rasionele besluitneming as gesentraliseerde regsnorme.⁶⁶³

Posner beskryf die verhouding tussen sosiale en regsnorme as volg:

“The law is always imposed against a background stream of nonlegal regulation – enforced by gossip, disapproval, ostracism and violence – which itself produces important collective goods. The system of nonlegal cooperation is always in some ways superior and in other ways inferior to the legal solution, and legal intervention will undermine or enhance the background norms of nonlegal cooperation in complex ways.”⁶⁶⁴

5 5 3 Keuse van norme

Prosedurele regulering het duidelik ook normatiewe implikasies. Enige dispuut word opgelos in die lig van sekere norme of standaarde.⁶⁶⁵ In die geval van litigasie en arbitrasie word hierdie norme duidelik geartikuleer, hetsy dit regsnorme is wat uit wetgewing of regspraak voortkom, die openbare belang, of algemene en spesifieke beleidsoorwegings. Hierteenoor is bemiddeling nie daarop gemik om 'n spesifieke stel norme te bevredig nie. Die doel van bemiddeling is juis om vir die partye die geleentheid te gee om self daardie norme te skep.⁶⁶⁶ Die formulering van 'n normatiewe raamwerk vir onderhandelinge is 'n subjektiewe produk van die interaksie tussen die partye. Gevolglik is die bemiddelingsproses ook aanpasbaar tot die verskillende kulturele waardesisteme en geloofsoortuigings van die partye. Spesifieke gewoontes, gebruike en sienswyses word ingebou in die bemiddelingsproses, asook in die ooreenkoms wat die partye uiteindelik bereik.⁶⁶⁷

⁶⁶² Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 984-985.

⁶⁶³ Sien R Axelrod *The Evolution of Cooperation* (1984) 73-87; M Ryser & RC Ellickson “A Hypothesis of Wealth-Maximizing Norms: Evidence from the Whaling Industry” (1989) 5 *J L Econ Org* 83.

⁶⁶⁴ EA Posner “Law and Social Norms” in CR Sunstein (red) *Behavioural Law and Economics* (2000) 4.

⁶⁶⁵ Boule & Rycroft *Mediation* 35.

⁶⁶⁶ Fuller (1971) *S Cal LR* 308.

⁶⁶⁷ De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 139.

Teen hierdie agtergrond is dit duidelik dat die partye tot 'n dispuut verskillende en selfs uiteenlopende norme aanwend in die geskilbeslegtingsproses.⁶⁶⁸ Geskilbeslegting kan binne 'n eng regsraamwerk plaasvind, maar kan ook afspeel binne 'n raamwerk wat die reg op die periferie laat – of selfs totaal uitsluit.⁶⁶⁹ In elkeen van hierdie gevalle oefen die partye bewustelike en onbewustelike keuses uit rakende die toepaslikheid van sosiale-, sielkundige-, ekonomiese-, politiese-, morele-, geloofs-, regs- en talle ander norme.⁶⁷⁰

Die keuse tussen verskillende norme en normatiewe raamwerke word beïnvloed deur verskillende faktore. Die eerste hiervan is die terme waarin 'n dispuut aanvanklik “geraam”, uiteengesit of gekonseptualiseer word.⁶⁷¹ Vreemdelinge word in die algemeen minder beperk deur sosiale norme wat die interaksie tussen hulle reël, wat dit makliker maak om 'n dispuut in regsterme te raam. Persone wat mekaar goed ken, in 'n gevestigde sosiale verhouding teenoor mekaar staan, of wat gereelde sosiale interaksie het, word tot 'n groter mate beperk deur spesifieke sosiale norme. In sulke gevalle erken die partye dat die aanwending van alternatiewe “reëls” meer voordelig vir hul situasie kan wees as wat die geval is met suiwer regsreëls, en definieer hulle dus die dispuut dienooreenkomstig.⁶⁷²

Hoe 'n dispuut gedefinieer word, word ook beïnvloed deur die remedie wat gevra

⁶⁶⁸ Sien WLF Felstiner, RL Abel, & A Sarat "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming..." (1981) 15 *Law Soc R* 631; DM Engel "Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court" (1980) 1980 *Am Bar Found Res J* 425; DM Engel "The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community" (1984) 18 *Law Soc R* 551.

⁶⁶⁹ Sulke dispute is gewoonlik van 'n meer persoonlike aard – gefokus op die verhouding tussen die partye en nie soseer op spesifieke reg- of pligskending nie.

⁶⁷⁰ C Menkel-Meadow "Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defence of Settlement (In Some Cases)" (1995) 83 *Geo LJ* 2663 2677. Sien ook RC Ellickson *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (1991).

⁶⁷¹ Jacob (1992) *Law Soc R* 568-569.

⁶⁷² Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 1004: "Informal sharing of information may sometimes be more pertinent to settlement negotiations than 'turning over every rock' to find the ideal legal theory."

word. Waar sosiale konsiliasie nodig is, is dit minder waarskynlik dat daar slegs op regsnorme gesteun sal word. Sodoende kan die partye hul belange ondersoek en teen mekaar opweeg ingevolge die sosiale norme waarvolgens hul interaksie gestruktureer word.⁶⁷³ 'n Streng regsremedie sal egter verg dat daar van toepaslike regsnorme gebruik gemaak word.⁶⁷⁴

Die tweede faktor behels die invloed van die sosiale netwerke waarvan die partye deel vorm – oftewel die interaksie wat hulle het met individue wat nie deel uitmaak van die konflikstelsel nie.⁶⁷⁵ Die partye se persoonlike netwerke dien as bronne van inligting, invloed en selfs dwang. So kan 'n party, byvoorbeeld, beïnvloed word om primêr op regsnorme te steun waar hy in 'n netwerk is wat regsgeleerdes insluit. In teenstelling hiermee sal die lede van 'n sosiale netwerk wie sterk glo in bepaalde sosiale norme – soos 'n geloofsgemeenskap of tradisionele samelewing – waarskynlik makliker kies om hierdie norme toe te pas as 'n alternatief tot streng en formele regsnorme.⁶⁷⁶ Sulke individue is meer geneig om te steun op daardie sosiale norme wat beter aan hulle bekend is en waarmee hulle meer gemaklik is.⁶⁷⁷ Alhoewel die partye oor die outonomie beskik om self te besluit op toepaslike norme, soek die partye ook tipies bevestiging dat hul keuses konformeer tot sosiaal aanvaarbare gedrag.⁶⁷⁸

Die identifisering en formulering van die aanvanklike normatiewe raamwerk vir geskilbeslegting is egter net die eerste stap van die onderhandelingsproses. Tydens die proses word norme vir interaksie tussen die partye ook opnuut geskep. Selfs in gevalle waar die verhouding tussen die partye van 'n formele, kontraktuele aard is, kan die partye nie alle moontlike toepaslike norme antisipeer nie. Die skep van sulke sosiale norme is daarom 'n gevolg van die toenemende interaksie tussen die partye en die maatreëls wat hulle ontwikkel om daardie interaksie te vergemaklik en voort te

⁶⁷³ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 1005.

⁶⁷⁴ Jacob (1992) *Law Soc R* 569.

⁶⁷⁵ Jacob (1992) *Law Soc R* 570.

⁶⁷⁶ Jacob (1992) *Law Soc R* 571.

⁶⁷⁷ HL Ross *Settled out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment* (1970) 166-170.

⁶⁷⁸ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 1005-1006; LE Trakman "Commentary: *Appropriate Conflict Management*" (2001) 2001 *Wisc LR* 919 920-22.

sit.⁶⁷⁹

'n Keuse van norme impliseer egter nie dat hierdie keuse altyd uitgeoefen word op 'n wyse wat bevorderlik is tot geskilbeslegting, ooreenkoms en konstruktiewe onderhandeling nie. Die sosiale of selfs regsnorme vir aanvaarbare gedrag is uiteindelik subjektief tot enige gegewe gemeenskap.⁶⁸⁰

5 5 4 Sosiale norme en self-regulering

Anders as wat die geval is by formele regsraamwerke, is die normatiewe raamwerk waarbinne onderhandelinge geskied 'n produk van die onderhandelingsproses self. Hierdie eienskap maak sekere gevolge moontlik wat, byvoorbeeld, nie die geval is by 'n proses soos litigasie wat binne 'n streng regsraamwerk afspeel nie. Die belangrikste van hierdie gevolge is die volgende:

i Botsende norme

By litigasie sal die toepaslikheid van 'n norm die toepaslikheid van 'n botsende norm uitsluit. In sosiale onderhandelinge lei konflik tussen twee norme ook daartoe dat een norm dominant word en die ander ondergeskik. Die ondergeskikte norm kan egter steeds erkenning geniet, alhoewel hierdie erkenning onderhewig sal wees aan die effek van die dominante norm.⁶⁸¹

ii Nie-regsnorme

Dit is verder moontlik om gedeeltelike of vol-erkenning aan 'n norm te gee wat andersins geag word ondergeskik te wees of wat selfs nie erken word as 'n regsnorm nie. Dit beteken dat 'n persoon wat nie 'n "reg" of beregbare aksie het nie, steeds kan steun op norme wat vir daardie partye werklike sosiale implikasies het. Aangesien dit moontlik is om sodoende te steun op 'n groter verskeidenheid van norme as wat die

⁶⁷⁹ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 1008.

⁶⁸⁰ Hensler (2002) *J of Disp Resol* 83, met verwysing na R Steinberg & L Soriano "Styles of Conflict Resolution" (1984) *47 J Pers Soc Psychol* 115.

⁶⁸¹ Eisenberg (1976) *Harv LR* 643.

geval is by litigasie, is die onderhandelingsproses eintlik 'n meer waarde-gedrewe proses as litigasie.⁶⁸²

iii Persoon-gesentreerde norme

Die toepaslikheid van persoon-gesentreerde norme is afhanklik van die persoonlike eienskappe van 'n party. 'n Norm wat byvoorbeeld respek teenoor ouer persone vereis is persoon-gesentreerd. Hierteenoor is die toepaslikheid van aksie-gesentreerde norme afhanklik van sekere gebeure of aksies. Partye tot onderhandelinge kan ewe maklik erkenning gee aan persoon-gesentreerde en aksie-gesentreerde norme, aangesien die proses inherent subjektief en persoonlik is.⁶⁸³

Waar die litigasieproses gebind is deur spesifieke norme, maak privaat ordening dit moontlik vir die partye om tot 'n groter mate te besluit watter norme relevant is vir die onderhandelingsproses tussen hulle. In hierdie sin verteenwoordig privaat ordening dus 'n ware alternatief tot litigasie. Die normatiewe raamwerk van privaat ordening is buigbaar en aanpasbaar tot die behoeftes van die partye, waar die normatiewe raamwerk vir litigasie rigied is en streng afgedwing word.

Die effek van hierdie self-regulering is fundamenteel tot bemiddeling. Dit beklemtoon die outonomie van die partye, waar die uitoefening van hierdie outonomie kern is tot die tevredenheid met die bemiddelingsproses wat die partye uiteindelik ervaar as 'n uitkoms bereik word.⁶⁸⁴ Dit maak kreatiewe probleem-oplossing moontlik en vermy die rigiditeit en legalisme wat inherent is tot prosesse of meganismes wat reëls afdwing in plaas daarvan om dit te skep.⁶⁸⁵ Dit maak dit moontlik vir partye om

⁶⁸² Eisenberg (1976) *Harv LR* 657.

⁶⁸³ Eisenberg (1976) *Harv LR* 644-645.

⁶⁸⁴ RA Bush "Defining Quality in Dispute Resolution" (1989) 66 *Denver U LR* 335 347; JD Rosenberg "In Defence of Mediation" (1992) 30 *Family & Conciliation Courts Review* 422 422.

⁶⁸⁵ Die toepaslikheid van so model van self-regulering word nie beperk tot spesifieke tipes dispute nie, alhoewel dit moontlik groter voordele kan inhou vir sekere tipes dispute. Sien JP Folger & RAB Bush "Transformative Mediation and Third Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice" (1996) 12 *MQ* 263 278; SB Goldberg *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes* 2 uitg (1992) 435-437. Waldman (1997) *Hastings LJ* 720: "The

alternatiewe maniere waarop hulle hul lewens wil struktureer te ondersoek en te implementeer, tesame met die norme en waardes wat hulle wil af dwing of waarvolgens hulle wil leef.⁶⁸⁶

5 5 5 Sosiale norme en regverdigheid

Die vraag is egter wat die effek van hierdie kreatiewe toepassing van norme en waardes is op die regverdigheid van die bemiddelingsproses. Is die proses regverdig net omdat die partye die norme kies waarvolgens 'n dispuut besleg word?

Die uitgangspunt in hierdie verband is dat die konsep van regverdigheid nie beperk kan word tot dié van wetlike geregtigheid nie.⁶⁸⁷ Bemiddeling vind primêr plaas in 'n sosiale konteks. Die “reëls” van bemiddeling maak daarom deel uit van 'n veel groter en meer omvattende sosiale stelsel van reëls. Hierdie reëls reguleer nie slegs die talle verskillende aspekte van sosiale interaksie nie, maar dien ook ter beskerming van daardie sosiale of gemeenskaplike belange wat verder strek as die belange van die enkele individue betrokke in die bemiddelingsproses.⁶⁸⁸ Shapira verwys in hierdie sin na 'n wye begrip van regverdigheid.⁶⁸⁹

Regverdigheid word bepaal aan die hand van hierdie reëls of norme. Om teenstrydig daarmee te handel stel onregverdige optrede daar.⁶⁹⁰ Die optrede van die partye is dus nie vry van beperkinge in die afwesigheid van formele regsname nie. Hulle kan nie eenvoudig doen wat hulle wil nie.⁶⁹¹ Alhoewel die sosiale persepsie van

norm-generating mediation model is well-suited to conflicts in which the goals of enhancing disputant autonomy and preserving relationships are paramount. In these conflicts, the particular outcome reached is less important than the parties' active participation in its construction. Often, empowerment and relational concerns are primary because the competing goal of 'doing justice' through the application of legal or social norms may not be possible, sensible or conclusive.”

⁶⁸⁶ Freshman (1997) *UCLA LR* 1734.

⁶⁸⁷ Hyman (2005) *Cardozo J Conflict Resol* 19.

⁶⁸⁸ K Gibson “Mediator Attitudes Toward Outcomes: A Philosophical View” (1999) 17 *MQ* 197 203-204; Dworkin & London (1989) *MQ* 12.

⁶⁸⁹ Shapira (2012) *S Texas LR* 293; Maute (1990) *J of Disp Resol* 358.

⁶⁹⁰ Shapira (2012) *S Texas LR* 294.

⁶⁹¹ Shapira (2012) *S Texas LR* 294.

regverdigheid dus dikwels dramaties kan afwyk van formele regsnorme, het dit steeds 'n soortgelyke regulerende impak.⁶⁹²

Menkel-Meadow glo dat skikkings wat afwyk van die bindende en presiese toepassing van die reg, uitkomst daar kan stel wat inderwaarheid meer regverdig is as daardie uitkomst wat slegs op regsnorme gebaseer is.⁶⁹³ Sy argumenteer dat die geskilbeslegtingsproses regverdigheid of sosiale waarde *skep*, in teenstelling met litigasie waar dit *vereis* word.⁶⁹⁴ Sy beskryf hierdie waarde as volg:

"Settlement (and its sometime rejection of law) could just as easily be seen as a democratic expression of individual justice where rules made for the aggregate would either be unjust, or simply irrelevant to the achievement of justice in individual cases... These variations on legal principles do not mean that settlements are not principled – only that they may be based on 'nonlegal' principles that may be just as fair or just (if not more so) in particular cases."⁶⁹⁵

Sy beskryf die uitkomst van bemiddeling gevolglik as beginsel-gedrewe skikking.⁶⁹⁶ Die gevaar in terme van regverdigheid lê dus eerder in die moontlikheid dat die onderhandelingsproses nie in hierdie sosiale norme gefundeer is nie, aangesien hierdie norme of beginsels die proses dryf na meer regverdige en billike uitkomst.⁶⁹⁷ Beginselgedrewe skikking maak uitkomst moontlik wat verskil van daardie uitkomst wat redelikerwys verwag kon word as uitkomst van 'n streng formele regsproses, maar wat terselfdertyd steeds beskryf kan word as regverdig.⁶⁹⁸

⁶⁹² Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 911; Waldman (2005) *Cardozo J Conflict Resol* 270.

⁶⁹³ Menkel-Meadow (1995) *Geo LJ* 2676.

⁶⁹⁴ Menkel-Meadow (1995) *Geo LJ* 2676.

⁶⁹⁵ Menkel-Meadow (1995) *Geo LJ* 2676, 2677.

⁶⁹⁶ Privaat onderhandeling, in teenstelling met openbare beoordeling, laat toe dat 'n groot verskeidenheid van die partye se belange uitgedruk kan word. Sien C Menkel-Meadow "Remembrance of Things Past? The Relationship of Past to Future in Pursuing Justice in Mediation" (2004) 5 *Cardozo J Conflict Resol* 97 98, 100.

⁶⁹⁷ Waldman (2005) *Cardozo J Conflict Resol* 263.

⁶⁹⁸ Depoorter (2010) *Cornell LR* 106-107; Hyman & Love (2002) *Clinical LR* 160-161; Stulberg (2005) *Cardozo J Conflict Resol* 215-216; Stulberg (1998) *Ohio St J Disp Resol* 910; Shapira (2012) *S Texas LR* 292, 295. Sien ook BL Hay "Effort, Information, Settlement, Trial" (1995) 24 *J Legal Stud*

Teen hierdie agtergrond is dit moontlik om die “reëls” van die bemiddelingsproses in ’n nuwe lig te beskou. Die kompleksiteit van die bemiddelingsproses impliseer dat regverdigheid nie beskou kan word in terme van ’n formele benadering tot hierdie reëls nie. Ingevolge so ’n benadering word reëls letterlik geïnterpreteer, toegepas en afgedwing, ongeag die konteks, omstandighede of veranderende realiteit van die onderhandelingsproses.⁶⁹⁹ Hierdie reëls is eerder buigsaam en aanpasbaar tot die veranderende aard en gees van die bemiddelingsproses. Hierdie is ’n anti-formalistiese of substantief-realistiese benadering tot reëls.⁷⁰⁰ Ingevolge hierdie benadering behels regverdigheid ’n verwagting dat daar volgens die reëls van bemiddeling opgetree sal word in soverre dit die aard en gees van die bemiddelingsproses vergestalt.⁷⁰¹ Die wese van die bemiddelingsproses word dus geprioritiseer bo die vorm daarvan.⁷⁰² Shapira som hierdie benadering as volg op:

“A preference for substance over form does not mean following the rules of the game no matter what; it means following the rules in a way that fulfils the purpose and spirit of the game, and refraining from conduct that is in accordance with the rules but results in an outcome that is inconsistent with the purpose of the game.”⁷⁰³

Hierdie substantiewe konseptualisering van regverdigheid spreek tot meer as net die uitkomst van die bemiddelingsproses. Dit behels die substantiewe interpretasie van die reëls wat van toepassing is op beide die proses en die uitkomst van daardie

29 42; KE Spier “The Dynamics of Pretrial Negotiation” (1992) 59 *Rev Econ Stud* 93 97-99; R Cooter, S Marks & R Mnookin “Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior” (1982) 11 *J Legal Stud* 225 227-234.

⁶⁹⁹ Shapira (2012) *S Texas LR* 295.

⁷⁰⁰ Shapira (2012) *S Texas LR* 295.

⁷⁰¹ CL Carr “Fairness and Political Obligation – Again: A Reply to Lefkowitz (2004) 30 *Soc Theory Prac* 33 44.

⁷⁰² Shapira (2012) *S Texas LR* 295 met verwysing na JA Miller “Indeterminacy, Complexity, and Fairness: Justifying Rule Simplification in the Law of Taxation” (1993) 68 *Wash LR* 1 14; C Bohmer & ML Ray “Notions of Equity and Fairness in the Context of Divorce: The Role of Mediation” (1996) 14 *MQ* 37 37-38.

⁷⁰³ Shapira (2012) *S Texas LR* 297.

proses.⁷⁰⁴ Ongelukkig is daar tot dusver weinig navorsing gedoen rakende óf en wanneer partye kies om eerder 'n dispuut te besleg in terme van sosiale norme wat *ad hoc* bepaal word deur die partye self, teenoor die afdwinging van openbare regsnorme.⁷⁰⁵

5 6 Gevolgtrekking

Prosedurele geregtigheid is kern tot die legitimiteit van bemiddeling as 'n geskilbeslegtingstelsel.⁷⁰⁶ In hierdie hoofstuk is daar aangedui dat die afwesigheid van formele reëls of streng prosedurele regulering nie beteken dat die bemiddelingstelsel nie gevolg kan gee aan 'n regverdige proses en uitkomst nie. Aangesien bemiddeling 'n privaat en alternatiewe proses is, moet regverdigheid egter binne hierdie unieke konteks ondersoek word – 'n konteks waarin 'n alternatiewe stel norme en waardes inhoud gee aan prosedurele regverdigheid.

Die identifisering van hierdie norme en waardes is 'n komplekse funksie van bemiddeling. Bemiddeling, as 'n vorm van privaat ordening, behels dat die partye, tesame met die bemiddelaar, primêr verantwoordelik is vir die geskilbeslegtingsproses. Hierdie verantwoordelikheid sluit spesifiek ook die self-identifisering van 'n normatiewe raamwerk vir geskilbeslegting in – die bepaling van watter norme, standarde, reëls, waardes en beginsels toegepas moet word in die onderhandelingsproses.⁷⁰⁷ Sekere van hierdie norme is van 'n regs aard (soos dat albei kante van 'n dispuut aangehoor behoort te word) en is dus verwant aan die partye se verwagtinge van die uitkomst van 'n dispuutproses wat formeel voor die hof plaasvind. Ander norme is sosiaal van aard, soos dat die partye mekaar gemeenskaplik behoort te respekteer. Sulke norme is verwant aan die partye se verwagtinge van die sosiale sanksie wat opgelê kan word vir nie-nakoming. Verder het elkeen van die partye persoonlike belange wat verwant is aan die partye se eie

⁷⁰⁴ Shapira (2012) *S Texas LR* 297.

⁷⁰⁵ Hensler (2002) *J of Disp Resol* 95.

⁷⁰⁶ EE Deason "Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide" (2005) 80 *Notre Dame LR* 553 553.

⁷⁰⁷ WO Weyrauch & MA Bell "Autonomous Lawmaking: The Case of the 'Gypsies'" (1993) 103 *Yale LJ* 323 328; Faris *Alternative Dispute Resolution* 136.

persepsies van hul outonome voorkeure en behoeftes.⁷⁰⁸ Kumulatief beïnvloed en struktureer hierdie normatiewe raamwerk die interaksie tussen die partye en die bemiddelaar, en dus die wyse waarop die dispuut besleg word.⁷⁰⁹

Hierdie subjektief toepaslike normatiewe raamwerk is uniek tot bemiddeling, beide vanweë die kompleksiteit van die bemiddelingstelsel en die deurdringbaarheid van die stelsel se grense. So 'n normatiewe raamwerk funksioneer uiteindelik as die "reg" wat die interaksie tussen die spesifieke partye reguleer, alhoewel dit nie beperk is tot formele reëls of bepaalde regsnorme nie.⁷¹⁰ Cowen en Strickland omskryf hierdie vorm van regulering as volg:

"Those accustomed to seeing law only in its formal institutions, in terms of statutes, decisions, judges, legislators and administrators miss the point. Law can be found any place and any time that a group gathers together to pursue an objective. The rules, open or covert, by which they govern themselves, and the methods and techniques by which these rules are enforced is the law of the group."⁷¹¹

In bemiddelingsterme is hierdie normatiewe raamwerk 'n produk van die interaksie tussen die verskillende rolspelers in die bemiddelingsproses. Die raamwerk word aangewend ter regulering van die verdere interaksie binne die stelsel. Ingevolge 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling kan daar dus hierna verwys word as self-regulering. Self-regulering is die gevolg van interaksie binne die bemiddelingstelsel, sowel as die aard van daardie interaksie, en behels dat 'n regulerende effek op die stelsel as 'n geheel uitgeoefen word sonder dat daar 'n eksterne bron van regulering bestaan. Die stelsel is beide die bron van regulering en die onderwerp wat gereguleer word. Op hierdie basis kan self-regulering beskryf word as 'n self-

⁷⁰⁸ Belhorn (2005) *Ohio St J Disp Resol* 1006.

⁷⁰⁹ Hierdie verskil duidelik van litigasie. Litigasie is die toonbeeld van 'n norm-gesentreerde proses wat daarop gemik is om feite vas te stel en die toepaslike beginsels, reëls en presedente te bepaal en toe te pas ter beslegting van 'n dispuut. Die proses word streng gestruktureer en gereguleer. Die toepaslike norme is daarom ook maklik identifiseerbaar en word duidelik beklemtoon. Sien Eisenberg (1976) *Harv LR* 638-639.

⁷¹⁰ Daar kan hierna verwys as "*private lawmaking*". Sien Weyrauch & Bell (1993) *Yale LJ* 331.

⁷¹¹ TA Cowen & DA Strickland *The Legal Structure of a Confined Microsociety* (1965) i. Sien ook Weyrauch & Bell (1993) *Yale LJ* 329-330.

voortkomende eienskap van bemiddeling – dit is 'n gevolg van die totale komplekse interaksie binne die bemiddelingstelsel.

Hierdie self-regulering is per definisie afhanklik van die outonomie van die partye, aangesien die partye self in die beste posisie is om hul subjektiewe behoeftes en die meriete van moontlike uitkomst te vergelyk en evalueer. Konsensus word uiteindelik bereik deur die vrywillige, aktiewe en dinamiese interaksie tussen die partye. Sodoende is dit meer waarskynlik dat die uitkomst van die proses die ware voorkeure en belange van die partye verteenwoordig. Die omvang van prosedurele regulering in bemiddeling strek verder as om slegs te verseker dat die partye bereik wat bereik sou kon word by wyse van litigasie.

