

# Mediation blandt mediatoruddannede advokater

Mediation among Danish mediator trained advocates

af SIGNE SUNDBØLL MADSEN

*Specialet omhandler mediation blandt mediatoruddannede advokater i Danmark. Problemstillingen der undersøges er, hvordan mediation opfattes og praktiseres af danske mediatoruddannede advokater.*

*For at belyse dette spørgsmål undersøges hvilke udviklingstendenser, der kan iagttages i det danske retssystem. Desuden undersøges det historiske grundlag for mediation i USA og Danmark. Herefter foretages en analyse af danske mediatoruddannede advokaters praktisering af metoden, med fokus på særlige problemstillinger. Som grundlag for analysen er udarbejdet et spørgeskema, og det er besvarelser heraf, analysen baseres på. De konklusioner, der kan udledes af undersøgelsen er:*

*At der i det danske retssystem er visse udviklingstendenser i retning af refleksiv ret, og at anvendelsen af mediation i særdeleshed kan siges at være en del af en sådan udvikling. Desuden ses det, at udviklingen i teori og praksis i USA må antages at have indvirkning på den måde hvorpå mediatorer i Danmark opfatter mediation.*

*Af analysen af praktisering af mediation fremgår, at der er visse typer af sager, der er bedre egnet til mediation end andre, samt at den klart hyppigste funktion, advokaterne indtager, er som mediator. Der er meget få mediatoruddannede advokater, der fungerer som hhv. partsrepræsentant og co-mediator. Desuden konkluderes, at 63 % af respondenterne vil foretage en kombination af mediations- og voldgiftsklausul, hvis parterne ønsker det. Ud over denne mellemkategori er besvarelsen for erfarne og nybegyndere modsatrettet, idet de fleste erfarne svarer rent nej, mens flest nybegyndere svarer rent ja. Det konkluderes, at mediator generelt ikke skal være specialiseret, og at mediatoruddannede advokater generelt er tilbageholdende med at stille løsningsforslag, men dog er indstillede på at bidrage med sådanne, hvis parterne ønsker det. Derimod er der ingen af respondenterne, der er tilhængere af, at et eventuelt løsningsforslag altid er af juridisk art.*

*Langt størstedelen af både nybegyndere og erfarne mener mediator aldrig bør vurdere udfaldet af en eventuel retssag, og de mediatoruddannede er således modstandere af evaluerende mediation, og tilhængere af faciliterende mediation.*

## Indholdsfortegnelse

Forside.....	1
Indholdsfortegnelse.....	2
1. Indledning.....	3
1.1. Generelt.....	3
1.2. Problemformulering.....	4
1.3. Oversigt.....	5
1.4. Afgrænsning.....	5
2. Introduktion til emnet.....	6
2.1. Begrebet mediation.....	6
2.2. Grundlæggende begreber.....	8
2.2.1. Frivillighed.....	8
2.2.2. Fortrolighed.....	10
2.2.3. Upartiskhed og neutralitet.....	11
2.3. Aftalens status.....	12
2.4. Sammenligning med traditionel domstolsbehandling.....	13
2.5. Retssociologiske perspektiver på mediation.....	15
2.5.1. Refleksiv ret.....	15
2.5.2. Mediation som del af en ny retsform.....	16
2.5.3. Internationalisering.....	17
2.5.4. Rettens virkninger.....	18
2.6. Reguleringen af alternativ konfliktløsning i Danmark.....	19
2.6.1. Retsplejeloven og Advokatsamfundets Advokatetiske regler..	19
2.6.2. Justitsministeriets notat om forsøg med retsmægling.....	20
2.6.3. Forslag til direktiv ”on certain aspects of mediation”.....	21
2.6.4. Foreningen af familieretsadvokater, regelsæt om god metiator- skik.....	21
3. Den historiske udvikling.....	21
3.1. I USA.....	21
3.2. I Danmark.....	23
3.3 Sammenligning af udviklingen i USA og Danmark.....	26
3.3.1. Antallet af sager.....	26
3.3.2. Institutionalisering.....	27
4. Kort sammenligning af processen i amerikansk og dansk mediation	28
4.1 Processen i USA.....	28
4.2. Processen i Danmark.....	32
5. Danske mediatoruddannede advokaters anvendelse af mediation empirisk belyst.....	33
5.1. Jurister som fagprofessionelle.....	34
5.2. Præsentation af datagrundlag.....	35
5.2.1. Indledning.....	35
5.2.2. Undersøgelsens kvalitet.....	36
5.2.3. Analyse af datagrundlag.....	37
5.2.4. Sammenligning af potentiel og faktisk anvendelse af mediation	38
A. Familiesager.....	39
B. Småtviser.....	40
C. Kommercielle forhold.....	41
Insolvenssager.....	42
Entrepriseforhold.....	43
Sager om immaterialrettigheder.....	43