Hierdie normatiewe raamwerk kan natuurlik nie al die behoeftes vir prosedurele regulering suksesvol aanspreek nie. Daar is steeds ernstige tekortkominge rondom die bestaan van ongelyke magsbalanse en die gevolge wat dit vir die regverdigheid van die bemiddelingsproses inhou. Hierdie uitdaging is soveel te meer die geval in 'n diverse samelewing soos Suid-Afrika, waar kwessies soos ras, geslag, finansiële vermoëns en opvoeding die interaksie tussen die partye daadwerklik kan beïnvloed. Die realiteit is egter dat geen geskilbeslegtingsmeganisme magsbalanse ten volle kan bestuur nie.⁷¹² Dit is ook sterk te betwyfel of hierdie uitdagings aangespreek kan word by wyse van prosedurele regulering, soos hierbo uitgewys is. Ten einde sulke uitdagings aan te spreek, gaan die bemiddelingsproses tot so 'n mate moet verander dat dit nie meer bemiddeling genoem sal kan word nie. Hierdie uitdagings spreek eintlik tot 'n baie meer diepliggende vraag, naamlik of bemiddeling geregtigheid kan laat geskied in 'n samelewing soos Suid-Afrika. Hierdie vraag val egter nie binne die bestek van hierdie studie nie.

⁷¹² Boule & Rycroft *Mediation* 54.

HOOFSTUK 6: REGULERING VAN STANDAARDE EN DIE ROL VAN DIE BEMIDDELAAR

6 1 Inleiding

Wat bemiddeling die duidelikste onderskei van informele onderhandelinge, is die betrokkenheid van 'n derde party – die bemiddelaar – wie die onderhandelingsproses fasiliteer.⁷¹³ Die bemiddelaar is daarmee getaak om op 'n onpartydige en onafhanklike wyse die onderhandelinge vanuit 'n dooiepunt te beweeg na 'n punt waar versoenbare doelwitte moontlik gemaak word.⁷¹⁴ Die bemiddelaar is dus die bestuurder van die proses – sy beplan die proses voor die aanvang daarvan en maak tydens die proses deurlopend besluite wat die verloop daarvan beïnvloed.⁷¹⁵ Die partye behou egter die outonomie om op 'n gepaste uitkoms te besluit, wat ook kan insluit om die proses te verlaat indien so 'n uitkoms nie bereik kan word nie.⁷¹⁶ Die bemiddelaar kan nie inbreuk maak op hierdie outonomie nie. In hierdie sin is die rol van die bemiddelaar duidelik uniek.⁷¹⁷

Wat spesifiek van die bemiddelaar vereis word ten einde hierdie rol te vervul, word deur talle veranderlikes beïnvloed, insluitende die aard van die dispuut; die verhouding tussen die partye; hul subjektiewe behoeftes en verwagtinge van die

⁷¹³ L Boule “Promoting Rights Through Court-Based ADR?” (2012) 28 *SAJHR* 1 9; KJ Hopt & F Steffek “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues” in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 3 11.

⁷¹⁴ JA Faris *An Analysis of the Theory and Principles of Alternative Dispute Resolution* LLD proefskrif UNISA (1995) 157.

⁷¹⁵ J Brand, F Steadman & C Todd *Commercial Mediation: A User's Guide* (2012) 26. Sien bv ICC Mediation Rules art 7.2 in terme van die breë bevoegdheid wat tipies deur sulke reëls aan die bemiddelaar gegee word om die proses te bepaal.

⁷¹⁶ AJ van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* DPhil proefskrif Stellenbosch (1988) 36; M Robert *Mediation in Family Disputes* (2008) 12-14.

⁷¹⁷ JP van den Berg *Alternatiewe Geskilbeslegting: Die Kies van 'n Geskilbeslegtingsforum* LLM proefskrif Stellenbosch (1993) 107; CW Moore *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* (1986) 14. Die bemiddelaar beskik tipies egter wel oor die bevoegdheid om, nadat daar met die partye gekonsulteer is, die proses te beëindig waar die voortsetting daarvan nie meer regverdigbaar is nie. Sien in hierdie verband bv UNCITRAL Conciliation Rules (1980) art 15(b).

bemiddelingsproses; en die bemiddelaar se eie ideologie van bemiddeling.⁷¹⁸

Soos wat die gebruik en institusionalisering van bemiddeling toeneem, ontstaan daar 'n groeiende behoefte aan sekerheid dat bemiddelaars wel bekwaam is om hierdie rol te vervul. Daar word daarom toenemend vereis dat bemiddelaars minstens sekere minimum vereistes en standarde moet nakom in die fasilitering van die bemiddelingsproses.⁷¹⁹ Sulke standarde en vereistes geld lank reeds vir regters, landdroste en soortgelyke voorsittende beamptes, en word ook toenemend toegepas op arbiters.⁷²⁰

Bogenoemde behoeftes word aangespreek by wyse van die regulering van standarde. Hierdie vorm van regulering behels die stel van kwalitatiewe standarde vir die erkenning, akkreditasie of sertifisering van bemiddelaars.⁷²¹ Sulke standarde behels tipies minimum vereistes in terme van die opleiding, kennis, vermoë, ervaring en kwalifikasies waaraan daar voldoen moet word voordat 'n persoon geakkrediteer kan word as 'n bemiddelaar.⁷²²

Die regulering van standarde behels egter meer as net minimum vereistes wat die bekwaamheid van bemiddelaars moet verseker. Die standaardisering van die rol en funksie van die bemiddelaar is daarop gemik om te verseker dat bemiddelaars die bemiddelingsproses *lege artis* fasiliteer – oftewel deur gebruik te maak van erkende

⁷¹⁸ A Boon, R Earle & A Whyte "Regulating Mediators?" (2007) 10 *Legal Ethics* 26 49; D Bowling & DA Hoffman "The Personal Qualities of the Mediator and Their Impact in the Mediation" in D Bowling & DA Hoffman (reds) *Bringing Peace Into the Room: How the Personal Qualities of the Mediator Impact the Process of Conflict Resolution* (2003) 13 19; Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 73.

⁷¹⁹ DR Sundermann "The Dilemma of Regulating Mediation" (1985) 22 *Houston LR* 841 841; Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 49; Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 79.

⁷²⁰ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 26.

⁷²¹ N Alexander "Mediation and the Art of Regulation" (2008) 8 *QUTLJJ* 1 14.

⁷²² N Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform" in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 132 154-155; Boule (2012) *SAJHR* 12.

tegnieke en met die nodige sorgsaamheid.⁷²³ Die opleiding van bemiddelaars en die identifisering van minimum vereistes word dus noodwendig gedoen binne 'n normatiewe raamwerk of 'n spesifieke ideologiese benadering tot bemiddeling, die bemiddelingsproses en wat die rol van die bemiddelaar behoort te wees.⁷²⁴ Hierdie ideologie gaan uiteindelik bepaal hoe die bemiddelaar die bemiddelingsproses fasiliteer en haar funksie daarin vervul.⁷²⁵ Dit is dus duidelik dat die regulering van standarde ook 'n daadwerklike impak op die bemiddelingsproses het.

Die standaardisering van die rol van die bemiddelaar, sowel as die normatiewe raamwerk waarin hierdie rol vervul word, het duidelik implikasies in terme van die diversiteit waaraan bemiddeling gekenmerk word.⁷²⁶ Die doel van hierdie hoofstuk is om hierdie implikasies aan die hand van 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling te ontleed. So 'n ontleding behels dat daar eerstens bepaal sal word hoe die rol van die bemiddelaar tans geformuleer en gestandaardiseer word. Vervolgens sal daar ingevolge 'n stelselbenadering tot bemiddeling bepaal word of hierdie formulering regverdigbaar is. Ten laaste word daar bepaal wat die implikasies van hierdie ontleding vir die ontwerp en toepassing van die regulering van standarde is.

6 2 Oorsig van die regulering van standarde

6 2 1 Uitkomst

Die regulering van standarde moet twee doelwitte bereik ten einde te verseker dat bemiddelaars bekwaam is om hul rol in die bemiddelingsproses te vervul. Die eerste doelwit behels dat daar standarde gestel word in terme van wat bekwaamheid in hierdie konteks behels. Daar word dus bepaal wat die minimum vereiste kennis, vaardighede en ervaring is waarvoor bemiddelaars behoort te beskik. Die tweede

⁷²³ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 74.

⁷²⁴ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 79.

⁷²⁵ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 31; Alexander (2008) *QUTLJJ* 14.

⁷²⁶ R Carroll "Trends in Mediation Legislation: 'All for One and One for All' or 'One at All'?" (2002) 30 *UWA LR* 167 192-199.

doelwit is om te bewys dat 'n bemiddelaar aan hierdie standaardte voldoen, deur die bemiddelaar se bekwaamheid formeel te bevestig. Hierdie twee doelwitte word vervolgens verder ontleed.

6 2 1 1 Kennis, vaardighede en ervaring

Daar word in die algemeen aanvaar dat die bemiddelaar onder 'n verpligting is om redelikerwys oor die vaardighede en kennis te beskik om bemiddeling tot 'n beslegting van 'n geskil te lei.⁷²⁷ In die verlede is die status, senioriteit en ervaring van 'n bemiddelaar meermale gesien as 'n aanduiding van die omvang van kennis en vaardighede waaroor sy beskik. Die bekwaamheid van 'n bemiddelaar is dus bepaal met verwysing na ervaring en reputasie. Die internasionale tendens is egter tans dat die vaardighede en tegnieke wat bemiddelaars gebruik nie meer eksklusief geag word 'n produk van ervaring te wees nie. Daar word eerder toenemend erken dat daar sekere analitiese vaardighede en tegnieke is wat bemiddelaars moet leer, oefen en ontwikkel.⁷²⁸ Die eerste doelwit van die regulering van standaardte fokus daarom op die vereiste opleiding en minimum kwalifikasies waaraan bemiddelaars moet voldoen.

Opleiding fokus gewoonlik op drie onderskeie fases van die bemiddelingsproses, naamlik die besluit om te bemiddel; die onderhandelingsproses self; en die bereiking van konsensus.⁷²⁹ Die kennis en vaardighede wat van bemiddelaars vereis word in elkeen van hierdie fases verskil natuurlik van geval tot geval, afhangende van die konteks waarin bemiddeling beoefen word. Boon, Earle & Whyte identifiseer egter die volgende kern elemente wat van algemene toepassing is.⁷³⁰ Eerstens is daar sekere gemene kernvaardighede wat vereis word, soos luistervaardighede; die vermoë om gedagtes goed te verbaliseer; die vermoë om kritiese vrae te stel; en 'n algemene bewustheid van hoe die dinamiek in die onderhandelinge werk en

⁷²⁷ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 74.

⁷²⁸ Boule (2012) *SAJHR* 12.

⁷²⁹ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 42.

⁷³⁰ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 30.

verander. Tweedens is daar 'n behoefte aan relevante substantiewe kennis. Sodanige kennis sal gewoonlik regs kennis insluit, maar kan ook byvoorbeeld insig in die sielkunde verg, afhangende van die konteks waarin bemiddeling beoefen word. Laastens is daar sekere gemene kern waardes wat vereis word, wat insluit vertroulikheid, onpartydigheid en *bona fides*.

Die minimum standaard vir opleiding en kennis kan by wyse van wetgewing gestel en afgedwing word. Dit word egter meer gereeld oorgelaat aan die privaat sektor, en spesifiek die bemiddelingspraktyk.⁷³¹ Die bemiddelingspraktyk is in wese 'n self-regulerende stelsel, bestaande uit privaat praktisyns en organisasies aan wie die staat effektief die mandaat gee om self minimum standaard en vereistes vir opleiding te identifiseer en toe te pas.⁷³²

6 2 1 2 *Formele akkreditasie*

Die tweede doelwit van die regulering van standaard is om formeel te bevestig dat 'n persoon aan die minimum standaard wat hierbo bespreek is voldoen. Daar kan ook na hierdie bevestiging verwys word as formele akkreditasie.

Akkreditasie behels in die algemeen 'n proses waardeur 'n onafhanklike liggaam of organisasie standaard stel vir lidmaatskap, en dan die nakoming van daardie standaard deurlopend monitor.⁷³³ Lidmaatskap dui dus daarop dat die lid hierdie minimum standaard bevredig. Akkreditasie word tipies gebruik waar die publiek nie self daartoe in staat is om die kwaliteit van dienste te bepaal nie, of waar regulering deur die staat nie op 'n effektiewe wyse afgedwing kan word nie.⁷³⁴ Akkreditasie is

⁷³¹ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 31.

⁷³² Boule (2012) *SAJHR* 12. Voorbeelde van sulke organisasies in Suid-Afrika sluit in die *Africa Centre for Dispute Resolution* aan die Universiteit Stellenbosch Besigheidskool; die *Centre for Conflict Resolution* aan die Universiteit van Kaapstad; die *South African Association of Mediators (SAAM)* en die *Dispute Settlement Accreditation Council (DiSAC)*.

⁷³³ Sien E Scrivens, R Klein & A Steiner "Accreditation: What Can We Learn from the Anglophone Model?" (1995) 34 *Health Policy* 193 193-204; E Scrivens *Accreditation: Protecting the Professional or the Consumer?* (1995) 12.

⁷³⁴ Sien R Baldwin "Why Rules Don't Work" (1990) 53 *Mod LR* 321 321-337.

dus 'n meganisme waardeur daar formele erkenning gegee word dat 'n persoon bevoeg is om 'n spesifieke funksie te verrig.⁷³⁵ In terme van bemiddeling is die doel van akkreditasie dus om aan die publiek te bewys dat 'n bemiddelaar se kennis, opleiding en ervaring op die standaard is wat vereis word deur die liggaam wat die akkreditasie verleen.⁷³⁶

Akkreditasie kan verskillende vorme aanneem, maar word in die algemeen onderverdeel in lisensiëring, sertifisering, registrasie en professionele akkreditasie.⁷³⁷

Lisensiëring is die ingrypendste vorm van regulering in hierdie konteks, aangesien die verkryging van 'n lisensie as 'n vereiste gestel word vir 'n persoon om haar dienste as 'n bemiddelaar aan te bied. As voorvereiste vir die verkryging van so 'n lisensie moet die persoon kan bewys dat sy alle toepaslike standaarde bevredig en moet sy die voorgeskrewe lisensie fooi betaal.⁷³⁸ Die minimum standaarde wat gestel word is in die algemeen hoër as die standaarde vir sertifisering, registrasie of akkreditasie. Alhoewel lisensiëring 'n effektiewe standaardisering maatreël is, het dit 'n beperkende impak op die totale aantal toegelate bemiddelaars, beperk dit tipies praktisyns se geografiese mobiliteit, en verhoog dit die koste van hul dienste aangesien hul dienste meer eksklusief is.⁷³⁹ Hierdie gevolge is spesifiek nadelig waar bemiddeling 'n ontwikkelende industrie is.

Sertifisering het 'n soortgelyke effek op die standaardisering van dienste, alhoewel die vereistes wat daardeur gestel word tipies laer is as vir lisensiëring, en dit nie in dieselfde mate lei tot eksklusiwiteit in die praktyk nie. Deur sertifisering word die individu se professionele ervaring erken sonder dat daar oorbodige vereistes gestel

⁷³⁵ Sien International Organisation for Standardization (ISO) Guide 2 par 12.11; Alexander "Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 154-155.

⁷³⁶ L Singer *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System* (1990) 168-169; Boule (2012) *SAJHR* 12.

⁷³⁷ Sundermann (1985) *Houston LR* 849.

⁷³⁸ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 42.

⁷³⁹ Sundermann (1985) *Houston LR* 850.

word om daardie erkenning funksioneel te maak.⁷⁴⁰

Hierteenoor stel registrasie nie enige addisionele vereistes nie. Dit is primêr 'n metode om rekord te hou van praktisyns, deur 'n lys van sulke praktisyns te onderhou en te publiseer.⁷⁴¹ Daar kan egter sekere basiese vereistes of standaarde gestel word wat nagekom moet word voordat 'n persoon registreer sal word – byvoorbeeld minimum opvoedkundige of praktiese vereistes.⁷⁴²

Ten laaste kan professionele akkreditasie gebruik word om beheer uit te oefen oor die standaard van opleiding wat deur professionele liggame aangebied word, deur formeel te bepaal of die opleiding wat aangebied word voldoen aan die minimum vereistes wat geïdentifiseer is deur die organisasie wat die akkreditasie verleen.⁷⁴³

Die formaliteit van die verskillende vorme van akkreditasie kan wesenlik verskil tussen verskillende jurisdiksies, of selfs tussen sektore binne 'n enkele jurisdiksie. In hierdie verband kan daar tussen drie regulatoriese modelle onderskei word. Die eerste kan beskryf word as 'n *magtiging model* ingevolge waarvan bemiddelaars formeel deur die staat gemagtig word as hulle aan die minimum vereistes voldoen – byvoorbeeld in terme van vereiste vaardighede, kennis, opleiding en ervaring – wat gewoonlik omvattend en gedetailleerd omskryf word.⁷⁴⁴ Tweedens is daar 'n *insentief model* ingevolge waarvan bemiddeling net sekere voordelige regsgevolge geniet

⁷⁴⁰ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 42; Sundermann (1985) *Houston LR* 850-851.

⁷⁴¹ Sundermann (1985) *Houston LR* 851.

⁷⁴² Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 41.

⁷⁴³ Singer *Settling Disputes* 169; Sundermann (1985) *Houston LR* 851.

⁷⁴⁴ Hierdie model word tans aangewend in onder andere Italië, Hongarye, Noorweë, Portugal en tot 'n mindere mate Nederland en Frankryk. In laasgenoemde geval word die aanvaarbaarheid van 'n bemiddelaar van geval tot geval deur die hof bepaal en die lys van gemagtigde bemiddelaars word ook deur die hof in plaas van die staat geadmistreer. In Nederland word toelating as 'n bemiddelaar nie formeel vereis nie, maar lidmaatskap aan 'n spesifieke assosiasie van bemiddelaars is wel 'n vereiste om as bemiddelaar op te tree in dispute wat deur die staat verwys word na bemiddeling of wat kwalifiseer vir regshulp. Gevolglik stel hierdie assosiasies besondere streng opleiding vereistes. Sien in hierdie verband KJ Hopt & F Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012) 3 80-81.

waar dit deur 'n bemiddelaar gefasiliteer word wat op 'n amptelike lys van bemiddelaars ingesluit is. Insluiting op so 'n lys vereis tipies die nakoming van sekere standaarde.⁷⁴⁵ Beide hierdie modelle word geag regverdigbaar te wees waar die vrye deelname van die partye in wisselende mates beperk word.⁷⁴⁶

In stelsels waar die partye 'n groter mate van vryheid geniet wanneer dit kom by die besluit om van bemiddeling gebruik te maak, behoort hulle ook vry te wees om van enige bemiddelaar gebruik te maak.⁷⁴⁷ In so 'n stelsel word die akkreditasie van bemiddelaars op minder dwingende en formele wyses gedoen, ingevolge wat beskryf kan word as 'n *markmodel*.⁷⁴⁸ 'n Markmodel laat die grootste mate van vryheid en outonomie vir die partye en die bemiddelaar toe. Ingevolge hierdie model is dit die deelnemers in die vrye mark vir bemiddeling wat verantwoordelik is vir die regulering van wie bemiddelingsdienste mag aanbied. In hierdie model word privaat strukture geleidelik geskep wat funksioneel vergelykbaar is aan die regulatoriese effek wat binne die ander twee modelle waargeneem word.⁷⁴⁹ Bemiddelaars besluit dus self op die gepastheid van opleiding en hulle kan kies vanuit 'n verskeidenheid van opleiding opsies, soos wat hierdie opsies deur die mark geskep word om vraag te bevredig.⁷⁵⁰

'n Markmodel maak dit verder moontlik om gevalle en tipes dispute te identifiseer

⁷⁴⁵ Oostenryk, Japan en Duitsland maak gebruik van 'n insentief model, waar bemiddelaars geïnsentifiseer word om aan die minimum vereistes vir insluiting te voldoen ten einde sekere wetgewing van toepassing te maak op die bemiddelingsproses – soos die *Civil Law Mediation Act* in die geval van Oostenryk. Sodoende is daar beide 'n insentief vir die partye om van 'n toegelate bemiddelaar gebruik te maak en 'n insentief vir bemiddelaar om toegelaat te word. Sien ook in hierdie verband Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 81-82.

⁷⁴⁶ Singer *Settling Disputes* 169-170.

⁷⁴⁷ Singer *Settling Disputes* 169-170.

⁷⁴⁸ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 82-83.

⁷⁴⁹ Die Verenigde Koninkryk is 'n primêre voorbeeld van 'n markmodel van bemiddeling. Sien Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 82-83.

⁷⁵⁰ Singer *Settling Disputes* 169.

waar daar nie 'n behoefte aan akkreditasie en regulering is nie. In sulke gevalle behoort enigiemand bevoeg te wees om as bemiddelaar op te tree – byvoorbeeld 'n vriend of 'n buurman. Hierdie gevalle is gewoonlik privaat en intiem van aard, en meermale eenvoudig. Die aard van die dispuut leun dus meer na 'n sosiale konflik as 'n regs- of belange-dispuut.⁷⁵¹ Dit beteken dat die proses ook uiters buigsaam kan wees. Die afwesigheid van streng regsbelange beteken dat kwessies soos regverdigheid en geregtigheid minder relevant is as in sekere ander gevalle.

In ander dispute – soos kommersiële dispute of arbeidsdispute – beskik die partye oor genoeg kennis om self 'n gepaste bemiddelaar aan te wys, sonder dat daar eksterne standaarde op hierdie keuse afgedwing word.⁷⁵²

6 2 2 Reëls vir vrywillige hof-verwante bemiddeling

Alhoewel die opleiding en akkreditasie van bemiddelaars in Suid-Afrika tot dusver grotendeels plaasgevind het ingevolge 'n markmodel,⁷⁵³ blyk onlangse ontwikkelinge – wat spesifiek die bekendstelling van die bemiddelingreëls⁷⁵⁴ insluit – egter ook toenemend staat te maak op die magtiging model. Ingevolge die bemiddelingreëls, wat voorsiening maak vir 'n prosedure vir die vrywillige verwysing van siviele dispute na bemiddeling in die landdroshowe,⁷⁵⁵ word 'n bemiddelaar gedefinieer as 'n persoon wat deur die partye of deur 'n dispuutbeslegtingsbeampte uit 'n lys van geakkrediteerde bemiddelaars aangewys is om 'n dispuut tussen die partye te bemiddel.⁷⁵⁶

Die akkreditasie van bemiddelaars word vereis ingevolge reël 86. Hierdie reël maak eerstens daarvoor voorsiening dat die Minister die kwalifikasies en standaarde van

⁷⁵¹ Sien par 5 4 1 1 hierbo.

⁷⁵² Singer *Settling Disputes* 168.

⁷⁵³ Sien bv die Dispute Settlement Accreditation Council (DiSAC) en die South African Association of Mediators (SAAM).

⁷⁵⁴ Sien par 4 3 1 hierbo vir 'n volledige bespreking van die reëls.

⁷⁵⁵ Reël 72.

⁷⁵⁶ Reël 73.

bevoegdheid van bemiddelaars om bemiddeling te verrig moet bepaal.⁷⁵⁷ Tweedens moet die Minister op 'n periodieke basis 'n lys van geakkrediteerde bemiddelaars voorsien om die funksies en doelwitte van hierdie reëls uit te voer.⁷⁵⁸

Ingevolge die vereiste kwalifikasies en standarde moet bemiddelaars, ten einde ingesluit te word op die lys van geakkrediteerde bemiddelaars, ten minste 40 ure se opleiding ontvang wat uit beide 'n teoretiese en 'n praktiese komponent moet bestaan.⁷⁵⁹ Die teorie wat tydens hierdie vereiste opleiding gedek word moet ten minste die volgende aspekte insluit:

- Basiese siviele prosesreg;
- 'n studie van die reëls vir vrywillige hof-verwante bemiddeling;
- die rol en funksie van die bemiddelaar;
- die beginsels, stappe en metodologie van bemiddeling;
- bewustheid van sosiale-konteks en diversiteit;
- konflikbestuur;
- besluitneming;
- kommunikasie en diplomاسie;
- etiek en professionele optrede;
- onderhandeling en invloed;
- interpersoonlike verhoudings;
- vertroulikheid, privaatheid en openbaarmaking verpligtinge; en
- neutraliteit en onpartydigheid.⁷⁶⁰

Die praktiese komponent behels skyn bemiddelingsessies voor 'n opgeleide bemiddelaar.⁷⁶¹ Beide komponente van hierdie opleiding moet aangebied word deur

⁷⁵⁷ Reël 86(1). Hierdie kwalifikasies en standarde is as Kennisgewing no 854 ("*Fees payable to mediators, qualifications, standards and levels of mediators*") in Staatskoerant no 38163 van 31 October 2014 gepubliseer.

⁷⁵⁸ Reël 86(2). Die mees onlangse lys van geakkrediteerde bemiddelaars is op 26 Junie 2015 gepubliseer, soos beskikbaar by <<http://www.justice.gov.za/mediation/MediatorsList.pdf>> (besoek op 29-04-2017).

⁷⁵⁹ Par 1 1 van Skedule 2 van K854 in SK38163 van 31-10-2014.

⁷⁶⁰ Par 1 1 (a).

⁷⁶¹ Par 1 1 (b).

'n instelling wat opleiding in bemiddeling aanbied en wat deur die Minister goedgekeur is.⁷⁶² Hierdie instelling moet ook sertifiseer dat 'n persoon die vereiste opleiding voltooi het.⁷⁶³

Skedule 2 stel ook verdere minimum vereistes in terme van formele opleiding en akademiese kwalifikasies. 'n Vlak 1 bemiddelaar moet ten minste op NKF vlak 4 in terme van die Nasionale Kwalifikasieraamwerk wees, soos beoog in die Wet op die Suid-Afrikaanse Kwalifikasieowerheid⁷⁶⁴ en moet oor basiese rekenaarvaardighede beskik.⁷⁶⁵ 'n Vlak 2 bemiddelaar moet minstens op NKF vlak 7 wees en moet minstens 5 jaar se praktiese bemiddeling ervaring hê.⁷⁶⁶

Alhoewel die toepassing van hierdie vereistes beperk is tot bemiddelaars wat wil optree ingevolge die bemiddelingreëls illustreer dit die gestandaardiseerde benadering tot bemiddeling en spesifiek die rol van die bemiddelaar wat by wyse van hierdie reëls voorgehou word as 'n ideologie van bemiddeling. Tweedens illustreer dit dat die regulatoriese tendens in Suid-Afrika moontlik toenemend ingevolge 'n magtiging model gaan geskied. Dit impliseer dat hierdie standaardisering in alle waarskynlik gaan toeneem.

6 3 Die rol van die bemiddelaar

Die bespreking tot dusver het getoon dat die akkreditasie van bemiddelaars, sowel as die opleiding, kwalifikasies, vaardighede en ervaring wat daarvoor vereis word, noodwendig gedoen word binne 'n spesifieke normatiewe raamwerk of ideologiese benadering tot bemiddeling, die bemiddelingsproses en die rol wat die bemiddelaar in daardie proses vervul. Vervolgens sal spesifieke aspekte van die bemiddelaar se rol wat by wyse van hierdie vorm van regulering gestandaardiseer word verder

⁷⁶² Par 1 2.

⁷⁶³ Par 2 1.

⁷⁶⁴ 58 van 1995.

⁷⁶⁵ Par 3 1.

⁷⁶⁶ Par 3 2.

ontleed word.⁷⁶⁷

6 3 1 Aard van die bemiddelaar se funksie

Die eerste aspek van die bemiddelaar se rol wat gestandaardiseer word is die aard van sy funksie in die bemiddelingsproses. Hier gaan dit dus primêr oor die beginsels, stappe en metodologie wat die bemiddelaar toepas. Dit sluit egter ook die wyse in waarop sy die interaksie tussen die partye bestuur en spesifiek die bemiddelaar se kennis rakende sosiale-konteks en diversiteit; konflikbestuur; besluitneming; kommunikasie en diplomاسie; onderhandeling en invloed; en interpersoonlike verhoudings.⁷⁶⁸

Ingevolge die Harvard model word die bemiddelaar se funksie omskryf as volg: Die bemiddelaar (1) fasiliteer die artikulering van elke party se perseptuele werklikheid; (2) verken die partye se onderliggende belange; (3) ondersoek moontlike uitkomst; (4) fasiliteer die onderhandelinge oor hierdie opsies en moontlikhede; en (5) verken alternatiewe vir individuele optrede deur die partye, in teenstelling met opsies wat gesamentlike optrede vereis.⁷⁶⁹

Die bemiddelaar se funksie is beperk tot hierdie fasiliterende rol.⁷⁷⁰ Dit is die partye wat deurgaans die outonomie het om hul eie proses voor te skryf en om op 'n

⁷⁶⁷ Vir doeleindes van hierdie bespreking word die opleidingsvereistes rakende die reëls vir vrywillige hof-verwante bemiddeling, etiek en professionele optrede, en vertroulikheid, privaatheid en openbaarmaking uitgesluit, aangesien hierdie aspekte nie werklik spreek tot die unieke rol van die bemiddelaar nie. Dit verteenwoordig eerder objektiewe standaarde wat op daardie rol afgedwing word. In hierdie sin verskil dit nie inherent van soortgelyke standaarde wat vir voorsittende beamptes en arbiters gestel word nie.

⁷⁶⁸ Sien par 3 3 3 1 en 6 2 2 hierbo.

⁷⁶⁹ DA Hoffman "Mediation, Multiple Minds, and Managing the Negotiation Within" (2011) 16 *Harv Neg LR* 297 302-303, vn 8.

⁷⁷⁰ T Hedeem "Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others" (1997) 26 *JSJ* 263 279-280; B Wolski "Voluntariness and Consensuality: Defining Characteristics of Mediation?" (1997) 15 *Aus Bar R* 213 214; Faris *Alternative Dispute Resolution* 157.

gepaste uitkoms tot die proses te besluit.⁷⁷¹ Die bemiddelaar moet dus die partye se selfbeskikking eerbiedig, beskerm en bevorder ten einde hulle te bemagtig om self die uiteindelijke besluitnemers in hul eie dispuut te wees.⁷⁷² Die bemiddelaar beskik nie oor die bevoegdheid om namens die partye besluite te neem nie.⁷⁷³ In hierdie sin is die rol van die bemiddelaar duidelik gefundeer in die konsensuele aard van die bemiddelingsproses.⁷⁷⁴

6 3 2 Omvang van die bemiddelaar se funksie

Die vraag is egter tot watter mate die bemiddelaar die proses kan fasiliteer of bestuur sonder om inbreuk te maak op die partye se outonomie oor die proses en die uitkomste daarvan. Die tweede aspek wat dus ontleed moet word in terme van die standaardisering van die bemiddelaar se rol behels die omvang van die funksie wat die bemiddelaar in die bemiddelingsproses verrig. Dit behels spesifiek die mate van betrokkenheid in die bemiddelingsproses wat hierdie funksie toelaat.

Die algemene benadering tot hierdie uitdaging is om 'n onderskeid te tref tussen die bemiddelingsproses en die inhoud daarvan. Ingevolge hierdie onderskeid is die bemiddelaar getaak met die fasilitering van die besluitnemingsproses, maar die partye is verantwoordelik vir die inhoud en substantiewe uitkomste daarvan.⁷⁷⁵

Hierdie onderskeid is egter nie in 'n praktiese sin maklik verdedigbaar nie. Eerstens kan inhoud nie altyd so geredelik van proses geskei word nie – dit is verweef in 'n komplekse verhouding met mekaar.⁷⁷⁶ Waar dit nodig is vir die bemiddelaar om op prosedurele gronde in te gryp, soos by die bestuur van magsbalanse, beïnvloed die onderhandelingsproses noodwendig ook die inhoud van die onderhandelinge.

⁷⁷¹ Van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* 36.

⁷⁷² Van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* 36.

⁷⁷³ Hedeem (1997) *JSJ* 279-280; Brand et al *Commercial Mediation* 26; Robert *Mediation in Family Disputes* 12-14.

⁷⁷⁴ Boulle & Rycroft *Mediation* (1997) 14 vn 28.

⁷⁷⁵ Boulle & Rycroft *Mediation* 20; Moore *The Mediation Process* 39-40; Brand et al *Commercial Mediation* 26; De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 149.

⁷⁷⁶ Boulle & Rycroft *Mediation* 20.

Tweedens besluit die partye meermale op 'n spesifieke bemiddelaar juis omdat hulle glo dat daardie persoon bekwaam is om hulle ook substantief tot 'n uitkoms te bring wat redelik en regverdig is.⁷⁷⁷ Laastens kan die bemiddelaar se styl van so aard wees dat sy in effek, hetsy direk of indirek, wel betrokke raak by die inhoud van die proses, of 'n invloed oor die uiteindelijke uitkomst uitoefen. Die bemiddelaar se styl sluit beide direkte elemente, soos die wyse waarop ondervraging gelei word, sowel as minder direkte elemente in, soos die bemiddelaar se liggaamstaal of woordkeuses.⁷⁷⁸ Die bemiddelaar se gekose styl kan selfs – minstens teoreties – behels dat daar spesifiek ruimte gelaat word vir die partye om die proses voor te skryf, in stede daarvan dat die bemiddelaar dit doen, alhoewel hierdie benadering nie in die praktyk as algemeen beskou sal word nie.

Daar het gevolglik verskillende denkskole ontwikkel rondom die handhawing van hierdie onderskeid. Die puriteinse of ortodokse ideologie van bemiddeling staan bekend as *fasiliterende bemiddeling*. Hierdie ideologie beklemtoon die rol van die bemiddelaar as synde beperk te wees tot die uitoefening van beheer oor die proses wat gevolg word, ten einde voortgesette onderhandelinge te fasiliteer.⁷⁷⁹ Die partye is self verantwoordelik vir die inhoud van die onderhandelinge, sowel as die uitkomst van die proses.⁷⁸⁰ Hierdie ideologie handhaaf 'n streng onderskeid tussen proses en inhoud. Die proses word beklemtoon as slegs 'n wyse om die partye tot 'n uitkoms te bring. Die bemiddelaar, in haar rol as fasiliteerder, bied nie haar opinie of voorstelle aan nie. Ingryping deur die bemiddelaar is ook beperk en passief – haar fasiliterende funksie is hoofsaaklik beperk tot die ondersteuning van kommunikasie tussen die partye.⁷⁸¹ Bemiddeling word in hierdie sin dus streng gesien as voortgesette onderhandeling. Die struktuur van die proses is steeds dié van

⁷⁷⁷ Van den Berg *Alternatiewe Geskilbeslegting* 147.

⁷⁷⁸ Boule & Rycroft *Mediation* 21.

⁷⁷⁹ LB Bingham, SS Raines, T Hedeem, LM Napoli “Mediation in Employment and Creeping Legalism: Implications for Dispute Systems Design” (2010) 2010 *J of Dispute Resol* 129 137.

⁷⁸⁰ C Nupen “Mediation” in Pretorius (red) *Dispute Resolution* (1993) 39 39; JM Nolan-Haley *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell* (1992) 56; M Noone *Mediation – Essential legal skills* (1996) 5; Moore *The Mediation Process* 14.

⁷⁸¹ J Faris “Deciphering the language of mediatory intervention in South Africa” (2006) 34 *CILSA* 427 441.

onderhandeling, met die bykomende fasilitering gebied deur 'n passiewe en onpartydige derde.⁷⁸²

Die bemiddelingreëls skryf so 'n fasiliterende benadering tot bemiddeling voor. Ingevolge die reëls moet die bemiddelaar met die aanvang van die bemiddelingsproses die funksie van bemiddeling aan die partye verduidelik, sowel as die doelwit om 'n *gefasiliteerde* skikking tussen die partye te bereik.⁷⁸³ Die bemiddelaar moet dit ook spesifiek aan die partye duidelik maak dat sy as 'n onpartydige derde 'n *fasiliterende* rol vervul en nie enige besluite – hetsy feitelik of regtens van aard – kan maak nie en dat sy nie die geloofwaardigheid van die partye se weergawes mag beoordeel nie.⁷⁸⁴

Hierteenoor, ingevolge die ideologie van *evaluerende bemiddeling*, word die rol van die bemiddelaar geag meer ondersteunend tot die onderhandelinge te wees.⁷⁸⁵ Die bemiddelaar help die partye aktief om op die vinnigste en mees effektiewe wyse moontlik 'n uitkoms te bereik.⁷⁸⁶ Alhoewel 'n fasiliterende funksie steeds vervul word, is die benadering van die bemiddelaar meer direk. Haar evaluasies van die kwessies in dispuut vorm deel uit van die proses; sy voeg addisionele inligting by tot die proses; sy lig moontlike uitkomstes tot die proses uit of gee advies oor moontlike skikkings; en waar die dispuut spesifiek 'n regsraad het, verteenwoordig die

⁷⁸² HJ Brown & AL Marriott *ADR Principles and Practice* (1999) 137; Boule & Rycroft *Mediation* 27-28; Noone *Mediation* 6-7; GN Herman, JM Cary & JE Kennedy *Legal Counseling and Negotiating: A Practical Approach* (2001) 314; LM Ponte & TD Cavenagh *Alternative Dispute Resolution in Business* (1999) 97. Talle bemiddelaars wat hulself beskryf as fasiliterend blyk egter in die praktyk meer evaluerend op te tree as wat hulle besef. Sien L Charkoudian, C De Ritis, R Buck & CL Wilson "Mediation by Any Other Name Would Smell as Sweet – or Would it? The Struggle to Define Mediation and its Various Approaches" (2009) 26 *Conflict Resol Q* 293.

⁷⁸³ Reël 80(1)(a).

⁷⁸⁴ Reël 80(1)(b).

⁷⁸⁵ Brown & Marriott *ADR Principles and Practice* 137; Boule & Rycroft *Mediation* 27-28; Herman, Cary & Kennedy *Legal Counseling and Negotiating* 314; Ponte & Cavenagh *Alternative Dispute Resolution in Business* 97.

⁷⁸⁶ K Kovach *Mediation: Principles and Practice* (1994) 12; G Goodpaster *A Guide to Negotiation and Mediation* (1997) 203; Brown & Marriott *ADR Principles and Practice* 127; Herman, Cary & Kennedy *Legal Counseling and Negotiating* 310.

bemiddelaar soms ook die partye se regsbelange.⁷⁸⁷ Die outonomie van die partye word dus beperk ten einde skikking te bevorder. Alfini *et al* voer aan dat empiriese navorsing toenemend daarop dui dat bemiddelaars wel 'n evaluerende funksie vervul in die bemiddelingspraktyk en dat die partye se outonomie en self-beskikking al minder beklemtoon word soos wat bemiddeling in die praktyk meer gevestig word.⁷⁸⁸

'n Derde moontlikheid is vir die bemiddelaar om beide 'n fasiliterende en 'n evaluerende benadering te volg.⁷⁸⁹ Dit val dus binne die diskresie van die bemiddelaar en die partye om self te besluit of die bemiddelaar haarself gaan beperk tot die fasilitering van kommunikasie tussen die partye (fasiliterend), en of sy aktief en substantief aan die onderhandelinge gaan deelneem (evaluerend).⁷⁹⁰

Hierdie denkskole verteenwoordig duidelik uiteenlopende benaderings tot die rol van die bemiddelaar. Deur hierdie benaderings as gestandaardiseerde ideologieë aan te wend, het dit duidelik 'n wesentliche impak op hoe bemiddelaars hul funksie benader en gevolglik ook die daadwerklike wyse waarop hulle die bemiddelingsproses bestuur.⁷⁹¹ Vir die bemiddelaar kan dit spesifiek 'n uitdaging wees om hierdie fiktiewe onderskeid tussen proses en inhoud te handhaaf.⁷⁹² Die realiteit is dat die beheer wat die bemiddelaar oor die proses uitoefen ruimte laat vir die bemiddelaar om op verskeie wyses dwang op die partye uit te oefen.⁷⁹³ Hierdie dwang kan nie ontken

⁷⁸⁷ Sien D Della Noce "Evaluative Mediation: In Search of Practice Competencies" (2009) 27 *Conflict Resol Q* 193; DR Hensler "Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology" (2002) 2002 *J of Disp Resol* 81 98.

⁷⁸⁸ J Alfini, J Barkai, RB Bush, M Hermann, J Hyman, K Kovach, C Liebman, S Press & L Riskin "What Happens When Mediation Is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners, and Host Institutions" (1994) 9 *Ohio St J Disp Resol* 307 310.

⁷⁸⁹ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 57, 76-77.

⁷⁹⁰ Sien Alfini *et al* (1994) *Ohio St J Disp Resol* 321

⁷⁹¹ Boon *et al* (2007) *Legal Ethics* 31; Alexander (2008) *QUTLJJ* 14.

⁷⁹² R Ingleby "Court sponsored mediation: The case against mandatory participation" (1993) 56 *Mod LR* 441 447.

⁷⁹³ Sien DE Matz "Mediator Pressure and Party Autonomy: Are They Consistent with Each Other?" (1994) 10 *Neg J* 359 359; B McAdoo "A Report to the Minnesota Supreme Court: The Impact of Rule 114 on Civil Litigation Practice in Minnesota" (2002) 25 *Hamline LR* 401; B McAdoo & N

word in die ontwerp en toepassing van die regulering van standarde nie. Om bemiddeling verder funksioneel te beskryf aan die hand van 'n fiktiewe onderskeid tussen proses en inhoud kan ook misleidend en selfs gevaarlik wees.⁷⁹⁴

6 3 3 Neutraliteit en onpartydigheid

Die derde aspek behels die vereiste dat bemiddelaars hul rol moet vervul op 'n neutrale en onpartydige wyse. Die konsep dat wetgewing, sowel as diegene wat verantwoordelik is vir die interpretasie en toepassing daarvan, neutraal moet wees staan sentraal tot die begrip van regverdigheid en geregtigheid in die moderne reg.⁷⁹⁵ Net so stel neutraliteit ook een van die hoekstene van bemiddeling daar.⁷⁹⁶

Neutraliteit verleen legitimititeit aan die bemiddelingsproses.⁷⁹⁷ Aangesien die bemiddelaar, anders as 'n regter, nie haar legitimititeit verkry uit regswerking nie, is die bronne van bemiddelaar-legitimititeit die konsensuele aard van die bemiddelingsproses en die onpartydigheid waarmee die bemiddelaar optree.⁷⁹⁸ Dit is van kern belang dat bemiddelaars hul funksie op 'n onpartydige wyse uitvoer, sonder oordeel of vooroordeel, deur die partye met gelykheid te behandel en dus ook gesien te word as onpartydig deur die partye.⁷⁹⁹ Alhoewel die bemiddelaar sensitief moet

Welsh "Does ADR Really Have a Place on the Lawyer's Philosophical Map?" (1997) 18 *HAMJPLP* 376; CB Harrington "The Politics of Participation and Nonparticipation in Dispute Processes" (1984) 6 *Law and Policy* 203; Hedeem (1997) *JSJ* 281. Van der Merwe verwys in hierdie sin na die "tafelmag" van die bemiddelaar. Sien Van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* 62.

⁷⁹⁴ Sien R Ingleby "ADR's Claims Unproven" (1992) 27 *Australian Law News* 1 7-8.

⁷⁹⁵ H Astor "Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice" (2007) 16 *Soc Leg Stud* 221 221.

⁷⁹⁶ Kovach *Mediation* 99; Faris *Alternative Dispute Resolution* 177. Sien ook R Field "The Theory and Practice of Neutrality in Mediation" (2003) 22 *Arb Med* 79 80: "In sharing a common basic principle of process, mediation can draw on the legitimacy of society's most formal dispute resolution forum – litigation."

⁷⁹⁷ Field (2003) *Arb Med* 80.

⁷⁹⁸ Astor (2007) *Soc Leg Stud* 224.

⁷⁹⁹ JB Stulberg "Fairness and Mediation" (1998) 13 *Ohio St J Disp Resol* 909 945; J Dworkin & W London "What is a fair agreement?" (1989) 7 *Conflict Resol* Q 3 5; R Delgado, C Dunn, P Brown, H Lee & D Hubbert "Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution" (1985) 1985 *Wisc LR* 1359 1375-1383; AE Barsky "Issues in the Termination of

wees vir verskille tussen die partye – veral waar hierdie verskille die magsbalans tussen hulle beïnvloed – kan die bemiddelaar nie toelaat dat haar eie perspektiewe van die dispuut en moontlike uitkomst daarvoor die onderhandelingsproses beïnvloed nie.⁸⁰⁰

Die aard en funksie van bemiddelaars word inderwaarheid so wesenlik beïnvloed deur die idee van neutraliteit dat daar gereeld bloot na die bemiddelaar verwys word as die neutrale derde.⁸⁰¹ Die neutraliteit waarmee die bemiddelaar optree is dus ook 'n toets vir die bemiddelaar se bekwaamheid. Singer glo dit is moontlik die belangrikste standaard wat vir bemiddelaars gestel word, en dat geen graad, kwalifikasie of akademiese agtergrond noodwendig kan verseker dat 'n persoon oor die kapasiteit beskik om onpartydig op te tree nie.⁸⁰² In terme van die regulering van standaarde is neutraliteit 'n kern waarde wat deel vorm van die ideologiese standaardisering van die rol van die bemiddelaar.

Die vereiste vir neutraliteit stel egter 'n besondere uitdaging aan bemiddelaars. Neutraliteit stel verskillende vereistes binne verskillende kontekste, wat dit moeilik maak om 'n definitiewe betekenis daaraan te gee. So kan neutraliteit behels dat die bemiddelaar nie die inhoud of die uitkomst van die bemiddelingsproses mag beïnvloed nie – die bemiddelaar skep slegs 'n prosedurele raamwerk waarbinne die partye hul eie dispuut kan analiseer en kan besluit op 'n gepaste uitkoms.⁸⁰³ In 'n soortgelyke sin dien die neutraliteit-vereiste as beskerming vir die partye teen vooroordeel. Bemiddelaars moet hul eie opinies rakende die dispuut en die

Mediation Due to Abuse" (1995) 13 *MQ* 19 26; SE Burns "Thinking About Fairness & Achieving Balance in Mediation" (2007) 37 *Fordham Urb LJ* 39 41-61; JL Maute "Mediator Accountability: Responding to Fairness Concerns" (1990) 1990 *J of Disp Resol* 347 354; T Grillo "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women" (1991) 100 *Yale LJ* 1545 1550; J Bercovitch "Mediation Success or Failure: A Search for the Elusive Criteria" (2006) 7 *Cardozo J Conflict Resol* 289 292-293.

⁸⁰⁰ Brand *et al Commercial Mediation* 25.

⁸⁰¹ Kovach *Mediation* 99; Astor (2007) *Soc Leg Stud* 222; Field (2003) *Arb Med* 80; Van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* 59.

⁸⁰² Singer *Settling Disputes* 170.

⁸⁰³ Field (2003) *Arb Med* 79.

uitkomst daarvan kan skei van die wense en behoefte van die partye.⁸⁰⁴ Sodoende kan die bemiddelaar die partye bystaan sonder om hulle onbehoorlik te beïnvloed. Verder kan neutraliteit behels dat die bemiddelaar die partye as gelykes moet hanteer, nie beïnvloed mag word deur finansiële of persoonlike verbintenisse met die partye, of deur inligting waaroor die bemiddelaar beskik wat een of albei van die partye kan benadeel nie. Tog is die bemiddelaar ook soms daarvoor verantwoordelik om die uiteenlopende perspektiewe van partye te bestuur ten einde uitkomst te vind wat gemeenskaplik aanvaarbaar is. Neutraliteit kan dus ook behels dat die bemiddelaar aktief moet optree ten einde 'n party se selfbeskikking te beskerm.⁸⁰⁵ Die strewe na neutraliteit hou die gevaar in dat dit kan lei tot onregverdigde resultate, soos die verskuiling van magsbalanse. Wanneer die bemiddelaar so sensitief is vir die behoud van neutraliteit dat sy effektief daardeur beperk voel en nie intree om 'n onregverdigde proses of uitkoms te bemiddel nie, word bestaande magsbalanse ook verder voortgesit.⁸⁰⁶ Die gevaarlike ontmoeting tussen neutraliteit en magsuitoefening stel 'n spesifieke uitdaging daar. Bemiddelaars moet neutraal bly, maar ongeregthede kan voortduur as hulle nie die perke van neutraliteit op gepaste en nodige tye oorskry nie.⁸⁰⁷ Neutraliteit is daarom gereeld onderworpe aan kritiek vanuit die oorde van feministiese, kritiese en postmodernistiese studies.⁸⁰⁸

Ten einde neutraliteit as 'n kern waarde te standaardiseer in terme van die rol van die bemiddelaar, is dit nodig om hierdie vereiste konseptueel te ontleed. Daar is

⁸⁰⁴ Moore *The Mediation Process* 15.

⁸⁰⁵ Hierdie behoefte bestaan soveel te meer omdat daar nie prosesreëls is wat hierdie belange by bemiddeling beskerm nie. Sien Astor (2007) *Soc Leg Stud* 222-224 en die bespreking in hoofstuk 5.

⁸⁰⁶ S Cobb & J Rifkin "Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation" (1991) 16 *Law Soc Inq* 35 35-62; L Mulcahy "The Possibility and Desirability of Mediator Neutrality: Towards an Ethic of Partiality" (2001) 10 *Soc Leg Stud* 505 527.

⁸⁰⁷ Etiese oorwegings kan dus vereis dat die bemiddelaar nie neutraal optree nie, selfs as dit kom by die beskerming van die regte van derdes, bv die belange van 'n kind in egskedingsbemiddeling. Dit sal noodwendig behels dat die bemiddelaar se persoonlike waardes en norme rakende regverdigheid en "beste belang" ter sprake raak. Sien Faris *Alternative Dispute Resolution* 18.

⁸⁰⁸ Sien Roberts *Mediation in Family Disputes* 218-219; J Rifkin "Mediation From a Feminist Perspective: Promise and Problems" (1984) 2 *Law Inequal* 21.

geen spesifieke definisie van neutraliteit wat konsekwent toegepas word nie.⁸⁰⁹ In die praktyk word neutraliteit gereeld hanteer as 'n "*folk concept*" – 'n konsep wat deur die gemeenskap in die breë gedeel word, sonder dat daar 'n spesifieke basis vir die betekenis daarvan bestaan. Die inhoud van neutraliteit is gevolglik in effek slegs 'n versameling van die gemeenskap se verwagtinge, stilswyende aannames en konteks-spesifieke begrippe rakende neutraliteit.⁸¹⁰

Soos met meeste sulke "*folk concepts*" bestaan daar 'n teenstrydigheid in terme van neutraliteit. Aan die een kant is neutraliteit ryk aan betekenis, aangesien dit uit wyd-aanvaarde en openbare aannames oor neutrale optrede saamgestel word. Aan die ander kant is dit moeilik om hierdie betekenis te ontleed, aangesien groeiende konsensus oor hierdie gemeenskap-aannames dit toenemend moeilik maak om die aard en beoefening van neutraliteit te bevraagteken.⁸¹¹

Een moontlik oplossing vir die konseptuele probleme rakende neutraliteit is om 'n onderskeid te tref tussen dit en onpartydigheid.⁸¹² Ingevolge hierdie onderskeid dui neutraliteit spesifiek op belangeloosheid en is dit dus relevant met verwysing na die bemiddelaar se agtergrond en haar verhouding met die partye en die dispuut.⁸¹³ Die kwessies ter sprake in die assessering van neutraliteit sluit dus in voorafgaande kontak tussen die partye en die bemiddelaar; die bemiddelaar se kennis oor die spesifieke aspekte van die dispuut; enige mate van belang wat die bemiddelaar dalk kan hê in 'n gegewe substantiewe uitkoms of in die wyse waarin die bemiddeling hanteer word; en selfs die bemiddelaar se ekspert kennis in die veld van die dispuut. Hierteenoor verwys onpartydigheid na die gelyke hantering van die partye en

⁸⁰⁹ Cobb & Rifkin (1991) *Law Soc Inq* 36; Field (2003) *Arb Med* 79; Boulle & Rycroft *Mediation* 18.