Sager om partnerskaber/bestyrelser.....	44
D. Ankesager.....	45
5.3. Advokaten som mediator.....	45
5.3.1. Advokater eller dommere som mediatorer?.....	46
5.3.2. Advokaten som co-mediator.....	47
5.4. Advokaten som partsrepræsentant og bisidder.....	48
5.4.1. Ubalance i advokatrepresentationen.....	51
5.5. Analyse af indflydelsen af mediators erfaring i forskellige sammenhænge.....	52
5.5.1. Mediation kombineret med voldgift (med-arb).....	52
5.5.2. Specialisering af mediatorer .....	55
5.5.3. Mediators aktivitet i relation til løsningsforslag.....	58
5.5.4. Indholdet af eventuelle løsningsforslag stillet af mediator.....	63
5.5.5. Mediators vurdering af udfaldet af en eventuel retssag.....	
Evaluerende eller faciliterende mediatorer.....	64
6. Retssikkerhedsbetragtninger.....	67
6.1. Manglende offentlighed.....	67
6.2. Fortrolighed.....	68
6.3. Sager, hvor der er ubalance mellem parterne.....	68
7. Konklusion.....	68
Litteraturliste.....	71
Bilag 1.....	75
Bilag 2.....	76

## 1. Indledning

### 1.1. Generelt

Dette speciale omhandler mediation i Danmark, og har særligt fokus på advokaters anvendelse af mediation. Min interesse for emnet blev vakt, da jeg i efteråret 2004 var i Texas på studieophold. Jeg studerede ved South Texas College of Law i Houston og fulgte bl.a. faget Mediation. South Texas College of Law er et af de førende universiteter i USA indenfor Alternative Dispute Resolution (ADR), en position, der er blevet styrket efter Dean James Alfini tiltrådte, idet han gennem en årrække har været en varm fortaler for ADR og i særdeleshed mediation. Der er, som det fremgår nedenfor, en helt særlig tradition i USA for mediation, og mediation bruges i USA i et overvældende antal sager indenfor alle juridiske discipliner, og det er i mange tilfælde obligatorisk at prøve at indgå en aftale ved mediation, før man kan få sagen prøvet ved domstolene. I forbindelse med faget Mediation deltog

jeg i et yderligere kursus i mediation, som gav mig certifikat som mediator i Texas. I den forbindelse fik jeg mulighed for at overvære en del court-ordered<sup>1</sup> mediationssager, og det var interessant at se udviklingen i parternes forhold, og hvor stor betydning mediators evner havde for, om og hvordan konflikten blev løst.

## **1.2. Problemformulering**

Oplevelsen af det amerikanske system har været en inspiration til at undersøge hvordan og i hvilket omfang mediation anvendes i Danmark. Specialet vil særligt fokusere på følgende problemstilling:

### **Hvordan opfattes og praktiseres mediation blandt danske mediatoruddannede advokater?**

Som baggrund for belysningen af dette spørgsmål undersøges, hvilke udviklingstendenser, der kan iagttages i det danske retssystem. Efter at have klarlagt centrale udviklingstendenser, undersøges det historiske grundlag for mediation i USA og Danmark, idet USA betragtes som foregangsland indenfor ADR, og udviklingen derfor antages at have indvirkning på danske mediatorers opfattelse af metoden.

Herefter kan foretages en analyse af danske mediatoruddannede advokaters praktisering af metoden.

For at klarlægge dette, undersøges de mediatoruddannede advokaters opfattelse af:

- i hvilke sagstyper mediation er relevant
- advokatens funktion som mediator, co-mediator og partsrepræsentant
- om mediation bør kombineres med voldgift
- om der i Danmark er behov for specialisering af mediatorer
- problemer angående mediators fremsættelse af løsningsforslag, samt indholdet af sådanne
- mediatorernes indstilling til det at vurdere hvilket udfald en eventuel retssag vil få.