⁸¹⁰ Field verwys na die "*neutrality myth*". Sien Field (2003) *Arb Med* 81.

⁸¹¹ Cobb & Rifkin (1991) *Law Soc Inq* 37. Sien Astor & Chinkin *Dispute Resolution in Australia* 102: "[I]t is not sufficient simply to claim mediator neutrality [as] mediators have considerable power in mediation and there is evidence that they do not always exercise it in a way which is entirely neutral as to content and outcome."

⁸¹² Astor (2007) *Soc Leg Stud* 222-223; W Lucy "The Possibility of Impartiality" (2005) 25 *Oxford J Leg Stud* 3-31; Boulle & Rycroft *Mediation* 18; Faris *Alternative Dispute Resolution* 177; Cobb & Rifkin (1991) *Law Soc Inq* 42: Meer as 90% van die toetsgroep gebruik in hulle navorsing het gebruik gemaak van die term "onpartydigheid" om neutraliteit te definieer.

⁸¹³ Moore *The Mediation Process* 15.

objektiwiteit en regverdigheid teenoor die partye tydens die bemiddelingsproses.⁸¹⁴ Kwessies van tydtoedeling, fasilitering van die kommunikasieproses en vermyding van enige partydigheid of adversatiewe optrede in woord of daad word hierby ingesluit.⁸¹⁵

Die onderskeid tussen neutraliteit en onpartydigheid maak dit teoreties moontlik vir 'n bemiddelaar om steeds onpartydig te wees, al faal sy 'n streng toets vir neutraliteit.⁸¹⁶ Alhoewel bemiddelaars wel daarop fokus dat hul subjektiewe perspektiewe, ervarings en opinies nie die uitkomst van die proses beïnvloed nie, is dit 'n wyd aanvaarde feit dat dit nie vir 'n persoon moontlik is om totaal afstand te doen van hierdie subjektiewe aspekte nie.⁸¹⁷ Deur deel te neem aan die dispuut word die bemiddelaar in 'n sekere sin ook 'n party daartoe, wat neutraliteit buite die beheer en bereik van bemiddelaars laat.⁸¹⁸ Waar dit die geval is het die bemiddelaar egter, minstens teoreties, steeds die vermoë om alle partye op 'n billike en gelykwaardige wyse te hanteer, selfs waar dit sou vereis dat die bemiddelaar partye wat verskillend is, of wat verskillend optree, verskillend moet behandel.⁸¹⁹

Die vraag is egter tot watter mate die onderskeid tussen neutraliteit en onpartydigheid – indien dit 'n redelike oplossing bied tot die uitdagings rakende neutraliteit – gestandaardiseer en effektief toegepas kan word deur bemiddelaars. Verder verklaar dit nie of neutraliteit werklik inherent is tot die funksie van die bemiddelaar nie. Gunning argumenteer byvoorbeeld dat neutraliteit nie 'n bemiddelaar behoort te verhoed om enigsins 'n belang te hê in die uitkomst tot die dispuut nie aangesien so 'n belang dit uiteindelik vir die bemiddelaar moontlik maak

⁸¹⁴ Moore *The Mediation Process* 15.

⁸¹⁵ Boule & Rycroft *Mediation* 18; Cobb & Rifkin (1991) *Law Soc Inq* 42.

⁸¹⁶ Astor (2007) *Soc Leg Stud* 223.

⁸¹⁷ S McCorkle "The Murky World of Mediation Ethics: Neutrality, Impartiality, and Conflict of Interest in State Codes of Conduct" (2005) 23 *Conflict Resol Q* 165 166; Moore *The Mediation Process* (1986) 15.

⁸¹⁸ PH Gulliver *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective* (1979) 213; Faris *Alternative Dispute Resolution* 178; Van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* 60.

⁸¹⁹ De Jong *Egskeidingsbemiddeling* 129.

om te bepaal of die uitkoms regverdig en billik is.⁸²⁰ In die algemeen is dit ook heeltemal moontlik vir die partye tot bemiddeling om gesamentlik daartoe toe te stem om van 'n bemiddelaar gebruik te maak, self waar daar twyfel is oor die persoon se neutraliteit en onpartydigheid.⁸²¹ Dit is ook tipies die geval in klein gemeenskappe, waar die bemiddelaar 'n stamhoof of ander gesagsfiguur is en waar dit onvermydelik is dat die bemiddelaar en die partye mekaar gaan ken en moontlik selfs belange het wat oorvleuel.⁸²²

Ter opsomming is dit duidelik dat die funksie van die bemiddelaar, die omvang daarvan, sowel as die vereiste neutraliteit en onpartydigheid van die bemiddelaar se optrede nie sonder uitdaging is nie.

6 3 4 Gesag van die bemiddelaar

Ten laaste en ter opsomming word daar voorgehou dat die regulering van standarde die gesag en outoriteit waarmee die bemiddelaar optree versterk en formaliseer. Galtung verwys in hierdie sin na *transferred authority*.⁸²³ Hierdie outoriteit behels dat die partye tot 'n dispuut meer geredelik die uitkomst van 'n geskilbeslegtingsproses sal aanvaar waar die meganisme of proses wat daardie uitkomst lewer deur hulle as aanvaarbaar geag word. Die aanvaarbaarheid van 'n proses word verhoog waar diegene wat daardie proses bestuur se outoriteit om dit te doen legitiem is. Hierdie legitimitieit is grotendeels afhanklik van die formaliteit van hul posisie.⁸²⁴ 'n Voorbeeld hiervan is tradisionele geskilbeslegtingsmeganismes, wat tipies deur 'n stamhoof bestuur word, aangesien hierdie persoon met die sterkste

⁸²⁰ I Gunning "Know Justice, Know Peace: Further Reflections on Justice, Equality and Impartiality in Settlement Oriented and Transformative Mediations" (2004) 5 *Cardozo J Conflict Resol* 87-93.

⁸²¹ Hopt & Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* 76-77.

⁸²² Sulke gevalle is voorbeelde van 'n versoeningsmodel van bemiddeling. Sien Van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* 37.

⁸²³ Slegs Duitsland is in hierdie sin die uitsondering. Sien ook J Galtung "Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm" (1965) 3 *J Peace Res* 348-376.

⁸²⁴ Galtung (1965) *J Peace Res* 376.

moontlike outoriteit optree.⁸²⁵ Dieselfde geld vir moderne howe, waar regters in die algemeen in die samelewing 'n spesiale status gegee word. Die prosedures wat in die hof gevolg word, word onderskryf deur hierdie posisie van mag en outoriteit.

6 4 'n Stelselbenadering tot die rol van die bemiddelaar

Vervolgens sal die doelwitte en gevolge van die regulering van standarde ontleed word in terme van die kompleksiteitsmodel van bemiddeling ten einde die werklike effektiwiteit daarvan te bepaal. 'n Beskrywing van die rol van die bemiddelaar in stelsel terme lei tot fundamentele uitdagings tot dit wat tradisioneel met die bemiddelaar geassosieer word, insluitende die moontlikheid van neutraliteit; die skeiding tussen proses en inhoud; die effektiwiteit van haar tegnieke; die omvang van dit wat die bemiddelaar werklik bydrae tot bemiddeling, om enkele aspekte te noem. Om hierdie rede is dit belangrik om vas te stel tot watter mate hierdie aspekte verdedig kan word in stelsel terme.

6 4 1 Die bemiddelaar se funksie

'n Kompleksiteitsmodel van bemiddeling beklemtoon twee belangrike gevolgtrekkings wat nie tipies met die funksie van die bemiddelaar geassosieer word nie, of wat spesifiek, maar verkeerdelik, ontken word.

Die eerste gevolgtrekking is dat die bemiddelaar nie in 'n aparte verhouding tot die partye staan nie. Deur 'n eksterne bemiddelaar in te roep word die sosiale stelsel, wat voorheen slegs bestaan het uit die partye tot die dispuut, uitgebrei om as bemiddelingstelsel tot stand te kom. Die toetrede van die bemiddelaar lei dus tot 'n drieledige verhouding van interafhanklikheid tussen die partye en die bemiddelaar.⁸²⁶ In dieselfde sin as wat die partye noodsaaklik is vir 'n bemiddelingstelsel om tot stand te kom, is die rol van die bemiddelaar kern tot die klassifisering van daardie stelsel as bemiddeling.

⁸²⁵ Sien R Choudree "Traditions of Conflict Resolution in South Africa" (2000) 1 *AJCR* 9 13-15.

⁸²⁶ Sien par 3 2 1 en 3 2 3 hierbo; L Kriesberg "Mediation in Conflict Systems" (2012) 29 *Systems Research and Behavioural Science* 149 154-155.

Hierdie komplekse verhouding van interafhanklikheid is ook kern tot die organisasie van die stelsel as 'n geheel. Die totstandkoming van 'n stelsel is 'n funksie van die wisselwerking tussen 'n groepering van elemente. Hierdie elemente kan egter nie in 'n hiërargiese struktuur teenoor mekaar staan nie – elkeen is ewe noodsaaklik vir die totstandkoming van die stelsel as 'n geheel. Indien een element verander, verander die funksionering van die stelsel as geheel. Hierdie eienskap impliseer dat die bemiddelaar nie die belangrikste element van 'n bemiddelingstelsel is nie, ten spyte daarvan dat die betrokkenheid van 'n bemiddelaar die duidelikste kenmerk daarvan is. Die bemiddelaar is natuurlik 'n noodsaaklike element, maar nie meer of minder noodsaaklik as die interaksie tussen die partye tot 'n dispuut nie.

Die tweede gevolgtrekking is dat die bemiddelaar net soveel 'n komplekse samestellende element van die stelsel is as die partye.⁸²⁷ Die ontleding van die partye as komplekse samestellende elemente, sowel as die kompleksiteit waaraan hul interaksie gekenmerk word, is dus net so van toepassing op die bemiddelaar en haar deelname aan die bemiddelingsproses.⁸²⁸ Dit beteken dat die bemiddelaar se perseptuele werklikheid en al die aspekte wat deel uitmaak daarvan, uiteindelik wel relevant is tot haar optrede en besluitneming.⁸²⁹ Die unieke self-identiteit van die bemiddelaar is net so belangrik vir die uitvoering van haar funksie as wat die partye se self-identiteit kern is tot die realisering van die bemiddelingsproses.⁸³⁰ Die wyse waarop die bemiddelaar aan die proses deelneem is kompleks. Die bemiddelaar se dade en besluite lei dus tot nie-liniêre gevolge wat nie noodwendig voorsienbaar was nie.⁸³¹ Om hierdie realiteit te ontken kom inderwaarheid neer op 'n ontkenning van die kompleksiteit waaraan die hele bemiddelingsproses gekenmerk word.

Die funksie van die bemiddelaar moet gevolglik ontleed word aan die hand van hierdie twee gevolgtrekkings. Aangesien die totaliteit van interaksie binne die

⁸²⁷ Sien par 3 2 3 hierbo.

⁸²⁸ Sien par 3 3 3 1 hierbo.

⁸²⁹ Sien ook Bowling & Hoffman "The Personal Qualities of the Mediator" in *Bringing Peace into the Room* 35.

⁸³⁰ Bader (2010) *Pepp Disp Resol LJ* 200.

⁸³¹ Sien par 3 3 4 hierbo.

bemiddelingstelsel uiteindelik gevolg gee aan die uitkomst daarvan, beteken dit dat die rol van die bemiddelaar – en spesifiek dit wat op enige gegewe oomblik van haar vereis word – ’n funksie is van die funksionering van die bemiddelingstelsel as ’n geheel.⁸³² Dit is haas onmoontlik om vooraf te voorspel wat daardie funksie gaan behels – oftewel hoe die dinamiek binne die stelsel gaan wees; hoe interaksie gaan geskied en wat hierdeur vereis word.

Om verwagtinge vir die rol van die bemiddelaar te formuleer sonder om hierdie teoretiese implikasies in ag te neem is duidelik problematies. Dit ontken dat die bemiddelaar deurgaans subjektief moet bepaal wat haar funksie as bemiddelaar vir haar impliseer voordat sy kan begin om te verstaan wat die effek van haar teenwoordigheid op die partye en die interaksie tussen hulle is. Dit behels verder dat die bemiddelaar haarself moet differensieer van die res van die stelsel. Hierdie differensiasie beteken nie passiwiteit nie, maar liewers ’n dieper bewustheid van die bemiddelaar se algemene en spesifieke verwagtinge, reaksies en verhoudings met die partye.⁸³³ Hierdie bewustheid is spesifiek belangrik op daardie tye wanneer die partye op die bemiddelaar steun om die proses aan die gang te hou, soos wat die geval is as ’n dooiepunt bereik word in die onderhandelinge.⁸³⁴

Dit is gevolglik moeilik om te bepaal of die bemiddelaar inderwaarheid enigsins op ’n direkte en aktiewe wyse bygedra het tot ’n gegewe uitkoms. Die sukses van bemiddeling is in sekere gevalle geensins ’n gevolg van die bemiddelaar, haar kundigheid of haar eienskappe nie. Sommige dispute word opgelos deur die blote feit dat die partye, letterlik of figuurlik, om dieselfde tafel gaan sit het. Hierdie sukses kan toegeskryf word aan die feit dat die dispuut byvoorbeeld reeds ryp was vir beslegting, en dat die totstandkoming van ’n bemiddelingstelsel inherent gemik is op

⁸³² Dit mag dus wees dat dieselfde bemiddelaar ’n kernrol vervul in een bemiddelingstelsel en ’n weglaatbare effek het op ’n ander. Sien ook K Kressel *Labour Mediation: An Exploratory Survey* (1971) 14-16.

⁸³³ Bader (2010) *Pepp Disp Resol LJ 201*; Hoffman & Wolman (2013) *Cardozo J Conflict Resol* 769, 778.

⁸³⁴ Bader (2010) *Pepp Disp Resol LJ 209*.

geskilbeslegting, nog voordat enige van die partye enigsins iets gedoen het.⁸³⁵

Hierdie inherente kapasiteit impliseer egter nie dat die bemiddelaar slegs 'n placebo-effek op die interaksie tussen die partye het nie. Partye tree anders op as hulle bewus is daarvan dat hulle dopgehou word – die sogenaamde Hawthorne-effek.⁸³⁶ Een aspek hiervan is dat die teenwoordigheid van 'n bemiddelaar konseptueel die verwagting skep dat daar nou bemiddel moet word. 'n Tweede aspek is dat selfs net die fisiese teenwoordigheid van die bemiddelaar die partye sielkundig lei in hul interaksie. Die partye hou deurlopend die bemiddelaar dop vir subtiele leidrade wat hulle kan help in hul onderhandelinge.⁸³⁷ Dit blyk dus dat die teenwoordigheid van die bemiddelaar, hetsy aktief of passief, 'n invloed het op die onderlinge interaksie tussen die partye. Die effek van hierdie teenwoordigheid kan egter nie geïsoleer word van die komplekse web van interaksie tussen die verskillende rolspelers nie.

Daar is natuurlik sekere tegnieke en benaderings tot die fasilitering van die bemiddelingsproses wat empiries wel blyk suksesvol te wees. Dit beteken egter nie dat hierdie tegnieke en benaderings *a priori* goue reëls of beginsels is nie. Hierdie is kenmerke van 'n stelsel wat op 'n gegewe wyse funksioneer en waarvan die kumulatiewe uitkomst op sekere gevolgtrekkings dui. Anders gestel, hierdie kenmerke behoort geïdentifiseer te word, nie op grond van ideologie of teorie nie, maar op grond van die empiriese waarneming van werklike bemiddelingstelsels.

Dit is gevolglik makliker om die rol van die bemiddelaar in algemene terme te omskryf as om die effek daarvan te bepaal. Bemiddelaars behoort bewus te wees van die kompleksiteit van die proses waaraan hulle deelneem en dat 'n suksesvolle uitkoms nie alleenlik toeskryfbaar is aan die wyse waarop sy haar rol vervul nie. Dit is duidelik dat bemiddeling nie 'n gefragmenteerde proses is wat saamgehou word deur die bemiddelaar nie, maar eerder 'n ryk proses is wat gekenmerk word aan verandering, die ontwikkeling van kohesie en die beklemtoning van beide

⁸³⁵ Bowling & Hoffman "The Personal Qualities of the Mediator" in *Bringing Peace into the Room* 18-19.

⁸³⁶ Bowling & Hoffman "The Personal Qualities of the Mediator" in *Bringing Peace into the Room* 19. Sien R Gillespie *Manufacturing Knowledge: A History of the Hawthorne Experiments* (1993).

⁸³⁷ Bader (2010) *Pepp Disp Resol LJ* 202.

individualiteit en gemeenskap.⁸³⁸ Die kompleksiteit van die konsensus-bou proses lê inherent daarin dat die proses nie gemik is op die afdwinging van reëls of norme nie, maar lievers die skep van sulke norme vir die partye se unieke situasie.⁸³⁹ So 'n skeppingsproses speel nie af volgens 'n voorafbestaande struktuur nie – die struktuur word deur die proses self geskep. Die rol van die bemiddelaar in hierdie proses is dus nie om reëls af te dwing of om die partye te oortuig om tot sulke reëls toe te stem nie, maar om 'n konteks te skep waarbinne die partye kreatief om kan gaan met verskillende reëls en norme.⁸⁴⁰

6 4 2 Die betrokkenheid van die bemiddelaar

Indien die onderskeid tussen inhoud en proses, sowel as die ideologiese onderskeid tussen fasiliterende en evaluerende bemiddeling, nie as basis kan dien vir die beskrywing van die omvang van die bemiddelaar se rol nie, watter alternatief is daar tot hierdie uitdaging? Uit die komplekse stelselaard van bemiddeling kan daar sekere gevolgtrekkings in hierdie verband gemaak word.

As bemiddeling as 'n komplekse stelsel ontleed word, is dit duidelik dat die bemiddelaar onvermydelik meer as net 'n fasiliterende rol speel. Eerstens is daar reeds aangetoon dat die bemiddelaar in 'n verhouding van interafhanklikheid staan teenoor die partye.⁸⁴¹ Waar die onderhandelingsproses tussen die partye bi-lateraal was, is die die bemiddelaar nou deel van drieledige interaksie.⁸⁴² Die aard van hierdie interaksie is dinamies en nie-liniêr, wat impliseer dat die bemiddelaar nie die presiese effek van haar daad op die geheel van die stelsel, of enige samestellende aspek daarvan, kan voorspel of presies bepaal nie.⁸⁴³ Die bemiddelaar kan wel

⁸³⁸ Bowling & Hoffman "The Personal Qualities of the Mediator" in *Bringing Peace into the Room* 35.

⁸³⁹ LL Fuller "Mediation - Its Forms and Functions" (1971) 44 S *Cal LR* 305 307-308.

⁸⁴⁰ Fuller (1971) S *Cal LR* 326.

⁸⁴¹ Sien par 3 2 3 hierbo.

⁸⁴² Van den Berg *Alternatiewe Geskilbeslegting* 148-149; S Roberts "Mediation in Family Disputes" (1983) 46 *Mod LR* 537 549–550: "The more the mediator succeeds in transforming the view of the dispute entertained by the disputants and the greater his success in directing the outcome, the smaller any analogy with negotiation remains."

⁸⁴³ Sien par 3 3 4 hierbo.

sekere verwantskappe identifiseer – selfs direkte of deterministiese verwantskappe – maar die effek van so 'n verwantskap is nooit direk proporsioneel nie. Kompleksiteit beklemtoon egter dat hierdie voorspellings met nederigheid gemaak moet word, aangesien daar nie 'n liniêre verwantskap tussen die funksionering van die stelsel en die uitkomst daarvan bestaan nie.

Bemiddeling as komplekse stelsel beklemtoon verder die interafhanklikheid tussen inhoud en proses. Om hierdie twee aspekte in isolasie van mekaar te ondersoek, ignoreer die dinamiek wat oorsprong gegee het daaraan. Die mate van betrokkenheid wat van die bemiddelaar geverg word moet dus eerder gekonseptualiseer word as 'n spektrum, met die een pool wat minimale optrede en passiewe waarneming verteenwoordig en die ander pool wat aktiewe besluitneming en dinamiese interaksie behels.⁸⁴⁴ Ongeag die benadering wat gevolg word, is die implikasie dat bemiddelaars deurgaans subjektiewe bepalings maak van wat hul eie rol in die proses behoort te wees. Die grootste uitdaging is uiteindelik om te bepaal watter punt van hierdie spektrum ter sprake is, en wat dit impliseer vir die rol wat die bemiddelaar moet vervul. Om hierdie rede verskil die rol van die bemiddelaar nie slegs van geval tot geval nie, maar selfs ook van oomblik tot oomblik.⁸⁴⁵

6 4 3 Neutraliteit en onpartydigheid

Die onderskeid tussen neutraliteit en onpartydigheid wat hierbo bespreek is illustreer twee belangrike gevolgtrekkings. Die eerste is dat die besluit oor die gepastheid van die bemiddelaar, en dus die toets vir neutraliteit en onpartydigheid, uitsluitlik berus by die partye.⁸⁴⁶ Die selfbeskikking van die partye sou hulle in staat kon stel om selfs op 'n bemiddelaar te besluit wat nie voldoen aan die tradisionele vereistes vir

⁸⁴⁴ LL Riskin "The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing" (1985) 37 *U Fla LR* 19 26.

⁸⁴⁵ Vir 'n oorsig van ander moontlike benadering tot die proses-inhoud digotomie, sien C Menkel-Meadow "The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms and Practices" (1995) 11 *Neg J* 217.

⁸⁴⁶ Nupen "Mediation" in *Dispute Resolution* 41; Astor (2007) *Soc Leg Stud* 223; Moore *The Mediation Process* (1986) 15; Faris *Alternative Dispute Resolution* 181.

neutraliteit nie, sonder om die fundamentele aard van die proses te wysig.⁸⁴⁷ Voorbeelde van sulke gevalle is geestelike- of gemeenskapsleiers wie, alhoewel hulle die partye moontlik ken en voorafkennis van die dispuut dra, gepas kan wees om byvoorbeeld familie- of egskeidingsdispute aan te hoor.⁸⁴⁸

Die tweede gevolgtrekking is dat neutraliteit en onpartydigheid uiteindelik nie konsepte is wat in isolasie ondersoek kan word nie – dit is verweef in die verhouding wat die partye en die bemiddelaar deel en beïnvloed elke aspek van die bemiddelingsproses. In die konteks van bemiddeling dui empiriese navorsing daarop dat bemiddelaars wel die inhoud en uitkomst van die bemiddelingsproses beïnvloed, ten spyte van die feit dat hulle self glo in hul neutraliteit en aktief werk om neutraal te bly.⁸⁴⁹ Daar kan dus nie 'n absolute betekenis aan neutraliteit binne die konteks van bemiddeling gegee word sonder om in ag te neem hoe beide die partye en die bemiddelaar self met hierdie konsep omgaan nie.

Die neutraliteit van die bemiddelaar is uiteindelik afhanklik daarvan dat die bemiddelaar haarself kan differensieer van die partye en van die interaksie tussen hulle. Differensiasie maak dit moontlik vir die bemiddelaar om simmetrie (of die afwesigheid daarvan) in die interaksie tussen die partye, en spesifiek dus die magsbalanse tussen hulle, waar te neem.⁸⁵⁰ Dit impliseer dat die bemiddelaar aktief kan ingryp om hierdie simmetrie te herstel. Partydige optrede deur die bemiddelaar word nie as inherent negatief geklassifiseer nie, maar eerder as 'n meganisme wat aktief aangewend kan word om 'n positiewe, simmetriese resultaat te lewer.⁸⁵¹ Die bemiddelaar skep aktief 'n konteks waarin nie een van die partye bo die ander bevoordeel kan word deur die proses nie. Neutraliteit, vanuit die perspektief van 'n stelselbenadering, behels dat die kumulatiewe interaksie tussen die partye gebruik word as maatstaf, en nie die subjektiewe ervarings van die bemiddelaar nie.

⁸⁴⁷ Faris *Alternative Dispute Resolution* 181.

⁸⁴⁸ Sien Boulle & Rycroft *Mediation* 19 vir nog voorbeelde.

⁸⁴⁹ Rifkin (1984) *Law Inequal* 26; D Greatbatch & R Dingwall "Selective Facilitation: Some Observations on a Strategy Used by Divorce Mediators" (1989) 23 *Law Soc R* 613 613–641.

⁸⁵⁰ Cobb & Rifkin (1991) *Law Soc Inq* 43-44.

⁸⁵¹ Cobb & Rifkin (1991) *Law Soc Inq* 43-44.

Neutraliteit stel dus 'n belangrike aspek van die bemiddelingsproses daar, alhoewel die realisering daarvan komplekse vereistes kan stel. Uiteindelik is neutraliteit 'n selfvoortkomende eienskap van die stelsel, met self-organisering wat moet dien as meganisme vir die regulering en aanpassing daarvan. Die idee dat bemiddelaars buite die bemiddelingsproses staan en dat dit hul in staat stel om neutraal en onpartydig te bly, is nie realisties nie. Die dinamiese interaksie tussen die verskillende rolspelers maak dit onmoontlik om nie ook minstens tot 'n mate deur daardie interaksie beïnvloed te word nie.⁸⁵²

6 4 4 Kennis, opleiding en ervaring

Ten laaste is dit moontlik om te kyk na die implikasies wat kompleksiteit inhou vir die kennis, opleiding en ervaring wat van bemiddelaars vereis word.

'n Stelselbenadering tot bemiddeling beklemtoon dat dit nie werklik moontlik is om te bepaal tot watter mate die bemiddelaar se kundigheid direk bydra tot die uitkomst van die bemiddelingsproses nie.⁸⁵³ Dit is eerstens haas onmoontlik om die kundigheid van 'n bemiddelaar direk te assesser sonder om die bemiddelingsproses in gedrang te bring.⁸⁵⁴ Om kundigheid te meet moet die bemiddelaar waargeneem word tydens die bemiddelingsproses. Dit verg dat 'n waarnemer betrokke raak in daardie proses. Die aanwesigheid van so 'n addisionele rolspeler het uiteindelik 'n effek op die proses, byvoorbeeld in terme van die vrywillige openbaarmaking van inligting deur die partye. Hierdie effek is duidelik nie wenslik nie en gevolglik kan die kundigheid van die bemiddelaar nie sonder meer direk geassesseer word nie. Enige inligting rakende die kundigheid van die bemiddelaar sal dus ten beste tweedehands, indirek, en oop vir interpretasie wees.

⁸⁵² B Wilson "Mediation Ethics: An Exploration of Four Seminal Texts" (2011) 12 *Cardozo J Conflict Resol* 119 132.

⁸⁵³ Sien ook LL Riskin "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed" (1996) 1 *Harv Neg LR* 7 12 vn 15; SS Silbey "Mediation Mythology" (1993) 9 *Neg J* 349 349.

⁸⁵⁴ Sien ook E Brunet "Reevaluating Complex Mediation Generalizations" (2012) 18 *Conn Ins LJ* 279 282-284; B Fromm "Bringing Settlement Out of the Shadows: Information About Settlement in an Age of Confidentiality" (2001) 48 *UCLA LR* 663 701 vn 173.

Tweedens is dit moeilik om 'n gepaste maatstaf vir kundigheid of bekwaamheid vas te stel. Substantiewe kennis van die reg wat onderliggend is tot 'n gegewe dispuut verskil wesenlik van die meer subtiele prosedurele nuanse wat goeie bemiddelingspraktyk vereis. Verder kan kundigheid nie sommer meer gelyk gestel word aan ervaring nie. Dit is moeilik om vas te stel tot watter mate 'n bemiddelaar werklik meer kundig raak bloot omdat sy bemiddeling oor en oor fasiliteer, aangesien elke proses dinamiese en komplekse onderhandelinge behels.⁸⁵⁵

Laastens is die kundigheid van die bemiddelaar slegs een aspek wat binne die konteks van die stelsel as 'n geheel op 'n komplekse wyse bydrae tot die uitkomst daarvan, welke kompleksiteit impliseer dat hierdie effek nie presies bepaal kan word nie. Self-voortkoming impliseer dat aspekte van die bemiddelaar en haar funksie beklemtoon gaan word, dat ander aspekte beperk gaan word, en dat daar heeltemal nuwe aspekte na vore kan kom.⁸⁵⁶ Die bepaling van wat die effek van 'n gegewe aspek van 'n bemiddelaar vir die bemiddelingsproses impliseer, is ten beste spekulatief.

Die ervaring wat 'n bemiddelaar opdoen spreek natuurlik tot meer as net kennis en opleiding. Wat vereis word van 'n goeie, of selfs "ideale", bemiddelaar behels vaardighede en kennis wat meer persoonlik en sosiaal van aard is.⁸⁵⁷ Daar word byvoorbeeld tipies voorgehou dat 'n goeie bemiddelaar empaties, nie-veroordelend, geduldig, oortuigend, optimisties, betroubaar, intelligent, kreatief en buigbaar is, en dat hulle deursettingsvermoë, 'n goeie sin vir humor, en gesonde verstand het.⁸⁵⁸ Die bemiddelaar moet verder nie opdringerig wees nie, moet as 'n gerespekteerde

⁸⁵⁵ R Korobkin & C Guthrie "Psychology, Economics and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer" (1997) 76 *Tex LR* 77 83.

⁸⁵⁶ Sien par 3 4 2 hierbo.

⁸⁵⁷ Sien WE Simkin & NA Fidandis *Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining* (1986) 43: 'n Goeie bemiddelaar is iemand met die "patience of Job, the sincerity and bulldog characteristics of the English, the wit of the Irish, the physical endurance of a marathon runner, the broken-field dodging abilities of a halfback, the guile of Machiavelli, the personality-probing skills of a good psychiatrist, the hide of a rhinoceros, the wisdom of Solomon."

⁸⁵⁸ Bowling & Hoffman "The Personal Qualities of the Mediator" in *Bringing Peace into the Room* 18.

outoriteit beskou word, 'n goeie verkoopsman wees, beheer oor haar gevoelens uitoefen, volhardend en geduldig wees.⁸⁵⁹

Hierdie aspekte van die bemiddelaar se persoonlikheid en mense-kennis is duidelik 'n belangrike, subjektiewe en komplekse faktor wat die interaksie en besluitneming tydens die bemiddelingsproses beïnvloed. Wat presies die effek van sulke faktore is kan egter nooit met sekerheid bepaal word in terme van 'n individuele bemiddelingsproses nie.

6 4 5 Gesag van die bemiddelaar

'n Stelselbenadering tot die rol van die bemiddelaar impliseer ten laaste dat die gesag waarmee die bemiddelaar optree nie slegs die gevolg kan wees van regulering en standaardisering nie. Die bemiddelaar word deur die partye aangewys. Die gesag wat hierdeur aan die bemiddelaar gegee word, asook die invloed wat sy kan uitoefen as gevolg hiervan, illustreer die interafhanklikheid tussen die partye en die bemiddelaar.

Schelling vergelyk die bemiddelaar en die invloed wat sy uitoefen met 'n persoon wat uit noodsaak inspring om karre uit 'n skielike verkeersknoep te help.⁸⁶⁰ Hierdie persoon neem dit op haarself om besluite te neem wat tot 'n effektiewe uitkoms gaan lei, welke besluite noodwendig diskriminasie tussen verskillende karre gaan behels. Alhoewel die persoon se besluite nie enige formele gesag dra nie, en dus slegs voorstelle is, word haar invloed in die algemeen aanvaar deur die ander motoriste ten einde 'n gekoördineerde uitkoms te bereik. Selfs die motoriste teen wie daar die meeste gediskrimineer word aanvaar hierdie besluite, aangesien hulle beseft dat hulle uiteindelik ook baat by die totale verhoogde doeltreffendheid van die stelsel. Schelling stel die kern van hierdie analise as volg:

“The white line down the center of the road is a mediator, and very likely it can err substantially toward one side or the other before the disadvantaged side finds

⁸⁵⁹ Van der Merwe *Bemiddeling in Arbeidskonflik* 56-57.

⁸⁶⁰ T Schelling *The Strategy of Conflict* (1980) 144.

advantage in denying its authority.”⁸⁶¹

Hierdie stelling beklemtoon nie slegs die unieke rol wat die bemiddelaar vervul nie, maar inderwaarheid ook die kompleksiteit waarmee daardie rol benader moet word.

6 4 6 Die bemiddelaar in stelsel terme

Deur die rol van die bemiddelaar aan die hand van 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling te ontleed, blyk dit duidelik dat hierdie rol en funksie nie eenvoudig is om te omskryf nie. Die kompleksiteit van die bemiddelingstelsel, sowel as die komplekse georganiseerde interaksie wat dit daarstel, beïnvloed fundamenteel die wyse waarop die bemiddelaar aan daardie proses deelneem, die omvang van haar deelname en die impak wat hierdie persoon uiteindelik op die bemiddelingsproses en -uitkomst het. Die interafhanklikheid tussen die partye en die bemiddelaar impliseer verder dat die bemiddelaar se deelname aan die bemiddelingsproses – hetsy dit beskryf word as 'n fasiliterende of evaluerende funksie – onlosmaaklik verbind is aan die bemiddelingstelsel as 'n geheel en dus ook die diversiteit waaraan daardie stelsel gekenmerk word. Die rol van die bemiddelaar is nie alleenlik uniek tot bemiddeling nie – dit is uiteindelik ook 'n unieke, komplekse en self-voortkomende eienskap van elke individuele bemiddelingstelsel.

Hierdie komplekse aard van die bemiddelaar se rol en funksie beklemtoon wat 'n groot uitdaging dit dan inderwaarheid is om gemeenskaplike beginsels, waardes, standaarde en vereistes te identifiseer wat kan dui op die bekwaamheid van 'n bemiddelaar. Selfs daardie beginsels wat as sinoniem met die rol van die bemiddelaar geag word – soos neutraliteit en onpartydigheid of die onderskeid tussen proses en inhoud – blyk in terme van 'n kompleksiteitsmodel nie werklik 'n gemeenskaplike en gestandaardiseerde vereiste vir bemiddelaars te wees nie.

Teen hierdie agtergrond is dit moontlik om die doel en impak van die regulering van standaarde opnuut te benader.

⁸⁶¹ Schelling *The Strategy of Conflict* 144.

6 6 Gevolgtrekking

Die bespreking in hierdie hoofstuk het daarop gedui dat die impak van verpligte opleiding, standarde en akkreditasie versigtig en met nederigheid benader moet word. Dit is spesifiek die geval waar hierdie vereistes, beginsels en waardes 'n gestandaardiseerde ideologie van bemiddeling verteenwoordig. Niemand behoort uiteindelik 'n monopolie te hê oor die waardes en beginsels wat vereis word van 'n goeie bemiddelaar nie – minstens nie voordat daar ook empiries bevestig kan word dat sulke waardes en beginsels werklik verwant is aan suksesvolle bemiddeling nie. Op hierdie stadium maak 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling dit egter duidelik dat 'n enkele gestandaardiseerde benadering tot die rol en funksie van die bemiddelaar nie teoreties regverdigbaar is nie.

Waar standaardisering plaasvind, behoort dit konteks-spesifiek en hoofsaaklik in die privaat sektor plaas te vind, in plaas van deur die staat of die howe. Tensy daar bewys kan word dat sulke gefragmenteerde regulering – waar dit wel plaasvind – tot nadeel of skade in die bemiddelingspraktyk lei, sal die mate van standaardisering wat onder staatsbeheer plaasvind te omvattend wees. So 'n gefragmenteerde benadering laat verder toe vir 'n verskeidenheid van benaderings, beginsels, waardes, vereistes en standarde om te ontwikkel ten einde spesifieke uitdagings in enige gegewe konteks aan te spreek. Soos wat bemiddeling in hierdie verskillende kontekste aangewend en meer gevestig word, sal die kenmerke van suksesvolle bemiddeling in daardie kontekste ook mettertyd in 'n empiriese sin duidelik word. Sodoende vind regulering nie alleenlik op 'n meer spontane en natuurlike wyse plaas nie, maar word dit inderwaarheid ondersteun deur die kompleksiteit van die bemiddelingsproses.

Die ontleding in hierdie hoofstuk dui verder daarop dat daar 'n onderskeid getref kan word tussen die tegniese bevoegdheid van 'n bemiddelaar en die waardes en ideologieë onderliggend tot die vervulling van sy funksie. Dit is duidelik dat dit belangrik is dat die tegniese bevoegdheid van bemiddelaars verseker moet wees. Die bemiddelingreëls is 'n goeie voorbeeld van een geval waar dit tans gepoog word. Die bemiddelaar se eie ideologie is egter 'n komplekse gevolg van spesifiek daardie persoon se ervaring. Aangesien dit 'n unieke produk van elke bemiddelaar is, is dit

onwaarskynlik dat dit werklik moontlik of wenslik is om sulke ideologieë te standaardiseer. Hierdie ideologieë verteenwoordig eerder 'n vorm van self-regulering wat gebaseer is op die bemiddelaarse unieke ervaring, waarnemings, beginsels en waardes.

HOOFSTUK 7: GEVOLGTREKKING

7 1 Oorsig van die studie

In hierdie studie was daar aanvaar dat die regulering van bemiddeling gefundeer is in 'n redelike en legitieme behoefte aan standaardisering en konsekwentheid. Daar is gewys dat hierdie behoefte noodwendig gepaard gaan met die toenemende institusionalisering van bemiddeling as 'n alternatiewe geskilbeslegtingsmeganisme.⁸⁶² Kwalitatiewe standaarde vir die gebruik en beoefening van bemiddeling, die uitkomst van die bemiddelingsproses en die rol van die bemiddelaar blyk dus nodig te wees ten einde die langtermyn sukses van hierdie vorm van geskilbeslegting te verseker.

Daar is egter ook aangetoon dat die regulering van bemiddeling nie sonder uitdaging is nie. Ingevolge die sogenaamde diversiteit-konsekwentheid dilemma stel die verskillende vorme van regulering wat toenemend op bemiddeling toegepas word elk unieke uitdagings tot die behoud van diversiteit as 'n wesenskenmerk van die bemiddelingsproses.⁸⁶³ Hierdie uitdagings verg gevolglik dat die impak wat regulering op die bemiddelingsproses het, behoorlik ontleed moet word ten einde die ontwerp van gepaste en effektiewe regulatoriese maatreëls te verseker.⁸⁶⁴

Die diversiteit-konsekwentheid dilemma impliseer dat so 'n ontleding gedoen moet word in terme van beide die konsekwentheid wat sulke maatreëls teweeg bring, sowel as die noodwendige implikasies wat regulering inhou vir die behoud van die diversiteit-element. In hierdie opsig is dit dus nodig dat die konsep van diversiteit in bemiddeling oor werklike inhoud beskik. Waar hierdie konsep tans slegs dien as 'n algemene beskrywing van die bemiddelingsproses, wat gefundeer is in aannames en bemiddelingsmitologie, moet bogenoemde inhoud dit moontlik maak om hierdie

⁸⁶² Sien par 1 1 3 hierbo vir 'n volledige ontleding van die behoefte aan regulering en die wyses waarop dit reeds toenemend realiseer.

⁸⁶³ Hierdie aspek is volledig ontleed in hoofstuk 2.

⁸⁶⁴ Sien par 1 1 4 hierbo vir die implikasies wat die diversiteit-konsekwentheid dilemma inhou vir die ontwerp van regulering.

konsep ook vir analitiese doeleindes aan te wend.⁸⁶⁵

Die uitgangspunt van hierdie studie was gevolglik dat die diversiteit-konsekwentheid dilemma 'n teoretiese model van bemiddeling verg wat dit moontlik maak om die impak van verskillende vorme van regulering op die bemiddelingsproses – en spesifiek die diversiteit waaraan dit gekenmerk word – te ontleed.

7 1 1 Kompleksiteitsmodel van bemiddeling

Ten einde die teoretiese model te identifiseer, was die hipotese dat bemiddeling funksioneer as 'n komplekse stelsel. In hierdie verband is daar gevind dat die bemiddelingsproses voldoen aan die algemene definisie van 'n stelsel, naamlik dat die proses georganiseerde interaksie tussen bepaalde rolspelers behels, welke rolspelers noodwendig in 'n verhouding van interafhanklikheid teenoor mekaar staan.⁸⁶⁶ Bemiddeling kan gevolglik gemodelleer word as 'n proses van georganiseerde interaksie tussen die partye tot 'n dispuut en die bemiddelaar – oftewel 'n geskilbeslegtingstelsel.

Daar is verder aangedui dat hierdie georganiseerde interaksie inherent en fundamenteel *kompleks* van aard is. Kompleksiteit impliseer in hierdie sin dat die interaktiwiteit wat binne die bemiddelingstelsel plaasvind – en wat dus die bemiddelingsproses daarstel – deur soveel verskillende veranderlikes op soveel verskillende wyses beïnvloed word dat dit onmoontlik is om met sekerheid te bepaal welke aksies binne die stelsel tot bepaalde gevolge gelei het.⁸⁶⁷

Hierdie kompleksiteit is 'n gevolg van meerdere faktore.⁸⁶⁸ Eerstens is daar gevind dat die verskillende rolspelers in die bemiddelingsproses in eie reg komplekse samestellende elemente of “sub-stelsels” van die bemiddelingstelsel is. Tweedens impliseer die kompleksiteit van hierdie samestellende elemente dat die interaktiwiteit

⁸⁶⁵ Die bestaande perspektiewe op die konsep van diversiteit in bemiddeling is bespreek in par 2 2 1 en 2 2 2 hierbo.

⁸⁶⁶ Sien par 3 2 3 hierbo.

⁸⁶⁷ Die algemene kenmerke van komplekse stelsel is in par 3 3 2 hierbo bespreek.

⁸⁶⁸ Sien par 3 3 3 hierbo.

tussen hulle vanuit die staanspoor ook van 'n besondere komplekse aard is. Interaksie tydens bemiddeling is spesifiek ryk, omvattend en dinamies. Hierdie interaksie kan gevolglik nooit ten volle rasioneel, liniêr of reduksionisties ontleed word nie. Derdens lei hierdie komplekse interaksie daartoe dat die verhoudings tussen die verskillende rolspelers – oftewel die wyse waarop interaksie georganiseer is – 'n konstante en spontane proses van herorganisering, self-samestelling en self-herstelling ondergaan. Hierdie kenmerk van self-organisering is in eie reg 'n komplekse eienskap van die bemiddelingsproses. Laastens is daar aangetoon dat bemiddeling nie in 'n vakuum plaasvind nie. Die interaktiewe bemiddelingsproses kan nooit totaal geïsoleer word van die konteks waarin dit afspeel nie.

Bemiddeling kan gevolglik omskryf word as 'n konstante proses van dinamiese en nie-liniêre interaksie tussen komplekse sosiale besluitnemers wie in 'n verhouding van interafhanklikheid teenoor mekaar staan. Verder verander hierdie verhouding deurgaans en dinamies aan die hand van die interaksie tydens die proses sowel as faktore ekstern tot daardie proses. Op hierdie basis kan bemiddeling vervolgens geklassifiseer word as 'n komplekse sosiale stelsel. Aan die hand van hierdie bewyse kan die gevolgtrekking dus gemaak word dat die eerste hipotese as korrek bewys is.

Die modellering van bemiddeling as 'n komplekse stelsel maak dit moontlik om nuwe analitiese en teoretiese perspektiewe op die bemiddelingsproses en die regulering daarvan te ontwikkel.

Eerstens maak 'n kompleksiteitsmodel dit moontlik om te bepaal of 'n proses werklik bemiddeling is.⁸⁶⁹ Die model illustreer dat 'n proses eers bemiddeling is as die bemiddelingstelsel tot stand gekom het, en dat die totstandkoming van die stelsel verg dat spesifieke vereistes bevredig moet word. Hierdie nuwe perspektief op die klassifisering van 'n proses as bemiddeling het verreikende implikasies vir die ontwerp en toepassing van regulering, soos wat hieronder verder uitgewys sal word.⁸⁷⁰

⁸⁶⁹ Die totstandkoming van die bemiddelingstelsel is bespreek in par 3 2 3 en 3 4 1 hierbo.

⁸⁷⁰ Die ontleding van aktiveringsregulering in hoofstuk 4 het primêr gebruik gemaak van hierdie aspek van die kompleksiteitsmodel. Sien ook par 7 2 1 hieronder.

Tweedens skryf 'n kompleksiteitsmodel nuwe vereistes voor vir die wyse waarop regulering ontleed moet word.⁸⁷¹ Die kenmerke van komplekse stelsels dui daarop dat regulering die bemiddelingstelsel op komplekse wyses en by wyse van komplekse terugvoermeganismes as 'n geheel beïnvloed. Die impak van regulering kan nie in afsondering van hierdie komplekse geheel – oftewel reduksionisties – ondersoek word nie. Daar kan verder ook nie met sekerheid bepaal word wat die spesifieke oorsaak van 'n gevolg binne die stelsel is nie – die stelsel is eenvoudig te kompleks daarvoor. Hierdie paradigma van kompleksiteit is 'n nuwe perspektief op die wyse waarop regulering verstaan en ondersoek moet word.⁸⁷²

Laastens spreek die kenmerke van bemiddeling as 'n komplekse stelsel ook tot die werklike, *inherente* aard van die bemiddelingsproses en die interaksie wat ten tyde daarvan plaasvind.⁸⁷³ Dit verteenwoordig dus 'n fundamenteel nuwe perspektief op die aard, omvang en impak van interaksie tydens bemiddeling, sowel as die wyse waarop hierdie interaksie georganiseer word.⁸⁷⁴ Hierdie gevolgtrekking is kern tot die akkurate ontleding van regulering.

7 1 2 Diversiteit in stelsel terme

Onderliggend tot die hipotese dat bemiddeling gemodelleer kan word as 'n komplekse stelsel is die aanname dat so 'n kompleksiteitsmodel ook gebruik kan word om te bewys dat die diversiteit-element 'n noodwendige gevolg is van die kompleksiteit waaraan die bemiddelingsproses gekenmerk word.⁸⁷⁵

In hierdie verband is die kompleksiteitsmodel eerstens aangewend om te bepaal wat

⁸⁷¹ Sien ook par 3 3 2 en 3 4 2 hierbo.

⁸⁷² Sien E Morin "Restricted Complexity, General Complexity" in C Gershenson, D Aerts & B Edmonds (reds) *Worldviews, Science and Us: Philosophy and Complexity* (2007) 5 10, asook die bespreking in par 3 4 2 hierbo.

⁸⁷³ Sien par 3 4 2 hierbo.

⁸⁷⁴ Die kenmerke van kompleksiteit het gedien as basis vir die ontleding van prosedurele regulering en die regulering van standaarde in hoofstukke 5 en 6 onderskeidelik.

⁸⁷⁵ Sien par 1 2 hierbo.

die konsep van diversiteit in bemiddeling werklik behels.⁸⁷⁶ Daar is inhoud aan hierdie konsep gegee deur te bewys dat diversiteit, as 'n kenmerk van bemiddeling, 'n eienskap van die bemiddelingstelsel as 'n geheel is. Diversiteit kan dus nie in afsondering van daardie geheel ondersoek word nie. 'n Kompleksiteitsmodel maak so 'n ontleding moontlik deur op 'n nie-reduksionistiese wyse te verklaar wat die eienskappe van 'n komplekse stelsel is.

Daar is in hierdie verband aangedui dat twee spesifieke eienskappe relevant is tot die konsep van diversiteit. Eerstens bevestig 'n kompleksiteitsmodel dat die bemiddelingsproses nie vooraf ontwerp is om buigsaam en aanpasbaar te wees nie. Dit is ook nie 'n eienskap waarop die partye gesamentlik besluit nie. Die aktiewe, subjektiewe deelname van die partye impliseer eerder dat die bemiddelingsproses *noodwendig* sal aanpas aan die hand van die komplekse interaksie tussen die partye en die bemiddelaar.⁸⁷⁷ Hierdie eienskap van self-organisering is 'n gevolg spesifiek van die proses as 'n geheel en die kompleksiteit waaraan dit gekenmerk word. In een opsig behels diversiteit in bemiddeling dus die inherente vermoë van die bemiddelingsproses om op komplekse wyses aan te pas aan die hand van die totale interaksie binne die stelsel, sonder dat die rolspelers dit bewustelik teweegbring.

Die tweede eienskap van komplekse stelsels is dat die stelsel gevolg gee aan kenmerke, eienskappe, uitkomst en gevolge wat 'n unieke produk is van die totstandkoming van daardie spesifieke stelsel en die totale georganiseerde interaksie wat binne die stelsel plaasvind.⁸⁷⁸ In hierdie sin verwys diversiteit dus ook na die feit dat elke bemiddelingstelsel gevolg sal gee aan self-voortkomende eienskappe en uitkomst wat fundamenteel uniek is tot daardie stelsel, en welke eienskappe nie kon bestaan sonder die totstandkoming van daardie stelsel nie.

Aan die hand van hierdie eienskappe kan diversiteit in bemiddeling beskryf word as 'n inherente eienskap van bemiddeling wat dit fundamenteel onderskei van ander

⁸⁷⁶ Sien die bespreking in par 3 4 3 en 3 4 4 hierbo.

⁸⁷⁷ Sien par 3 4 3 hierbo vir 'n bespreking van die eienskap van self-organisering en die inhoud wat hierdeur aan die konsep van diversiteit gegee word.

⁸⁷⁸ Die eienskap van self-voortkoming en die implikasies wat dit inhou vir die diversiteit-element is in par 3 4 4 hierbo bespreek.

forme van geskilbeslegting. Geen ander geskilbeslegtingsmeganisme is daartoe in staat om gevolg te gee aan 'n proses, eienskappe en uitkomst wat eksklusief teweeg gebring word deur die totale georganiseerde interaksie binne daardie proses nie.

Die kompleksiteitsmodel van bemiddeling slaag duidelik daarin om beide te dien as 'n teoretiese raamwerk vir die ontleding van die impak van regulering, sowel as die teoretiese onderbou vir die konsep van diversiteit in bemiddeling. Verder maak hierdie model dit moontlik om die impak van regulering op 'n nuwe en unieke wyse te benader. 'n Kompleksiteitsmodel van bemiddeling verklaar spesifiek hoe die impak van veranderinge, soos die toepassing van regulering, ontleed moet word – naamlik in terme van die kenmerke van 'n komplekse stelsel.