---

<sup>1</sup> Se afsnit 2.2.1. om obligatorisk mediation i USA.

Som grundlag for denne undersøgelse har jeg udarbejdet et spørgeskema<sup>2</sup>, og det er besvarelser heraf, jeg vil basere analysen på<sup>3</sup>.

### **1.3. Oversigt over specialets indhold**

I **afsnit 2** vil jeg introducere emnet, og begrebet samt nogle af de grundlæggende principper for mediation forsøges defineret. Her gennemgår jeg desuden kort, hvilken status en indgået aftale vil indtage. Herefter foretages en sammenligning af mediation og traditionel domstolsbehandling. I afsnittet diskuteres også udviklingen i det danske retssystem i et retssociologisk perspektiv. I forbindelse hermed gennemgås relevant regulering af alternativ konfliktløsning i Danmark.

I **afsnit 3** findes en historisk gennemgang af anvendelsen af mediation i USA og Danmark. Den forskellige historiske baggrund har betydning for udviklingen i de to lande, og der foretages i dette afsnit en sammenligning af denne udvikling.

I **afsnit 4** foretages en kort sammenligning af mediationsprocessen som den beskrives i teorien i USA og i Danmark.

**Afsnit 5** indeholder en analyse af danske mediatoruddannede advokaters anvendelse af mediation og holdninger til forskellige spørgsmål angående brugen af mediation. Denne del udgør den væsentligste del af specialet. Jeg vil inddrage erfaringer fra USA, både teori og praksis, for at belyse hvilke elementer, jeg selv mener er relevante at inddrage i dansk mediation.

I **afsnit 6** findes en kort analyse af brugen af mediation ud fra et retssikkerhedsmæssigt perspektiv.

I **afsnit 7** findes konklusionen på specialet.

### **1.4. Afgrænsning**

Dette speciale er koncentreret om danske mediatoruddannede advokaters opfattelse og praktisering af mediation, og andre områder er der-

---

<sup>2</sup> Se bilag 2.

<sup>3</sup> Spørgeskemaet er sendt ud til de danske advokater, der er registrerede som mediatoruddannede, i alt 127 advokater. I skemaet har jeg stillet forskellige spørgsmål, som angår advokaters opfattelse og anvendelse af mediation, for at få et indblik i hvordan metoden anvendes i praksis.

for sorteret fra. Justitsministeriets forsøgsordning med retsmægling eller forsøgsordningen med konfliktmægling i statsamterne undersøges ikke. Dog vil Justitsministeriets evalueringsrapport om forsøgsordningen med retsmægling<sup>4</sup> i vidt omfang blive anvendt, da denne er et yderst relevant bidrag til analysen af, hvordan mediation anvendes i praksis.

Mange andre aspekter af processen er interessante, herunder de forskellige teknikker, mediator kan anvende. Disse vil dog, af pladsmæssige årsager, ikke blive analyseret, med undtagelse af spørgsmålet om evaluerende/faciliterende praktisering, da dette hænger sammen med afsnit 5.5.5 om mediators vurdering af udfaldet af en eventuel retssag.

Endelig er specialet en undersøgelse af *mediatoruddannede* advokaters opfattelse og praktisering af mediation, og ikke en undersøgelse af advokaters anvendelse af mediation generelt, idet dette emne pladsmæssigt kræver mere end et speciale tillader.

## **2. Introduktion til emnet**

### **2.1. Begrebet mediation**

Begrebet mediation stammer fra det latinske ”mediare”, som betyder ”at være i midten”.

Indledningsvis må det fastslås, at mediation ikke er en fast defineret størrelse, da der ikke blandt teoretikere er enighed om en definition. Da der er stor uenighed om definitionen af mediation, må det derfor fastslås, hvilken opfattelse, jeg videre opererer med. Nogle af de mere gængse definitioner er følgende:

- Interventionen af tredjemænd i konfliktløsningsprocessen<sup>5</sup>.
- En proces, i hvilken en tredjemand faciliterer og koordinerer forhandlingen mellem de stridende parter<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Roepstorff & Kyvsgaard.