7 2 Aanbevelings

Gevolgtrek is dit moontlik om te bepaal *hoe* bemiddeling gereguleer behoort te word, in stede daarvan om beperk te wees tot die vraag of bemiddeling gereguleer *kan* word. Deur die diversiteit-element by wyse van 'n kompleksiteitsmodel te illustreer kan die spesifieke spanningspunte tussen diversiteit en konsekwentheid geïdentifiseer en ontleed word. Gevolgtrek is dit ook moontlik om die implikasies wat hierdie spanning inhou vir die ontwerp en toepassing van regulering te ondersoek. Teen die agtergrond van die bespreking in hierdie studie word daar vervolgens enkele aanbevelings in hierdie verband gemaak.

7 2 1 Interafhanklikheid en die besluit om te bemiddel

Die bespreking in hoofstuk 4 het daarop gedui dat talle verskillende vorme van aktiveringsregulering tans aangewend word om die gebruik van bemiddeling te bevorder. Hierdie verskillende regulatoriese maatreëls oefen wisselende mates van druk of dwang op die partye uit ten einde hulle deel te maak van 'n bemiddelingsproses.⁸⁷⁹ Dit is juis hierdie dwang wat die gebruik van aktiverings-

⁸⁷⁹ Sien par 4 1 hierbo vir 'n funksionele tipologie van die verskillende vorme van aktiveringsregulering.

regulering kontroversieel maak, aangesien die vrywillige deelname van die partye geag word 'n fundamentele kenmerk van die bemiddelingsproses te wees.

'n Stelselbenadering tot bemiddeling dui daarop dat al die verskillende aktiveringsmaatreëls – hetsy aktivering by wyse van aanmoediging, insentifisering of dwang teweeg gebring word – gebaseer is op dieselfde aanname, naamlik dat die proses waaraan die aktiveringsmaatreël gevolg gee bemiddeling is.⁸⁸⁰ Hierdie aanname ignoreer een van die primêre implikasies van 'n kompleksiteitsmodel, naamlik dat die unieke stelsel-aard van bemiddeling vereis dat spesifieke vereistes bevredig moet word voordat 'n proses werklik beskou kan word as bemiddeling. Alhoewel aktiveringsregulering – en spesifiek verpligte bemiddeling as 'n vorm hiervan – noodwendig gevolg sal gee aan *interaktiwiteit* tussen die verskillende rolspelers, kan geen maatreël die partye tot bemiddeling in 'n verhouding van *interafhanklikheid* in dwing nie. Dit is dus nie genoeg om die partye en die bemiddelaar slegs om dieselfde tafel te sit nie. Die partye gaan nie sonder meer in 'n verhouding van interafhanklikheid tree nie. Waar hierdie interafhanklikheid tot stand kom is dit hul subjektiewe interaktiewe deelname wat dit moontlik maak. Die gevergde interafhanklikheid is dus 'n unieke produk van die komplekse interaksie tussen die verskillende rolspelers.⁸⁸¹ In hierdie sin kan aktiveringsregulering ten beste gevolg gee aan 'n proses wat *moontlik* kan lei tot die totstandkoming van die bemiddelingstelsel.

'n Kompleksiteitsmodel het gevolglik belangrike implikasies vir die toepassing van aktiveringsregulering. In die afwesigheid van 'n verhouding van interafhanklikheid, is blote interaksie tussen die verskillende rolspelers nie genoeg om gevolg te gee aan die self-voortkomende eienskappe en uitkomst wat verlang word nie. Die proses sal dus nie gekenmerk word aan die diversiteit wat die partye en die bemiddelaar verwag nie. In hierdie sin illustreer 'n kompleksiteitsmodel duidelik dat aktiveringsregulering inderwaarheid wesenlike implikasies kan hê in terme van diversiteit. Die impak van aktiveringsregulering behels meer as net 'n beperkende effek op die vrywillige deelname van die partye – dit spreek fundamenteel tot die

⁸⁸⁰ Sien par 4 5 2 3 hierbo.

⁸⁸¹ Sien par 3 4 1 hierbo.

kenmerke en sukses van die bemiddelingsproses as 'n geheel.

Soos hierbo genoem bring aktiveringsregulering wel wisselende mates van interaktiwiteit tussen die partye teweeg. Dit word tipies gedoen deur die besluitnemingsproses rakende die gebruik van bemiddeling aan te moedig en te fasiliteer. Maatreëls soos die bemiddelingreëls gee byvoorbeeld gevolg aan 'n selfstandige en formele besluitnemingsproses waar daar spesifiek meer inligting aan die partye oorgedra word en dit vir hulle makliker gemaak word om wel van bemiddeling gebruik te maak.⁸⁸² Die howe se verwagting dat regsverteenvoerders die moontlikheid van bemiddeling met hul kliënte moet bespreek is soortgelyk hieraan, in die sin dat dit gevolg gee aan interaksie gemik op die besluit om te bemiddel.⁸⁸³

Dit is egter belangrik om daarop te let dat hierdie interaksie ook spontaan en op minder formele wyses kan geskied. In sekere gevalle kan hierdie besluitnemingsproses slegs oomblikke neem. Die konteks, tydberekening en subjektiewe perseptuele werklikheid van elke party is dalk net reg vir die bemiddelingstelsel om feitlik onmiddellik tot stand te kom. In ander gevalle – veral waar een van die partye minder bereid is om te bemiddel as die ander – kan hierdie onderhandelingsfase wesenlike interaksie, arbeid en tydsbesteding verg.

Die realisering van hierdie interaktiwiteit – hetsy formeel of informeel, bewustelik of onbewustelik – is 'n doelwit wat deur al die verskillende vorme van aanmoediging en insentifisering wat in hoofstuk 4 bespreek is gedeel word. Hierdie maatreëls is spesifiek daarop gemik om die onderhandelinge en besluite ten tyde van hierdie interaksie te beïnvloed sodat die gebruik van bemiddeling meer waarskynlik word.⁸⁸⁴ Die stelselontleding van aktiveringsregulering het verder daarop gedui dat selfs maatreëls wat die gebruik van bemiddeling verpligtend maak ten beste gevolg gee aan so 'n besluitnemingsproses of verpligte interaksie – maar nie die noodwendige

⁸⁸² Die aard van die besluitnemingsproses waarvoor die bemiddelingreëls voorsiening maak is in par 4 3 hierbo bespreek.

⁸⁸³ Die howe se verwagtinge in hierdie verband is bespreek in par 4 2 en 4 4 hierbo.

⁸⁸⁴ Sien par 4 2 3, 4 3 2 en 4 4 3 hierbo.

totstandkoming van die bemiddelingstelsel nie.⁸⁸⁵

’n Kompleksiteitsmodel van bemiddeling stel dus dat *elke* bemiddelingsproses voorafgegaan word deur ’n interaktiewe proses wat nie noodwendig onmiddellik beskou kan word as bemiddeling nie, maar wat wel die totstandkoming van die bemiddelingstelsel ten doel het. Hierdie proses behels al die onderhandelinge en besluitneming wat die partye subjektief voltooi voordat hulle werklik toetree tot die geveerde verhouding van interafhanklikheid – hetsy sodanige toetrede bewustelik of onbewustelik gedoen word.

Hierdie gevolgtrekking maak dit moontlik om meer gepaste en effektiewe aktiveringsmaatreëls te ontwerp deur hierdie “pre-bemiddelingsfase” ten minste in ’n teoretiese sin formeel te erken en te versterk. In sommige gevalle – soos by die gebruik van formele voor-verhoor konferensies of verpligte inligtingsessies – word die bestaan van hierdie besluitnemingsfase wel reeds erken, maar is die fokus primêr op die oordrag van inligting in plaas van die wyse waarop interaksie plaasvind.⁸⁸⁶ In ander gevalle word die bestaan van hierdie interaktiewe pre-fase heeltemal ontken, soos by die gebruik van verpligte bemiddeling waar dit eenvoudig geag word “bemiddeling” te wees. In die proses word een van die belangrikste geleenthede om die gebruik van bemiddeling werklik te bevorder inderwaarheid heeltemal geïgnoreer.

Die implikasie wat ’n kompleksiteitsmodel uitwys is dat aktiveringsregulering spesifiek ontwerp behoort te word om die *interaksie* wat tydens hierdie pre-fase plaasvind op so ’n wyse te organiseer en te beïnvloed dat dit waarskynlik sal lei tot die totstandkoming van ’n verhouding van interafhanklikheid. Hierdie vereiste ontwerp behels meer as net die oordrag van inligting, die uitwys van voordele of die stel van insentiewe. Dit vereis dat die partye reeds begin onderhandel, inligting oordra, verwagtinge en vereistes stel en uiteindelik subjektief – en meermale onbewustelik – bepaal of die interaksie waaraan hulle tans deelneem moontlik kan lei tot ’n suksesvolle onderhandelde uitkoms. Die pre-bemiddelingsfase kan in hierdie sin

⁸⁸⁵ Sien par 4 5 2 3 hierbo.

⁸⁸⁶ Sien die bespreking in par 4 2 3, 4 3 2, 4 4 3 en 4 5 2 3 hierbo.

beskryf word as 'n oefenlopie, 'n wedersydse “onderhoud” om gepastheid te bepaal, 'n geleentheid om vroeër reeds gehoor te word en – inderwaarheid 'n kern aspek en wesenlike voordeel – 'n geleentheid vir vroeë ingryping deur die bemiddelaar, sonder dat daar enige vereistes of formele gevolge gestel word vir die interaksie waaraan hulle deelneem of dat daar druk is om 'n uitkoms op hul dispuut te identifiseer. Die enigste verlangde uitkoms is die interaksie self. In plaas daarvan om die partye te dwing om deel te neem aan 'n proses wat deur eksterne rolspelers geag word gepas te wees vir die dispuut moet die aktiveringsmaatreëls die partye eerder bemagtig om self die gepastheid van bemiddeling te assesser. Op hierdie wyse word dit nie alleenlik meer waarskynlik dat die bemiddelingstelsel tot stand sal kom nie, maar word die wyse waarop daardie totstandkoming realiseer ook wesenlik beïnvloed. Soos reeds aangetoon kan die wyse waarop die stelsel tot stand kom wesenlike gevolge inhou vir die geheel van die interaksie wat gevolglik plaasvind.⁸⁸⁷

Aan die ander kant is dit ook moontlik vir die partye om, op die basis van hierdie interaksie, reeds vroeg en met sekerheid te bepaal dat bemiddeling moontlik glad nie 'n opsie is wat kan werk nie. Die ongewillige party sal genoegsame bewyse van *bona fide* deelname hê om bemiddeling redelikerwys te kan weier, sonder dat tyd en hulpbronne gemors word op 'n skyn-bemiddelingsproses.⁸⁸⁸

Insentiewe om te bemiddel is spesifiek relevant tot hierdie interaktiewe onderhandelinge, aangesien dit juis die gepastheid van bemiddeling is wat oorweeg word.⁸⁸⁹ Die moontlike regsontwikkeling wat in Suid-Afrika kan plaasvind om hierdie insentiewe te versterk en standarde vir die toepassing daarvan te stel is reeds hierbo bespreek.⁸⁹⁰ Sodanige ontwikkeling is spesifiek nodig om die leemtes wat tans in hierdie opsig in die bemiddelingreëls bestaan aan te spreek.⁸⁹¹

Ten laaste kan die gevolgtrekking dus ook gemaak word dat die effektiwiteit en sukses van aktiveringsregulering eerder gemeet behoort te word in terme van die

⁸⁸⁷ Sien par 3 3 2 hierbo.

⁸⁸⁸ Sien par 4 4 3 hierbo.

⁸⁸⁹ Sien par 4 4 hierbo.

⁸⁹⁰ Sien par 4 4 2 hierbo vir die bespreking van insentiewe om te bemiddel in die Engelse reg.

⁸⁹¹ Sien die kritiek wat teen die bemiddelingreëls geopper is in par 4 3 1 hierbo.

mate waarin hierdie maatreëls die *waarskynlikheid* van daaropvolgende bemiddeling verhoog, in stede van die sukses waarmee daar bemiddel word.

Deur aktiveringsregulering op hierdie wyse te benader is dit moontlik om die uitkomst wat aan die einde van hoofstuk 4 bespreek is te laat realiseer.⁸⁹² Hierdie uitkomst behels dat aktiveringsregulering vir die partye die geleentheid skep om die gebruik van bemiddeling werklik te oorweeg; die besluitnemingsproses rakende die gebruik van bemiddeling te ondersteun en fasiliteer; waarde tot hierdie besluitnemingsproses te voeg deur akkurate inligting aan die partye te verskaf en interaktiwiteit tussen die verskillende rolspelers toe te laat; insentiewe te skep vir die partye om die gepastheid van bemiddeling werklik te oorweeg; en 'n gesonde mate van dwang op die partye uit te oefen ten einde hulle subjektief deel te maak van die besluitnemingsproses. Mits die doel van aktiveringsregulering hierdie uitkomst ondersteun kan die gebruik van bemiddeling bevorder word sonder dat die prys daarvoor gemeet moet word in terme van diversiteit.

Die vraag wat tereg gestel kan word is of daar werklik waarde daarin is om in 'n teoretiese sin erkenning te verleen aan 'n onafhanklike besluitnemingsproses wat bemiddeling noodwendig voorafgaan – veral aangesien hierdie besluitnemingsproses meermale wesenlik dieselfde vorm en funksie kan aanneem as die bemiddelingsproses wat daarop volg.⁸⁹³ Alhoewel 'n kompleksiteitsmodel dit dus moontlik maak om die onderskeid tussen die besluit om te bemiddel en die daadwerklike bemiddelingsproses te tref, moet hierdie model ook die waarde van hierdie onderskeid uitwys. Hierdie waarde sal vervolgens uitgewys word in terme van die twee verdere vorme van regulering wat in hierdie studie ondersoek is.

7 2 2 Die subjektiewe assessering van regverdigheid

Onderliggend tot die toepassing van prosedurele regulering, soos bespreek in hoofstuk 5 van hierdie studie, is die vraag of bemiddeling self daartoe in staat is om

⁸⁹² Sien par 4 7 hierbo.

⁸⁹³ In terme van die bespreking in hoofstuk 3 is dit selfs moontlik dat hierdie besluitnemingsproses in eie reg as 'n stelsel beskryf kan word.

gevolg te gee aan 'n proses en uitkomst wat regverdig is.⁸⁹⁴ Indien dit nie die geval is nie, impliseer dit dat daar wel 'n behoefte vir prosedurele regulering bestaan, ten spyte van die beperkende effek wat dit op die bemiddelingsproses het. In hierdie konteks is die aanname dat die partye rasionele individue is wat daartoe in staat is om in hul eie self-belang op te tree. 'n Kompleksiteitsmodel maak dit moontlik om hierdie aanname opnuut te ontleed en vervolgens nuwe inhoud te gee aan die konsep van regverdigheid in bemiddeling.

Hierdie studie het bevind dat regverdigheid in bemiddeling deur 'n aantal faktore beïnvloed word. Die eerste hiervan is die formele regsmechanismes wat die partye gebruik om die interaksie tussen hulle te struktureer. By wyse van ooreenkoms aanvaar die partye sekere regsnorme en standaarde vir regverdigheid wat 'n regulerende impak op die bemiddelingsproses het.⁸⁹⁵ Die integrasie van hierdie norme dien dus as veiligheidsmeganisme vir die beskerming van die partye se regte en belange en verteenwoordig 'n meganisme waardeur die partye self die interaksie tussen hulle reguleer. Tweedens word die bemiddelingsproses gereguleer deur die impak van die skadu van die reg. Hierdie invloed is 'n resultaat van die komplekse verhouding tussen die bemiddelingstelsel en die formele regstelsel wat 'n regsraamwerk daarstel waarbinne die bemiddelingsproses afspeel.⁸⁹⁶ Die effek van die skadu van die reg is self-regulerend in die sin dat die partye 'n subjektiewe toets het vir hul voortgesette deelname aan die proses. Laastens speel bemiddeling nie slegs in die skadu van die reg af nie, maar ook in die skadu van die sosiale norme en standaarde van die partye.⁸⁹⁷ Die doel van bemiddeling is om vir die partye die geleentheid te gee om self die sosiale norme en standaarde vir interaksie te identifiseer of selfs te skep. Die formulering van 'n normatiewe raamwerk vir onderhandelinge is dus 'n subjektiewe produk van die interaksie tussen die partye.

⁸⁹⁴ Vir 'n volledige bespreking van wat regverdigheid in die konteks van bemiddeling behels, sien par 5 2 hierbo.

⁸⁹⁵ Sien par 5 3 hierbo vir die bespreking van regulering by wyse van ooreenkoms.

⁸⁹⁶ Sien par 5 5 hierbo.

⁸⁹⁷ SR Belhorn "Settling Beyond the Shadow of the Law: How Mediation Can Make the Most of Social Norms" (2005) 20 *Ohio St J Disp Resol* 981 996. Sien ook MS Melli, HS Erlanger & E Chambliss *The Process of Negotiation: An Exploratory Investigation in the Divorce Context* (1985) 12; Jacob (1992) *Law Soc R* 566.

Hierdie raamwerk dien dus ook as 'n meganisme wat self-regulering moontlik maak. Kumulatief beïnvloed en struktureer bogenoemde faktore, sowel as die normatiewe raamwerk waaraan dit gevolg gee, die interaksie tussen die partye.

Teen hierdie agtergrond is dit moontlik om die prosedurele “reëls” van die bemiddelingsproses in 'n nuwe lig te beskou. Die reëls wat tydens bemiddeling gevolg word maak duidelik deel uit van 'n omvattende sosiale stelsel. Hierdie reëls reguleer nie slegs die talle verskillende aspekte van sosiale interaksie nie, maar dien ook ter beskerming van daardie sosiale of gemeenskaplike belange wat verder strek as die belange van die enkele individue betrokke in die bemiddelingsproses. Hierdie raamwerk funksioneer as die “reg” wat die interaksie tussen die spesifieke partye reguleer. So 'n subjektief toepaslike normatiewe raamwerk is uniek tot bemiddeling.

Wat 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling gevolglik duidelik maak is dat die partye se persepsie van regverdigheid gevorm word deur hul interaksie.⁸⁹⁸ Kern tot hierdie interaksie is die self-beskikking waarmee hulle optree, insluitende die outonomie om self hul interaksie te struktureer en moontlikhede vir skikking te ondersoek en op te weeg; die vryheid om 'n skikking te bereik en te aanvaar; en die vermoë om die proses te verlaat.

Hierdie gevolgtrekking illustreer die waarde van 'n teoretiese onderskeid tussen die besluitneming- of interaktiewe proses wat bemiddeling voorafgaan en die daadwerklike bemiddelingsproses. Soos hierbo genoem word die partye se persepsie van regverdigheid tot 'n wesenlike mate gedryf en gevorm deur hul subjektiewe interaksie. Die besluitnemingsproses wat ingevolge 'n kompleksiteitsmodel identifiseerbaar is, beklemtoon dat hierdie interaksie nie beperk is tot dit wat tydens bemiddeling plaasvind nie. Hierdie “pre-bemiddeling” interaksie bepaal nie net of die normatiewe verwagtinge van die partye versoenbaar is nie, maar gee inderwaarheid reeds gevolg aan die inhoud van 'n gedeelde normatiewe raamwerk. Aangesien hierdie normatiewe raamwerk aangewend word ter regulering van die verdere interaksie binne die stelsel, is die wyse waarop dit tot stand kom van kern belang tot die sukses van die daaropvolgende bemiddeling.

⁸⁹⁸ Sien in hierdie verband ook par 5 2 2 hierbo.

Die ontwerp en implementering van regulering behoort daarom op hierdie interaksie toegespits te wees. In plaas daarvan om die gepastheid van bemiddeling, die aard van die partye se onderskeie bedingingsmag en die versoenbaarheid van hul normatiewe verwagtinge ten tyde van bemiddeling te bepaal, moet dit eerder benader word as deel van die interaksie wat kan lei tot die totstandkoming van die bemiddelingstelsel. Dit is vanselfsprekend meer effektief om vanuit die staanspoor reeds hierdie normatiewe veranderlikes te ondersoek, in plaas daarvan om te poog om die impak daarvan ten tyde van die bemiddelingsproses te bestuur. So is dit byvoorbeeld meer wenslik om van die begin af die moontlikheid van bemiddeling uit te skakel as daar wesenlike verskille is in die bedingingsmag waaroor elkeen van die partye beskik, in plaas daarvan om te probeer om dit konstruktief te bestuur tydens die proses.⁸⁹⁹ In talle gevalle sal die bestaan van ongelyke magsbalanse of ander faktore wat die gebruik van bemiddeling uitskakel in ieder geval eers duidelik raak wanneer die partye interaktief verkeer. Ander voorbeelde sluit in onversoenbare waardesisteme; *mala fide* of onvrywillige deelname; konflikte van belange; of bymotiewe om die ander partye te bedrieg, te manipuleer of te intimideer.⁹⁰⁰ Hierdie faktore hou wesenlike implikasies in vir die wyse waarop interaksie geskied.⁹⁰¹ Ingevolge 'n stelselbenadering is dit nou duidelik dat hierdie interaksie egter nie eers tydens bemiddeling plaas moet vind nie.

Die verwagting dat die bestuur van sulke ongelyke magsbalanse deel van die bemiddelaars funksie is, blyk ook onredelik te wees.⁹⁰² Hierdie verwagting kan nou effektief grotendeels uitgeskakel word.

Die ontwerp van regulering wat die besluitnemingsproses versterk en fasiliteer hou talle ander voordele in – spesifiek in terme van die regverdigheid van die proses en die behoefte aan prosedurele regulering. Eerstens bemagtig dit die partye om meer ingeligte besluite te neem en dus beter ooreenkomste te sluit.⁹⁰³ Regverdigheid –

⁸⁹⁹ Sien par 5 2 2 en 5 5 2 hierbo.

⁹⁰⁰ Sien ook par 6 3 2 hierbo.

⁹⁰¹ Sien par 3 3 3 1 en 3 3 3 2 hierbo.

⁹⁰² Sien in hierdie verband par 6 3 2 hierbo en die bespreking hieronder.

⁹⁰³ Sien die bespreking in par 5 3 3 en 5 3 4 hierbo.

veral waar dit by wyse van self-regulering realiseer – vereis dat die partye behoorlik ingelig is (*informed consent*) en oor die nodige inligting en kennis beskik om self besluite te neem. Vroeë interaksie maak meer inligting en kennis aan die partye beskikbaar, veral as die bemiddelaar hierdie interaksie versterk en fasiliteer. Tweedens is dit 'n geleentheid vir die partye om subjektief die gepastheid van die bemiddelaar te assesser, sonder dat die voortsetting van 'n bemiddelingsproses in gedrang gebring word. Aangesien die bemiddelaar een van die aspekte is wat meermale by wyse van ooreenkoms bepaal word, is die partye weereens in 'n posisie om meer ingeligte besluite te neem. Derdens vereis die persepsie van regverdigheid dat die partye se voortgesette deelname vrywillig moet wees. Nie alleenlik kan hulle tydens die besluitnemingsproses spesifiek ooreenkom op prosedures om die bemiddelingsproses te beëindig nie, maar skep dit meerdere geleenthede vir die partye om op 'n ingeligte wyse te besluit of hulle voort wil gaan of nie.⁹⁰⁴

Dit is gevolglik duidelik dat die funksionele onderskeid tussen aktiveringsregulering en prosedurele regulering inderwaarheid begin afbreek as die interaksie wat bemiddeling voorafgaan as 'n selfstandige proses erken word wat vatbaar is vir regulering. Dit verg egter dat regulatoriese maatreëls spesifiek ontwerp word om die interaksie tussen die partye te versterk op 'n wyse wat die gebruik van bemiddeling meer waarskynlik sal maak. Die ontleding van prosedurele regulering dui spesifiek daarop dat hierdie nuwe benadering dit moontlik maak om dieselfde regulatoriese uitkomst te bereik, maar sonder om die aard van die bemiddelingsproses en die diversiteit waaraan dit gekenmerk word in gedrang te bring.

7 2 3 Die uitgebreide rol van die bemiddelaar

Ten laaste is dit ook moontlik om enkele implikasies uit te wys wat die ontleding hierbo inhou vir die rol en funksie van die bemiddelaar. Die bespreking in hoofstuk 6 het reeds aangedui dat die funksie van die bemiddelaar 'n komplekse en unieke selfvoortkomende eienskap is van die stelsel waarbinne daardie funksie vervul word.⁹⁰⁵

⁹⁰⁴ Sien par 5 3 hierbo.

⁹⁰⁵ Sien par 6 4 en spesifiek 6 4 6 hierbo.

Die onderskeid tussen bemiddeling en die interaksie wat bemiddeling vooraf behoort te gaan hou egter spesifiek implikasies in vir die *omvang* van hierdie komplekse funksie.

Ingevolge hierdie onderskeid word bemiddeling voorafgegaan deur interaktiwiteit wat inherent gemik moet wees op die totstandkoming van die bemiddelingstelsel. Daar is reeds aangedui dat regulering die effektiwiteit van hierdie interaksie kan verhoog deur die besluitnemingsproses beter te fasiliteer en dat hierdie fasilitering spesifiek dinamiese interaksie tussen die partye, tesame met die oordrag van inligting en kennis, behels.

Die vraag is egter wie die verantwoordelikheid vir hierdie fasilitering dra? Ingevolge die bemiddelingreëls word hierdie funksie deur 'n hofamptenaar vervul.⁹⁰⁶ By voorverhoor konferensies of soortgelyke vorme van besluitneming sal die proses tipies deur die partye se regsverteenvoerders gefasiliteer word. In beide hierdie gevalle is dit onwaarskynlik dat hierdie amptenare se funksie ook die fasilitering van daadwerklike interaksie tussen die partye sal insluit, soos wat ingevolge die bespreking hierbo vereis word.

Die logies mees gepaste persoon om hierdie proses te fasiliteer is die bemiddelaar – nie alleen omdat die bemiddelaar se rol funksioneel ooreenstem met wat hier vereis word nie, maar ook omdat die besluitnemingsproses meermale – veral waar dit suksesvol gefasiliteer word – sal ooreenstem met die totstandkoming van die bemiddelingstelsel en dus die bemiddelingsproses. Daar kan aanvaar word, soos wat hierbo uiteengesit is, dat die bemiddelaar (1) die artikulering van elke party se perseptuele werklikheid fasiliteer; (2) die partye se onderliggende belange verken; (3) moontlike uitkomstes ondersoek; (4) die onderhandelinge oor hierdie opsies en moontlikhede fasiliteer; en (5) alternatiewe vir individuele optrede deur die partye verken.⁹⁰⁷ Verder is die rol van die bemiddelaar duidelik gefundeer in die konsensuele aard van die bemiddelingsproses.⁹⁰⁸ Daar is gevolglik niks wat in

⁹⁰⁶ Sien reël 76 van die bemiddelingreëls en die bespreking in par 4 3 1 hierbo.

⁹⁰⁷ Die Harvard-model is bespreek in par 6 3 1 hierbo.

⁹⁰⁸ Sien par 6 3 1 hierbo.

beginsel verhoed dat die rol en funksie van die bemiddelaar uitgebrei word om interaksie wat die bemiddelingsproses voorafgaan ook in te sluit nie.

Dit is egter belangrik om te erken dat die besluitnemingsproses funksioneel onderskeibaar is van die bemiddelingsproses. Die eerste rede hiervoor is dat die rol en funksie wat die bemiddelaar tydens die besluitnemingsproses moet vervul in sekere belangrike opsigte verskil van die rol wat die bemiddelaar tydens bemiddeling vervul. Die bemiddelaar se doelwit vir die twee onderskeie prosesse is heeltemal anders. Waar die bemiddelaar tipies die bemiddelingsproses fasiliteer ten einde 'n uitkoms op 'n dispuut te identifiseer, is die onderhandelingsproses wat bemiddeling voorafgaan gemik op die totstandkoming van die bemiddelingstelsel. Die bemiddelaar se rol in hierdie proses is dus eerder gemik op die assessering van die gepastheid van bemiddeling (vanuit beide die partye en die bemiddelaar se perspektief) en die uiteindelijke teweegbring van 'n verhouding van interafhanklikheid. Dit impliseer dat die tegnieke wat die bemiddelaar gebruik dienoreenkomstig aangepas gaan moet word.

Tweedens bemagtig die vereiste dat die bemiddelingstelsel eers tot stand moet kom die bemiddelaar om deurlopend subjektief te bepaal wat die aard van haar funksie op enige gegewe oomblik is en wat dus van haar vereis word – byvoorbeeld deur te bepaal tot watter mate die geveerde interafhanklikheid tot stand gekom het. Onderhandelinge oor die gebruik van bemiddeling sal substantief verskil van onderhandelinge oor die uitkoms op 'n dispuut. 'n Bewustheid van hierdie onderskeid blyk dus 'n waardevolle bron van inligting vir die bemiddelaar te wees.

Derdens het dit belangrike implikasies vir die omvang van regulering. Ingevolge die bemiddelingreëls moet die bemiddelaar met aanvangs van die bemiddelingsproses die funksie van bemiddeling aan die partye verduidelik, sowel as die doelwit om 'n gefasiliteerde skikking tussen die partye te bereik. Hierdie vereiste impliseer dat die eerste kontak met die bemiddelaar tydens die bemiddelingsproses gaan wees. Verder impliseer dit dat die proses – soos in die gevalle van talle vorme van aktiveringsregulering – dadelik geag word bemiddeling te wees. Die bespreking hierbo het daarop gedui dat hierdie aanname nie alleenlik verkeerd is nie, maar dat dit die gepaste en effektiewe regulering van bemiddeling benadeel. In dieselfde sin

beperk dit om teoreties onregverdigbare redes die funksie van die bemiddelaar en benadeel dit dus ook uiteindelik die wyse waarop die funksie van die bemiddelaar gekonseptualiseer en gestandaardiseer word.

7 3 Slotopmerkings

Aan die hand van die verskillende vorme van regulering wat in hierdie studie ondersoek is, is daar bewys dat 'n kompleksiteitsmodel van bemiddeling nuwe en unieke perspektiewe op die regulering van bemiddeling moontlik maak. Alhoewel slegs enkele regulatoriese maatreëls krities ondersoek is, illustreer hierdie ontledings die algemene toepaslikheid van 'n kompleksiteitsmodel en die sukses waarmee dit gebruik kan word om die impak van regulering met meer sekerheid en akkuraatheid te bepaal.

'n Stelselbenadering tot bemiddeling en die unieke paradigma van kompleksiteit wat dit daarstel bewys dat die diversiteit-konsekwentheid dilemma nie 'n onoorkombare uitdaging is nie. Hierdie studie het geïllustreer dat dit wel moontlik is om werklike behoeftes vir standaardisering en konsekwentheid aan te spreek, sonder dat die inherente diversiteit waaraan bemiddeling gekenmerk word in die slag bly.

BIBLIOGRAFIE

i. Boeke

Alberstein M *Jurisprudence of Mediation* (2007), University of Haifa Press and Magnes.

Alberstein M *Pragmatism and the Law: From Philosophy to Dispute Resolution* (2002), Ashgate Publishing.

Allan E & TR Tyler *The Social Psychology of Procedural Justice* (1988), Springer Science & Business Media.

Aristoteles *Metaphysics*, vertaal deur Richard Hope (1952), Ann Arbor Paperbacks.

Arrow KJ, RH Mnookin, L Ross, A Tversky & R Wilson (reds) *Barriers to Conflict Resolution* (1999), WW Norton & Company.

Astor H & C Chinkin *Dispute Resolution in Australia* (2002), LexisNexis Butterworths.

Axelrod R *The Evolution of Cooperation* (1984), Basic Books.

Bacharach SB & EJ Lawler *Power and Politics in Organizations* (1980), Jossey-Bass.

Barrett JT & JP Barrett *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural and Social Movement* (2004), John Wiley & Sons.

Boulle L & A Rycroft *Mediation: Principles, Process, Practice* (1997), Butterworths.

Brand J, F Steadman & C Todd *Commercial Mediation: A User's Guide* (2012), Juta & Co Limited.

Brand J, F Steadman & C Todd *Commercial Mediation: A User's Guide* 2^{de} uitgawe (2016), Juta & Co Limited.

Brenneur B (red) *Overview of Judicial Mediation in the World: Mediation, the Universal Language of Conflict Resolution* (2010), L'Harmattan.

Brown HJ & ML Marriott *ADR Principles and Practice* (1999), Sweet & Maxwell.

Bush RA & JP Folger *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition* (1994), Jossey-Bass.

Bush RAB & JP Folger *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict* (2004), John Wiley & Sons.

Butler D & E Finsen *Arbitration in South Africa – Law and Practice* (1993), Juta & Co Limited.

Christie RH & GB Bradfield *Christie's The Law of Contract in South Africa* 6^{de} uitgawe (2011), LexisNexis.

Cilliers P *Complexity and Postmodernism* (1998), Routledge London.

Costantino C & CS Merchant *Designing Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations* (1996), Jossey-Bass.

Cowen TA & DA Strickland *The Legal Structure of a Confined Microsociety* (1965), Space Sciences Laboratory, University of California, Berkeley.

Deutsch M & P Coleman *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* (2000), John Wiley & Sons.

Ellickson RC *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (1991), Harvard University Press.

Fischer R & DL Shapiro *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate* (2005), Penguin.

Fisher R & W Ury *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (1983), Penguin.

Fisher R, W Ury & B Patton *Getting to Yes: Negotiation Agreement Without Giving In* 2^{de} uitgawe (1991), Penguin.

Folger JP & A Taylor *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation* (1984), John Wiley & Sons.

Folger JP & TS Jones *New Directions in Mediation: Communication, Research and Perspective* (1994), Sage Publications

Fried C *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (1981), Oxford University Press.

Gillespie R *Manufacturing Knowledge: A History of the Hawthorne Experiments* (1993), Cambridge University Press.

Goldberg SB (red) *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes* 2^{de} uitgawe (1992), Aspen Law & Business.

Goldberg SB, ED Green & FEA Sander *Dispute Resolution* (1985), Little, Brown.

Goodpaster G *A Guide to Negotiation and Mediation* (1997), Brill-Nijhoff.

Gottman JM *The Science of Trust* (2011), WW Norton & Company.

Gulliver PH *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective* (1979), Academic Press.

Hall ET *The Silent Language* (1959), Doubleday.

Herman GN, JM Cary & JE Kennedy *Legal Counseling and Negotiating: A Practical Approach* (2001), Lexis Publishing.

Holloway K *Codes Of Conduct: Race, Ethics, and the Color of Our Character* (1995), Rutgers University Press.

Johnson NF *Simply Complexity: A Clear Guide to Complexity Theory* (2009), Oneworld Publications.

Kauffman DL *Systems One: An Introduction to Systems Thinking* (1980), Future Systems.

Kovach KK *Mediation: Principles and Practices* (2000), West Publishing Company.

Kressel K *Labour Mediation: An Exploratory Survey* (1971), Association of Labour Mediation Agencies.

Lehrer J *How We Decide* (2010), Houghton Mifflin Harcourt.

Lewicki R, B Bary & D Saunders *Negotiation: Readings, Exercises, and Cases* (2005), Irwin.

Lewis EAL *Legal Ethics: A Guide for Professional Conduct for South African Attorneys* (1982), Juta & Co Limited.

Meadows DH *Thinking in Systems: A Primer* (2009), Chelsea Green Publishing.

Melli MS, HS Erlanger & E Chambliss *The Process of Negotiation: An Exploratory Investigation in the Divorce Context* (1985), Institute for Legal Studies, University of Wisconsin-Madison Law School.

Merry SE *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans* (1990), University of Chicago Press.

Moore CW *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* (2014), John Wiley & Sons.

Morin E *Towards a Study of Humankind, Vol 1: The Nature of Nature*, vertaal deur JL Roland Belanger (1992), Peter Lang.

Murray JS, AS Rau & EF Sherman *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers* (1989), Foundation Press.

Nolan-Haley JM *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell* (1992), West Academic.

Noone M *Mediation – Essential Legal Skills* (1996), Cavendish Publishing.

Pel M *Referral to Mediation: A Practical Guide for an Effective Mediation Proposal* (2008), Sdu Uitgevers.

Ponte LM & TD Cavenagh *Alternative Dispute Resolution in Business* (1999), Dame Publications.

Rau AS, EF Sherman & SR Peppet *Mediation and Other Non-Binding ADR Processes* 3^{de} uitgawe (2006), Foundation Press.

Robert M *Mediation in Family Disputes* (2008), Ashgate Publishing.

Rogers NH & CA McEwen *Mediation: Law, Policy, Practice* (1990), Clark Boardman Callaghan.

Ross HL *Settled out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment* (1970), Transaction Publishers.

Rouland N *Legal Anthropology* (1994), A&C Black.

Sawyer RK *Social Emergence: Societies as Complex Systems* (2005), Cambridge University Press.

Scanlon TM *What we Owe To Each Other* 2^{de} uitgawe (2000), Harvard University Press.

Schelling T *The Strategy of Conflict* (1980), Harvard University Press.

Scrivens E *Accreditation: Protecting the Professional or the Consumer?* (1995), Open University Press.

Simkin WE & NA Fidandis *Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining* 2^{de} uitgawe (1986), Bureau of National Affairs Inc (Washington DC).

Singer L *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System* (1990), Westview Press.

Susskind L & J Cruikshank *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes* (1987), Basic Books.

Tannen D *You Just Don't Understand: Men and Women in Conversation* (1990), Williams Morrow.

Thibaut J & L Walker *Procedural Justice: A Psychological Analysis* (1975), L Erlbaum Associates.

TR Tyler *Why People Obey The Law: Procedural Justice, Legitimacy, and Compliance* (1990), Yale University Press.

Tyler TR, RJ Boeckmann, HJ Smith & YJ Huo *Social Justice in a Diverse Society* (1997), Westview Press.

Ury WL *Getting Past No: Negotiations in Difficult Situations* (1993), Bantam.

Ury WL, JM Brett & SB Goldberg *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict* (1988), Jossey-Bass.

Van der Merwe S, LF van Huysteen, MFB Reinecke & GF Lubbe *Contract: General Principles* 3^{de} uitgawe (2007), Juta & Co Limited.

Van Zyl LJ *Divorce Mediation and the Best Interests of the Child* (1997), HSRC Press.

Von Bertalanffy L *General System Theory: Foundations, Development, Applications* (1968), George Braziller.

Winslade J & G Monk *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution* (2000), Jossey-Bass.

ii. Hoofstukke in boeke

Alexander N “Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform” in KJ Hopt & F Steffek (reds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012), Oxford University Press.

Bichard MH “Systems and Process Metaphysics” in C Hooker (red) *Philosophy of Complex Systems* (2011), Elsevier.

Bowling D & DA Hoffman “The Personal Qualities of the Mediator and Their Impact in the Mediation” in D Bowling & DA Hoffman (reds) *Bringing Peace Into the Room: How the Personal Qualities of the Mediator Impact the Process of Conflict Resolution* (2003), John Wiley & Sons.

Braithwaite J “Responsive Regulation for Australia” in P Grabosky & J Braithwaite (reds) *Business Regulation and Australia's Future* (1993), Australian Institute of Criminology.

Goldberg SB, FEA Sander & NH Rogers "Disputing Procedures" in SB Goldberg, FEA Sander & NH Rogers (eds) *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Procedures* (1992), Aspen Publishing.

Hensler DR "In Search of "Good Mediation": Rhetoric, Practice and Empiricism" in J Sanders & VL Hamilton (eds) *Handbook of Justice Research in Law* (2001), Kluwer Academic/Plenum Publishers

Heylighen F, P Cilliers & C Gershenson "Complexity and Philosophy" in J Bogg & R Geyer (eds) *Complexity, Science and Society* (2007), Radcliffe Publishing.

Hofkirchner W & M Schafranek "General Systems Theory" in C Hooker (red) *Philosophy of Complex Systems* (2011) 177 177, Elsevier.

Hooker C "Introduction to Philosophy of Complex Systems" in C Hooker (red) *Philosophy of Complex Systems* (2011), Elsevier.

Hopt KJ & F Steffek "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues" in KJ Hopt & F Steffek (eds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (2012), Oxford University Press.

Kahneman D & A Tversky "Conflict Resolution: A Cognitive Perspective" in KJ Arrow, KH Mnookin, L Ross, A Tversky & RB Wilson (eds) *Barriers to Conflict Resolution* (1995), WW Norton & Company.

Kolb DM & K Kressel "The realities of making talk work" in DM Kolb (red) *When Talk Works: Profiles of Mediators* (1994), Jossey-Bass.

Merry SE "Myth and Practice in the Mediation Process" in M Wright & B Galaway (eds) *Mediation and Criminal Justice: Victim, Offenders, and Community* (1989), Sage Publishing.

Morin E “Restricted Complexity, General Complexity” in C Gershenson, D Aerts & B Edmonds (eds) *Worldviews, Science and Us: Philosophy and Complexity* (2007), World Scientific Publishing.

Nupen C “Mediation” in P Pretorius (red) *Dispute Resolution* (1993), Juta & Co Limited.

Radford E & P Glaser “The Psychology of Mediation” in Pretorius (red) *Dispute Resolution* (1993), Juta & Co Limited.

Posner EA “Law and Social Norms” in CR Sunstein (red) *Behavioural Law and Economics* (2000), Cambridge University Press.

Roehl JA & RE Cook "Mediation in Interpersonal Disputes: Effectiveness and Limitations" in K Kressel & DG Pruitt (eds) *Mediation Research: The Process & Effectiveness of Third-Party Intervention* (1989), Jossey-Bass.

Saltman M “Indigenous Law among the Kipsigis of Southwestern Kenya” in M Cappelletti & BG Garth (eds) *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: A General Report* (1978), A.W. Sijthoff.

Sander FEA “Varieties of Dispute Processing” in RR Wheeler & L Levin (eds) *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future* (1979), West Publishing Company.

Scimecca JA “Theory and alternative dispute resolution: A contradiction in terms?” in DJD Sandole & H van der Merwe (eds) *Conflict Resolution Theory and Practice: Integration and Application* (1993), Manchester University Press.

Steadman F “Settling Disputes in Communities” in P Pretorius (red) *Dispute Resolution* (1993), Juta & Co Limited.

Tyler T & EA Lind “Procedural Justice” in J Sanders & VL Hamilton (eds) *Handbook of Justice Research in Law* (2001), Kluwer Academic/Plenum Publishers.

iii. Joernaal artikels

Adler PS “Resolving Public Policy Conflicts Through Mediation: The Water Code Round Table” (1990) 1 *Alternative Dispute Resolution Journal* 69.

Alberstein M “ADR and Collective Trauma: Constructing the Forum for the Traumatic Fuss” (2008) 10 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 11.

Alberstein M “Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution” (2007) 22 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 321.

Alberstein M “The Jurisprudence of Mediation: Between Formalism, Feminism and Identity Conversations” (2010) 11 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 1.

Alexander N “Mediation and the Art of Regulation” (2008) 8 *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 1.

Alexander N “What’s Law Got To Do With It? Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions” (2001) 13 *Bond Law Review* 1.

Alfini J, J Barkai, RB Bush, M Hermann, J Hyman, K Kovach, C Liebman, S Press & L Riskin “What Happens When Mediation Is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners, and Host Institutions” (1994) 9 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 307.

Anderson P “Complexity Theory and Organization Science” (1999) 10 *Organization Science* 216.

Astor H “Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice” (2007) 16 *Social & Legal Studies* 221.

Bader EE “The Psychology of Mediation: Issues of Self and Identity and the IDR Cycle” (2010) 10 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 183.

Baldwin R "Why Rules Don't Work" (1990) 53 *Modern Law Review* 321.

Barsky AE "Issues in the Termination of Mediation Due to Abuse" (1995) 13 *Mediation Quarterly* 19.

Bebchuck LA "Litigation and Settlement Under Imperfect Information" (1984) 15 *Rand Journal of Economics* 404.

Belhorn SR "Settling Beyond the Shadow of the Law: How Mediation Can Make the Most of Social Norms" (2005) 20 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 981.

Benjamin RD "The Constructive Uses of Deception: Skills, Strategies, and Techniques of the Folkloric Trickster Figure and Their Application by Mediators" (1995) 13 *Mediation Quarterly* 3.

Benjamin RD "The Physics of Mediation: Reflections of Scientific Theory in Professional Mediation Practice" (1990) 8 *Mediation Quarterly* 91.

Bercovitch J "Mediation Success or Failure: A Search for the Elusive Criteria" (2006) 7 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 289.

Bingham LB "Designing Justice: Legal Institutions and Other Systems for Managing Conflict" (2008) 24 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1.

Bingham LB, SS Raines, T Hedeem, LM Napoli "Mediation in Employment and Creeping Legalism: Implications for Dispute Systems Design" (2010) 2010 *Journal of Dispute Resolution* 129.

Bohmer C & ML Ray "Notions of Equity and Fairness in the Context of Divorce: The Role of Mediation" (1996) 14 *Mediation Quarterly* 37.

Boon A, R Earle & A Whyte "Regulating Mediators?" (2007) 10 *Legal Ethics* 26.

Boulding KE "General Systems Theory - The Skeleton of Science" (1956) 2 *Management Science* 197.

Boulle L "Promoting Rights Through Court-Based ADR?" (2012) 28 *South African Journal on Human Rights* 1.

Brown KL "Confidentiality in Mediation: Status and Implications" (1991) 1991 *Journal of Dispute Resolution* 307.

Brunet E "Reevaluating Complex Mediation Generalizations" (2012) 18 *Connecticut Insurance Law Journal* 279.

Burger WE "Agenda for 2000 A.D. – The Need for Systematic Anticipation" (1976) 15 *Judges Journal* 27.

Burns RP "The Enforceability of Mediated Agreements: An Essay on Legitimation and Process Integrity" (1987) 2 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 93.

Burns SE "Thinking About Fairness & Achieving Balance in Mediation" (2007) 37 *Fordham Urban Law Journal* 39.

Bush RAB "Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments" (1988) 66 *Denver University Law Review* 335.

Bushman BJ "Does Venting Anger Feed or Extinguish the Flame? Catharsis, Rumination, Distraction, Anger, and Aggressive Responding" (2002) 28 *Journal of Personality and Social Psychology* 724.

Calkins RM "Mediation: A Revolutionary Process That Is Replacing the American Judicial System" (2012) 13 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 1.

Carnevale PJ "Strategic Choice in Mediation" (1986) 2 *Negotiation Journal* 41.

Carnevale PJ & DG Pruitt "Negotiation and Mediation" (1992) 43 *Annual Review of Psychology* 531.

Carr CL "Fairness and Political Obligation – Again: A Reply to Lefkowitz" (2004) 30 *Social Theory and Practice* 33.

Carroll R "Trends in Mediation Legislation: 'All for One and One for All' or 'One at All'?" (2002) 30 *University of Western Australia Law Review* 167.

Charkoudian L, C De Ritis, R Buck & CL Wilson "Mediation by Any Other Name Would Smell as Sweet – or Would it? The Struggle to Define Mediation and its Various Approaches" (2009) 26 *Conflict Resolution Quarterly* 293.

Chornenki GA "Mediation: Entry Point Not Destination" (1999) 17 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 261.

Choudree R "Traditions of Conflict Resolution in South Africa" (2000) 1 *African Journal on Conflict Resolution* 9.

Cilliers P "Boundaries, Hierarchies and Networks in Complex Systems" (2001) 5 *International Journal of Innovation Management* 135.

Cilliers P "Knowledge, Limits and Boundaries" (2005) 37 *Futures* 605.

Clark KC "The Philosophical Underpinning and General Workings of Chinese Mediation Systems: What Lessons Can American Mediators Learn?" (2012) 2 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 117.

Cobb S "Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective" (1993) 9 *Negotiation Journal* 245.

Cobb S & J Rifkin "Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation" (1991) 16 *Law and Social Inquiry* 35.

Cooley JW "A Classical Approach to Mediation-Part I: Classical Rhetoric and the Art of Persuasion in Mediation" (1993) 19 *University of Dayton Law Review* 83.

Cooter R "Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant" (1996) 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1643.

Cooter R, S Marks & R Mnookin "Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior" (1982) 11 *Journal of Legal Studies* 225.

Danzon PM & LA Lillard "Settlement out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims" (1983) 12 *Journal of Legal Studies* 345.

Davies I & G Clarke "Mediation: When is it not an appropriate dispute resolution process?" (1992) 2 *Alternative Dispute Resolution Journal* 70.

Davis AM & RA Salem "Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes" (1984) 6 *Mediation Quarterly* 17.

De Jong M "A Pragmatic Look at Mediation as an Alternative to Divorce Litigation" (2010) *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 515.

De Jong M "Opportunities for Mediation in the New Children's Act 38 of 2005" (2008) 71 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 630.

Deason EE "Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation - Worldwide" (2005) 80 *Notre Dame Law Review* 553.

Delgado R, C Dunn, P Brown, H Lee & D Hubbert "Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution" (1985) 1985 *Wisconsin Law Review* 1359.

Della Noce D "Evaluative Mediation: In Search of Practice Competencies" (2009) 27 *Conflict Resolution Quarterly* 193.

Della Noce D, RAB Bush & JP Folger “Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy” (2002) 3 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 39.

Depoorter B “Law in the Shadow of Bargaining: The Feedback Effect of Civil Settlements” (2010) 95 *Cornell Law Review* 101.

Deutsch M “Context, Yes! And Theory, Yes!” (2003) 2003 *Journal of Dispute Resolution* 367.

Dworkin J & W London “What is a fair agreement?” (1989) 7 *Conflict Resolution Quarterly* 3.

Edelman LB “Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Civil Rights Law” (1992) 97 *American Journal of Sociology* 1531.

Edwards HT “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema” (1985) 99 *Harvard Law Review* 668.

Eisenberg MA “Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking” (1976) 89 *Harvard Law Review* 637.

Eisenberg MA “The Bargain Principle and Its Limits” (1982) 95 *Harvard Law Review* 741.

Engel DM “Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court” (1980) 1980 *American Bar Foundation Research Journal* 425.

Engel DM “The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community” (1984) 18 *Law and Society Review* 551.

Exon SN “How Can a Mediator Be Both Impartial and Fair?: Why Ethical Standards of Conduct Create Chaos for Mediators” (2006) 2006 *Journal of Dispute Resolution* 387.

Faris J “Deciphering the language of mediatory intervention in South Africa” (2006) 34 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 427.

Farmer A & P Pecorino “Pre-trial Negotiations with Asymmetric Information on Risk Preferences” (1994) 14 *International Review of Law and Economics* 273.

Feehily R “Cost sanctions: The critical instrument in the development of commercial mediation in South Africa” (2009) 126 *South African Law Journal* 291.

Felstiner WLF, RL Abel, & A Sarat “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...” (1981) 15 *Law and Society Review* 631.

Field RM “The Theory and Practice of Neutrality in Mediation” (2003) 22 *The Arbitrator & Mediator* 79.

Field RM “Mediation and the Art of Power (Im)Balancing” (1996) 12 *Queensland University of Technology Law Journal* 264.

Fiss O “Against Settlement” (1984) 93 *Yale Law Journal* 1073.

Folberg J “A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice” (1983) 1 *Mediation Quarterly* 3.

Folger JP & RAB Bush “Transformative Mediation and Third Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice” (1996) 12 *Mediation Quarterly* 263.

Freedman LR & ML Prigoff “Confidentiality in Mediation: The Need for Protection” (1987) 2 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 37.

Freshman C "Privatizing Same-Sex 'Marriage' Through Alternative Dispute Resolution: Community-Enhancing Versus Community-Enabling Mediation" (1997) 44 *UCLA Law Review* 1687.

Fromm B "Bringing Settlement Out of the Shadows: Information About Settlement in an Age of Confidentiality" (2001) 48 *UCLA Law Review* 663.