<sup>5</sup> Murray, Rau og Sherman, s. 247.

<sup>6</sup> Mitchell & Dewhirst, s. 13.

- Mellemskikken, i konflikten eller forhandlingsprocessen, af en acceptabel upartisk og neutral tredjemand, som ikke har nogen autoritativ kompetence til at afgøre konflikten. Denne person assisterer parterne i konflikten i frivilligt at nå deres egen neutrale, tilfredsstillende løsning om problemerne i deres konflikt<sup>7</sup>.
- En proces, hvor en neutral tredjemand optræder som facilitator for at assistere i løsningen af en konflikt mellem to eller flere parter. Det er en metode, hvor parterne kommunikerer direkte, og metoden er ikke konfliktfyldt. Mediatorens rolle er at facilitere kommunikationen mellem parterne, at assistere dem i at fokusere på de virkelige stridspunkter i konflikten og generere forligsmuligheder. Målet med denne proces er at parterne selv finder en gensidig acceptabel løsning på konflikten<sup>8</sup>.
- En frivillig og fortrolig konfliktløsningsmetode, hvor en eller flere upartiske tredjepersoner hjælper parterne med at forhandle sig frem til en for dem tilfredsstillende løsning gennem en struktureret proces. Tredjepersonen træffer ingen afgørelse i sagen<sup>9</sup>.
- En frivillig forhandlingsproces mellem 2 eller flere parter. Parterne bistås i processen af en upartisk mediator, der inspirerer parterne til selv at tage ansvar for løsningen af den opståede konflikt under kyndig ledelse<sup>10</sup>.
- En proces, hvori parter, der er i konflikt assisteres af en neutral tredjemand (mediator) i en frivillig forhandling. Under processen, der er struktureret, anvender mediatoren forskellige metoder fra forhandlingsteori og kommunikationspsykologi. Fokus er i højere grad på forhandling om behov og interesser end på diskussion af retlige data. Mediatoren stiller ikke forslag til konfliktens løsning, men udvikler ved brug af struktur og metode et forløb, der bringer parterne i stand til selv at nå hensigtsmæssige løsninger<sup>11</sup>.
- Enhver proces, uanset hvordan den benævnes eller omtales, hvor to eller flere parter i en tvist bistås af en tredjepart med henblik på at indgå en aftale om bilæggelse af tvisten, hvad enten processen er indledt af parterne, foreslået eller pålagt af en domstol eller foreskrevet i en medlemsstats nationale lovgivning. Mægling omfatter ikke dommerens forsøg på at bilægge en tvist under en retssag om den pågældende tvist<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Moore, s. 8.

<sup>8</sup> Kovach, ADR – Does It Work?, South Texas College of Law, Advanced Civil Litigation Institute, USA 1989.

<sup>9</sup> Vindeløv, s. 2.

<sup>10</sup> Fremgår af Mediatoradvokaters hjemmeside, [www.mediatoradvokater.dk](http://www.mediatoradvokater.dk).

<sup>11</sup> Boserup og Humle, s. 1.

<sup>12</sup> KOM (2004)/718, Bruxelles, den 22.10.04. Europa Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv ”on certain aspects of mediation in civil and commercial matters”, art. 2 a). Hvor de øvrige definitioner er udtryk for teoretisk opfattelse, er denne mere regelbestemt, og vil hvis direktivet, som forventet, vedtages, være en definition på direktivniveau, og altså mere regelbe-

Som det ses af disse definitioner, findes mange opfattelser af, hvad mediation er. Der er altså tale om en fleksibel proces, og hver mediator har sin egen stil. I det følgende vil jeg tilslutte mig den definition af mediation, som i det ovenstående kommer til udtryk på en næsten identisk måde hos Vibeke Vindeløv og C.W. Moore.

## **2.2. Grundlæggende begreber**

### *2.2.1. Frivillighed*

Der er tale om en frivillig proces, hvor parterne bestemmer udfaldet. Parterne vælger selv, om de vil deltage i mediation og om de vil indgå en aftale, samt indholdet i en eventuel aftale. Ingen af parterne kan tvinges til at indgå forlig og mediator kan ikke træffe en afgørelse af tvisten. Det er altså parterne, der bestemmer sagens gang, hvilke emner og problemer, der skal diskuteres, og også parterne der har kompetencen til at afslutte mediationen med et forlig. Den juridisk korrekte løsning er irrelevant, idet parterne ikke er bundet af denne<sup>13</sup>. Parterne kan således forlige sagen på en måde, der er ganske anderledes end udfaldet ville være blevet ved en eventuel retssag.