Fuller LL "Mediation - Its Forms and Functions" (1971) 44 *Southern California Law Review* 305.

Funken K "Comparative Dispute Management: Court-Connected Mediation in Japan and Germany" (2002) 3 *German Law Journal* 3.

Galanter M "'A settlement Judge, Not a Trial Judge': Judicial Mediation in the United States" (1985) 12 *Journal of Law and Society* 1.

Galanter M "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law" (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1.

Galanter M & M Cahill "Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements" (1994) 46 *Stanford Law Review* 1339.

Galtung J "Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm" (1965) 2 *Journal of Peace Research* 348.

Genn H "Civil Mediation: A Measured Approach?" (2010) 32 *Journal of Social Welfare and Family Law* 195.

Gibson K "Mediator Attitudes Toward Outcomes: A Philosophical View" (1999) 17 *Mediation Quarterly* 197.

Golbert R "An Anthropologist's Approach to Mediation" (2010) 11 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 81.

Greatbatch D & R Dingwall “Selective Facilitation: Some Observations on a Strategy Used by Divorce Mediators” (1989) 23 *Law and Society Review* 613.

Green C “ADR: Where Did the ‘Alternative’ Go? Why Mediation Should Not Be a Mandatory Step in the Litigation Process” (2010) 12 *ADR Bulletin* 1.

Grillo T “The Mediation Alternative: Process Dangers for Women” (1991) 100 *Yale Law Journal* 1545.

Gunning I “Know Justice, Know Peace: Further Reflections on Justice, Equality and Impartiality in Settlement Oriented and Transformative Mediations” (2004) 5 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 87.

Harrington CB “The Politics of Participation and Nonparticipation in Dispute Processes” (1984) 6 *Journal of Law and Policy* 203.

Hay BL “Effort, Information, Settlement, Trial” (1995) 24 *Journal of Legal Studies* 29.

Hedeem T “Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others” (1997) 26 *Justice System Journal* 263.

Hensler DR “Suppose It’s Not True: Challenging Mediation Ideology” (2002) 2002 *Journal of Dispute Resolution* 81.

Hoffman DA “Mediation, Multiple Minds, and Managing the Negotiation Within” (2011) 16 *Harvard Negotiation Law Review* 297.

Hoffman DA & RN Wolman “The Psychology of Mediation” (2013) 14 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 759.

Hollander-Blumoff R & TR Tyler “Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution” (2011) 2011 *Journal of Dispute Resolution* 1.

Hughes SH "Understanding Conflict in a Postmodern World" (2004) 87 *Marquette Law Review* 681.

Hyman JM "Four Ways of Looking at a Lawsuit: How Lawyers Can Use the Cognitive Frameworks of Mediation" (2010) 34 *Journal of Law and Policy* 11.

Hyman JM "Swimming in the Deep End: Dealing with Justice in Mediation" (2005) 6 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 19.

Hyman JM & LP Love "If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation" (2002) 9 *Clinical Law Review* 157.

Ingleby R "ADR's Claims Unproven" (1992) 27 *Australian Law News* 1.

Ingleby R "Court sponsored mediation: The case against mandatory participation" (1993) 56 *Modern Law Review* 441 447.

Innes JE & DE Booher "Consensus Building and Complex Adaptive Systems" (1999) 65 *Journal of the American Planning Association* 412.

Jacob H "The Elusive Shadow of the Law" (1992) 26 *Law and Society Review* 565.

Jordaan B "Hybrid ADR Processes in South Africa" (2011) 12 *ADR Bulletin* 105.

Jordaan B "The Potential of Court-Based Mediation" (2012) 57 *De Rebus* 18.

Kahneman D & A Tversky "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk" (1979) 47 *Econometrica* 263.

Korobkin R & C Guthrie "Psychology, Economics and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer" (1997) 76 *Texas Law Review* 77.

Kovach KK & L Love "Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid" (1998) 3 *Harvard Negotiation Law Review* 71.

Kriesberg L "Mediation in Conflict Systems" (2012) 29 *Systems Research and Behavioural Science* 149.

Lande J & G Herman "Fitting the Forum to the Family Fuss: Choosing Mediation, Collaborative Law, or Cooperative Law for Negotiating Divorce Cases" (2004) 42 *Family Court Review* 280.

Lind EA, CT Kulik, M Ambrose & MV de Vera Park "Individual and Corporate Dispute Resolution Using Procedural Fairness as a Decision Heuristic" (1993) 38 *Administrative Science Quarterly* 224.

LoPucki LM "A Systems Approach to Law" (1997) 82 *Cornell Law Review* 479.

Luban D "Some Greek Trials: Order and Justice in Homer, Hesiod Aeschylus and Plato" (1987) 54 *Tennessee Law Review* 279.

Lucy W "The Possibility of Impartiality" (2005) 25 *Oxford Journal of Legal Studies* 3.

Madoff RD "Lurking in the Shadow: The Unseen Hand of Doctrine in Dispute Resolution" (2002) 76 *Southern California Law Review* 161.

Matz DE "Mediator Pressure and Party Autonomy: Are They Consistent with Each Other?" (1994) 10 *Negotiation Journal* 359.

Maute JL "Mediator Accountability: Responding to Fairness Concerns" (1990) 1990 *Journal of Dispute Resolution* 347.

McAdoo B "A Report to the Minnesota Supreme Court: The Impact of Rule 114 on Civil Litigation Practice in Minnesota" (2002) 25 *Hamline Law Review* 401.

McAdoo B & N Welsh “Does ADR Really Have a Place on the Lawyer's Philosophical Map?” (1997) 18 *Hamline Journal of Public Law and Policy* 376.

McCorkle S “The Murky World of Mediation Ethics: Neutrality, Impartiality, and Conflict of Interest in State Codes of Conduct” (2005) 23 *Conflict Resolution Quarterly* 165.

McEwen CA & TW Milburn “Explaining a Paradox of Mediation” (1993) 9 *Negotiation Journal* 23.

Menkel-Meadow C “The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms and Practices” (1995) 11 *Negotiation Journal* 217.

Menkel-Meadow C “For and Against Settlement: Issues and Abuses of the Mandatory Settlement Conference” (1985) 33 *UCLA Law Review* 485.

Menkel-Meadow C “Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or ‘The Law of ADR’” (1991) 19 *Florida State University Law Review* 1.

Menkel-Meadow C “Remembrance of Things Past? The Relationship of Past to Future in Pursuing Justice in Mediation” (2004) 5 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 97.

Menkel-Meadow C “Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving” (1984) 31 *UCLA Law Review* 754.

Menkel-Meadow C “When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts Among Dispute Resolution Professionals” (1997) 44 *UCLA Law Review* 1871.

Menkel-Meadow C “Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defence of Settlement (In Some Cases)” (1995) 83 *Georgetown Law Journal* 2663.

Menzel KE “Judging the Fairness of Mediation: A Critical Framework” (1991) 9 *Mediation Quarterly* 3.

Miller JA “Indeterminacy, Complexity, and Fairness: Justifying Rule Simplification in the Law of Taxation” (1993) 68 *Washington Law Review* 1.

Mnookin RH “Divorce Bargaining: The Limits of Private Ordering” (1985) 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 1015.

Mnookin RH “Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict” (1993) 8 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 235.

Mnookin RH & L Kornhauser “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce” (1978) 88 *Yale Law Journal* 950.

Moberly RB “Ethical Standards for Court-Appointed Mediators and Florida's Mandatory Mediation Experiment” (1994) 21 *Florida State University Law Review* 701.

Moodley S “Mediation - The Increasing Necessity of Incorporating Cultural Values and Systems of Empowerment” (1994) 27 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 44.

Morin E “Complexity” (1974) XXVI *International Social Science Journal* 555.

Morin E “From the Concept of System to the Paradigm of Complexity” (1992) 15 *Journal of Social and Evolutionary Systems* 371.

Morin E “Organization and Complexity” (1999) 879 *Annals of the New York Academy of Sciences* 115.

Mowatt JG “Divorce Mediation – The Mediation in Certain Divorce Matters Act, 1987” (1988) 1988 *Tydskrif van die Suid-Afrikaanse Reg* 47.

Mowatt JG "Some Thoughts on Mediation" (1988) 105 *South African Law Journal* 727.

Mulcahy L "The Possibility and Desirability of Mediator Neutrality: Towards an Ethic of Partiality" (2001) 10 *Social and Legal Studies* 505.

Murray JS "Guideposts For an Institutional Framework of Consensual Dispute Processing" (1984) 1984 *Journal of Dispute Resolution* 45.

Nolan-Haley JM "Court Mediation and the Search for Justice Through Law" (1996) 74 *Washington University Law Quarterly* 47.

Northrup FSC "The Mediatonal Approval Theory of Law in American Legal Realism" (1958) 44 *Virginia Law Review* 347.

Press S "Institutionalization: Saviour or Saboteur of Mediation?" (1997) 24 *Florida State University Law Review* 903.

Prigoff ML "Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation" (1989) 12 *Seton Hall Legislative Journal* 1.

Pryles M "Dispute Resolution Clauses in Contracts" (1990) 1 *Alternative Dispute Resolution Journal* 116.

Quek D "Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program" (2010) 11 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 479.

Rabinovich-Einy O "Deconstructing Dispute Classification: Avoiding the Shadow of the Law in Dispute System Design in Healthcare" (2010) 12 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 55.

Richardson KA, P Cilliers and M Lissack "Complexity Science: A 'Gray' Science for the 'Stuff in Between'" (2001) 3 *Emergence* 6.

Richerson PJ & R Boyd "Complex Societies: The Evolutionary Origins of a Crude Superorganism" (1999) 10 *Human Nature* 253.

Rifkin J "Mediation From a Feminist Perspective: Promise and Problems" (1984) 2 *Law and Inequality* 21.

Riskin LL "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System" (2003) 79 *Notre Dame Law Review* 1.

Riskin LL "The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing" (1985) *Florida Law Review* 19.

Riskin LL "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed" (1996) 1 *Harvard Negotiation Law Review* 7.

Riskin LL "Mediation and Lawyers" (1982) 43 *Ohio State Law Journal* 29.

Roberts S "Mediation in Family Disputes" (1983) 46 *Modern Law Review* 537.

Roebuck D "The Myth of Modern Mediation" (2007) 73 *Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators* 105.

Rogers NH & CA McEwen "Employing the Law to Increase the Use of Mediation and to Encourage Direct and Early Negotiations" (1998) 13 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 831.

Rosenberg JD "In Defence of Mediation" (1992) 30 *Family Court Review* 422.

Rosenhead J "Reflections on fifty years of operational research" (2009) 60 *Journal of the Operational Research Society* S5.

Ruhl JB "Law's Complexity: A Primer" (2008) 24 *Georgia State University Law Review* 885.

Ruhl JB "Thinking of Mediation as a Complex Adaptive System" (1997) 1997 *Brigham Young University Law Review* 777

Rycroft A "Settlement and the Law" (2013) 130 *South African Law Journal* 187.

Ryser M & RC Ellickson "A Hypothesis of Wealth-Maximizing Norms: Evidence from the Whaling Industry" (1989) 5 *Journal of Law, Economics and Organization* 83.

Salembier JP "Designing Regulatory Systems: A Template for Regulatory Rule-Making - Part I" (2002) 23 *Statute Law Review* 165.

Sammon G "The Ethical Duties of Lawyers Who Act for Parties to a Mediation" (1993) 3 *Alternative Dispute Resolution Journal* 190.

Sander FEA "Some Concluding Thoughts" (2002) 17 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 705.

Sander FEA & L Rozdeiczer "Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centred Approach" (2006) 11 *Harvard Negotiation Law Review* 1.

Sander FEA & S Goldberg "Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure" (1994) 12 *Negotiation Journal* 49.

Sander FEA, HW Allen & D Hensler "Judicial (Mis)Use of ADR? A Debate" (1996) 27 *University of Toledo Law Review* 885.

Scott-Macnab D & JG Mowatt "Family Mediation – South Africa's Awakening Interest" (1987) 20 *De Jure* 41.

Scott-Macnab D & JG Mowatt "Mediation and Arbitration as Alternative Procedures in Maintenance and Custody Disputes in the Event of Divorce" (1986) 19 *De Jure* 313.

Scrivens E, R Klein & A Steiner "Accreditation: What Can We Learn from the Anglophone Model?" (1995) 34 *Health Policy* 193.

Sebenius JK "Negotiation Analysis: A Characterization and Review" (1991) 38 *Management Science* 18.

Shapira O "Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation" (2012) 54 *South Texas Law Review* 281.

Shapiro DL "Negotiating Emotions" (2002) 20 *Conflict Resolution Quarterly* 67.

Sherman EF "A Process Model and Agenda for Civil Justice Reforms in the States" (1994) 46 *Stanford Law Review* 1553.

Shirley M & W Harris "Confidentiality in Court-Annexed Mediation – Fact or Fallacy?" (1993) 13 *Queensland Lawyer* 221.

Silbey SS "The Emperor's New Clothes: Mediation Mythology and Markets" (2002) 2002 *Journal of Dispute Resolution* 171.

Silbey SS "Mediation Mythology" (1993) 9 *Negotiation Journal* 349.

Slaikeu KA "Designing Dispute Resolution Systems in the Healthcare Industry" (1989) *Negotiation Journal* 395.

Smith S & J Martinez "An Analytic Framework for Dispute Systems Design" (2009) 14 *Harvard Negotiation Law Review* 123.

Spier KE "The Dynamics of Pretrial Negotiation" (1992) 59 *Review of Economic Studies* 93.

Steinberg R & L Soriano "Styles of Conflict Resolution" (1984) 47 *Journal of Personality and Social Psychology* 115

Stempel JW "Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role" (1997) 24 *Florida State University Law Review* 949.

Stier S & N Hamilton "Teaching Divorce Mediation: Creating a Better Fit Between Family Systems and the Legal System" (1984) 48 *Albany Law Review* 693.

Stulberg JB "ADR Paradigms and Intervenor Values" (1985) 1985 *Journal of Dispute Resolution* 1.

Stulberg JB "Fairness and Mediation" (1998) 13 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 909.

Stulberg JB "Mediation and Justice: What Standards Govern?" (2005) 6 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 213.

Sundermann DR "The Dilemma of Regulating Mediation" (1985) 22 *Houston Law Review* 841.

Susskind LE "Mediating Public Disputes" (1985) 1 *Negotiation Journal* 19.

Susskind LE "NIDR's State Office of Mediation Experiment" (1986) 2 *Negotiation Journal* 323.

Tversky A, S Sattath & P Slovic "Contingent Weighting in Judgment and Choice" (1988) 95 *Psychological Review* 371.

Tyler TR "Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law" (2003) 30 *Journal of Crime and Justice* 283.

Tyler TR "The Psychology of Disputant Concerns in Mediation" (1987) 3 *Negotiation Journal* 367.

Venter JP "The challenge of mediation between parties with different world views" (2017) August *De Rebus* 18.

Von Bertalanffy L "The History and Status of General Systems Theory" (1972) 15 *Academy of Management Journal* 407.

Waldman E "The Concept of Justice in Mediation: A Psychobiography" (2005) 6 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 247.

Wall JA, JB Stark & RL Standifer "Mediation: A Current Review and Theory Development" (2001) 45 *Journal of Conflict Resolution* 370.

Wellington A "Taking Codes of Ethics Seriously: Alternative Dispute Resolution and Reconstitutive Liberalism" (1999) 12 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 297.

Welsh NA "Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do with It?" (2001) 79 *Washington University Law Quarterly* 787.

Welsh NA "The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?" (2001) 6 *Harvard Negotiation Law Review* 1.

Weyrauch WO & MA Bell "Autonomous Lawmaking: The Case of the 'Gypsies'" (1993) 103 *Yale Law Journal* 323.

Wheatley M "The Unplanned Organization: Learning from Nature's Emergent Creativity" (1996) 37 *Noetic Sciences Review* 20.

Wilson B "Mediation Ethics: An Exploration of Four Seminal Texts" (2011) 12 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 119.

Wissler RL "The Effectiveness of Court-Connected Dispute Resolution in Civil Cases" (2004) 22 *Conflict Resolution Quarterly* 55.

Wolski B "Voluntariness and Consensuality: Defining Characteristics of Mediation?" (1997) 15 *Australian Bar Review* 213.

Zylstra A "The Road to Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled" (2001) 17 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 69.

iv. Tesisse

De Coning CH *Complexity, Peacebuilding and Coherence: Implications of Complexity for the Peacebuilding Coherence Dilemma* DPhil proefskrif Universiteit Stellenbosch (2012).

De Jong M *Egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika: 'n Vergelykende Studie* LLD proefskrif Universiteit van Suid-Afrika (2002).

Faris JA *An Analysis of the Theory and Principles of Alternative Dispute Resolution* LLD proefskrif Universiteit van Suid-Afrika (1995).

Preiser R *The Problem of Complexity: Re-Thinking the Role of Critique* DPhil proefskrif Universiteit Stellenbosch (2012).

Van den Berg JP *Alternatiewe Geskilbeslegting: Die Kies van 'n Geskilbeslegtingsforum* LLM proefskrif Universiteit Stellenbosch (1993).

Van der Merwe AJ *Bemiddeling in Arbeidskonflik* DPhil proefskrif Universiteit Stellenbosch (1988).

v. Amptelike navorsingsverslae

Anoniem "Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems in Africa: Survey Report" (2011), *United Nations Office on Drugs and Crime*. Beskikbaar by <https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Survey_Report_on_Access_to_Legal_Aid_in_Africa.pdf> (besoek 06-05-17).

Bhorat H, K Pauw & L Mncube *Understanding the Efficiency and Effectiveness of the Dispute Resolution System in South Africa: An Analysis of CCMA Data* (2009), Development Policy Research Unit, Universiteit Kaapstad. Beskikbaar by <<http://www.labour.gov.za/DOL/downloads/documents/research-documents/CCMA%20September%2007%20v7%20-%20FINAL.pdf>> (besoek 06-05-17)

Genn H, P Fenn, M Mason, A Lane, N Bechai, L Gray & D Vencappa *Twisting Arms: Court Referred and Court Linked Mediation Under Judicial Pressure* (2007), London: Ministry of Justice.

McGillis D & J Mullen *Neighborhood Justice Centres: An Analysis of Potential Models* (1977), National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, US Department of Justice.

McGillis D *Community Dispute Resolution Programs and Public Policy* (1986), US Department of Justice, National Institute of Justice, Office of Communication and Research Utilization. Beskikbaar by <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/103681NCJRS.pdf>> (besoek 06-05-17).

Schärf W *Specialist Courts and Community Courts* (1997), Institute of Criminology, Universiteit Kaapstad.

Stevens J (red) *Access to Justice in Sub-Saharan Africa: The Role of Traditional and Informal Justice Systems* (2000), Penal Reform International.

vi. Referate en toesprake

Ngcobo CJ “Enhancing Access to Justice: The Search for Better Justice”, toespraak gelewer by die *Access to Justice Conference* gehou te Johannesburg van 7-10 Julie 2011. Beskikbaar by <<http://constitutionallyspeaking.co.za/wp-content/uploads/2011/07/Speech-of-the-Chief-Justice-2011.pdf>> (besoek 06-05-17).

Warren PL *A Systems Approach to Mediation: How to Diagram Family and Commercial Disputes* (2002), referaat gelewer by *IACM 15th Annual Conference* gehou in Salt Lake City, 09-06-2002. Beskikbaar by <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=305150> (besoek 06-05-17).

vii. Grondwette

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

viii. Internasionale verdrae en standaarde

Verenigde Nasies se Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede

International Chamber of Commerce (ICC) Mediation Rules.

International Organisation for Standardization (ISO) Guide 2.

UNCITRAL Conciliation Rules.

ix. Wetgewing

Suid-Afrika:

Kinderwet 38 van 2005.

Maatskappywet 71 van 2008.

Nasionale Kredietwet 34 van 2005.

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995.

Wet op Arbitrasie 42 van 1965.

Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987.

Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959.

Wet op Landdroshowe 32 van 1944

Verenigde Koninkryk:

Civil Procedure Rules 1998 and Practice Directions.

VSA:

Uniform Mediation Act.

Oostenryk:

Act on Mediation in Civil Matters 2003 (“Zivilrechts-Mediations-Gesetz”).

Duitsland:

Act to Promote Mediation and Other Methods of Out-of-court Dispute Resolution 2012 (“Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung”).

Australië:

Mediation Act 1997.

x. Reëls, regulasies en amptelike kennisgewingsSuid-Afrika:

Kennisgewing no 854 (“Fees payable to mediators, qualifications, standards and levels of mediators”) in Staatskoerant no 38163 van 31 October 2014.

Reëls van die Landdroshowe.

Uniforme Hofreëls.

xi. RegspraakSuid-Afrika:

Abbott v Von Theleman 1997 (2) SA 848 (C).

Arendse v Arendse 2013 (3) SA 347 (WCC).

Berkowitz v Berkowitz 1956 (3) SA 522 (SR).

Bester v Van Niekerk 1960 (2) SA363 (E).

Blue Circle Ltd v Valuation Appeal Board, Lichtenburg 1991 (2) SA 772 (A).

Bosch v Titley 1908 ORC 27.

Chenille Industries v Vorster 1953 (2) SA 691 (O).

Chetty v Louis Joss Motors 1948 (3) SA 329 (T).

City of Cape Town v Unlawful Occupiers, Erf 1800, Capricorn (Vrygrond Development) 2003 (6) SA 140 (C).

De Villiers v Soetsane 1975 (1) SA 360 (E).

Dlamini v Minister of Law and Order 1986 (4) SA 342 (D).

FS v JJ 2011 (3) SA 126 (SCA).

Gelb v Hawkins 1960 (3) SA 687 (A).

Hawken v Olympic Pools (Pty) Ltd 1979 (3) SA 224 (T).

Hlobo v Multilateral Motor Vehicle Accident Fund 2001 (2) SA 59 (SCA).

Hlongwane v Cisco Systems SA (2011) 32 ILJ 625 (LC).

Ivorl Properties (Pty) Ltd v Sheriff, Cape 2005 (6) SA 96 (C).

Johannesburg Country Club v Scott 2004 (5) SA 511 (SCA).

Johannesburg Housing Corporation v Unlawful Occupiers, Newtown Urban Village 2013 (1) SA 583 (GSJ).

Kathrada v Arbitration Tribunal 1975 (2) SA 673 (A).

Kent v Bevern & Co 1907 TS 395.

Krook v Zaltzman 1930 OPD 108.

Kruger Bros & Wasserman v Ruskin 1918 AD 63.

Lufuno Mphaphuli & Associates (Pty) Ltd v Andrews [2009] ZACC 6, 2009 4 SA 529 (CC).

Makate v Vodacom [2016] ZACC 13.

MAWU and other v Siemens Ltd (1986) 7 ILJ 553 (IC) 557H.

MB v NB 2010 (3) SA 220 (GSJ).

Merber v Merber 1948 (1) SA 446 (A).

Michael v Linksfield Park Clinic 2001 (3) SA 1188 (SCA).

Moller v Erasmus 1959 (2) SA 465 (T).

Nxumalo v Mavundla 2000 (4) SA 349 (D).

Occupiers of Erf 101, 102, 104 and 112 Shorts Retreat, Pietermaritzburg v Daisy Dear Investments 2010 (4) BCLR 354 (SCA); [2009] 4 All SA 410; [2008] ZACC.

Oelofsen NO v Gwebu 2010 (5) SA 241 (GNP).

Palley v Knight 1961 (4) SA 633 (SR).

PD v MD 2013 (1) SA 366 (ECP).

Pelser v Levy 1905 TS 466.

Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers 2005 (1) SA 217 (CC).

Rhodes v Coetzee (1865) 1 R 288.

Ritter v Godfrey [1920] 2 KB 47 (CA) 60.

Sefatsa v Attorney-General, Transvaal 1989 (1) SA 821 (A) .

South African Broadcasting Corp Ltd v National Director of Public Prosecutions 2007 (1) SA 523 (CC).

Southernport Developments v Transnet [2004] ZASCA 94; 2005 (2) SA 202 (SCA)

Townsend-Turner v Morrow 2004 (2) SA 32 (C).

Treatment Action Campaign v Minister of Health 2005 (6) SA 363 (T).

Van den Berg v Le Rouw [2003] 3 All SA 599 (NC).

Van der Schyffen v Gemeenskapsontwikkelingsraad 1984 (2) SA 497 (W).

Verenigde Koninkryk:

Burchell v Bullard [2005] EWCA Civ 358.

Cable & Wireless PLC v IBM United Kingdom Ltd [2002] EWHC 2059 (Comm).

Couwenbergh v Valkova [2005] All ER (D) 98.

Cowl v Plymouth City Council [2001] EWCA Civ 1935.

Dunnett v Railtrack [2002] EWCA Civ 302.

Halsey v Milton Keynes General NHS Trust, Steel v Joy & Holiday [2004] 1 WLR 3002 (CA).

Hurst v Leeming [2002] LLPN 508.

Leicester Circuits Ltd v Coates Brothers [2003] EWCA Civ 333.

McCook v Lobo [2002] EWCA 2002.

Neal v Jones [2002] EWCA Civ 1730.

Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd [2014] EWHC 3193 (TCC).

R v Blanchard [2005] All ER (D) 98.

Ramco v International Insurance Company of Hanover [2004] All ER (D) 406.

Reed Executive Plc v Reed Business Information Ltd [2004] EWCA Civ 887.

Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA v Enesa Engenharia SA [2012] EWCA Civ 638.

Valentine v Allen 9 [2003] EWCA Civ 915.

Wah (Aka Alan Tang) v Grant Thornton International Ltd [2012] EWHC 3198 (Ch).

Zimbabwe:

G v G 2003 (5) SA 396 (Z).

Australië:

Elizabeth Bay Developments v Boral Building Services (1995) 36 NSWLR 709.