Frivilligheden er et grundprincip i mediation, som bør være kernen i alle mediationer<sup>14</sup>. Mediationens positive virkninger baserer sig netop på frivilligheden, at parterne oplever, at muligheden for selvbestemmelse gør aftalen mere holdbar og at dette medfører større incitament til overholdelse. Frivilligheden er derfor nødvendig for at man overhovedet kan indføre mediation som et alternativ til domstolsbehandling.

I Danmark eksisterer næppe helt samme behov for at få sagsantallet ved domstolene bragt ned, som tilfældet er i USA. I USA har man fundet det nødvendigt med en mulighed for tvungen mediation, og mediation kan derfor indledes på 3 måder<sup>15</sup>:

---

stemt. Pga. Danmarks retlige forbehold vil dette direktiv ved en eventuel vedtagelse ikke være gældende i Danmark. Se også afsnit 2.6.3.

<sup>13</sup> Præceptive regler kan parterne naturligvis ikke fravige.

<sup>14</sup> Vindeløv, s. 96.

<sup>15</sup> Kovach, s 80ff.



- Frivilligt, efter parternes eget ønske, som det sker i Danmark
- Kontraktsmæssigt, dvs. hvor parterne har indsat en mediationsklausul i deres kontrakt. De fleste domstole vil gennemtvunge sådanne klausuler, i tilfælde af at en af parterne nægter at deltage i mediationen.
- Obligatorisk, hvor retten henviser parterne til mediation, selv under begge parters protest.

Muligheden for obligatorisk mediation findes i flere stater i form af ”court ordered mediation” som er tvungen henvisning til mediation, inden man har mulighed for at få sin sag prøvet ved en domstol<sup>16</sup>. Denne måde at indlede mediationen på adskiller sig fra det der praktiseres i Danmark, og der er da heller intet der indikerer, at Danmark vil følge USA på dette punkt<sup>17</sup>. Obligatorisk mediation har flere negative følger, idet det naturligvis medfører en diskussion om, hvilken grad af deltagelse, parterne er forpligtede til at udvise. Herunder stilles krav til bl.a. deltagelse med forligskompetence, udvælgelse af mediator, forpligtelse til at betale mediators salær, udveksling af papirer mv. Disse krav er stort set overensstemmende med det der i Danmark kræves af parterne, inden mediation indledes. Det mere kontroversielle, også i USA, er at flere dommere har stillet krav om good faith deltagelse<sup>18</sup>. Dvs. at parternes blotte tilstedeværelse, evt. kombineret med en tilkendegivelse om, at man ikke er villig til at forhandle sin position, ikke er tilstrækkeligt til at have deltaget med good faith i mediationen.

I Danmark har vi også visse regler, hvorefter sag kun kan anlægges, efter parterne har forsøgt at forlige deres tvist<sup>19</sup>. Desuden er det et krav inden for den offentlige forvaltning, at administrativ rekurs skal

---

<sup>16</sup> Se fx Texas Civil Practice and Remedies Code § 154.022 b), hvorefter hver part har ret til inden 10 dage efter dommeren har henvist sagen til mediation at protestere mod henvisningen. Hvis retten finder, at protesten er rimelig, kan sagen ikke henvises, jf. § 154.022 c). I øvrige sager kan retten henvise til obligatorisk mediation, selv under begge parters protest.

<sup>17</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 2.1.2.

<sup>18</sup> Kovach, s. 86ff. Begrebet ”participation” defineres i Graham v. Baker, Iowa og Decker v. Lindsay, Texas fastslår i hvilken grad ”good faith” kan kræves. Se om sagerne Kovach, s. 95-101.

<sup>19</sup> Fx skal skeltvister søges bilagt ved bistand fra landinspektør og hegnssynsmænd ved en skelsætningsforretning, jf. Udstykningslovens § 36, stk. 2.

være udnyttet, før en sag kan indbringes for domstolene<sup>20</sup>. Men sådanne krav stilles ikke ved mediation, hvor parterne når som helst kan afbryde mediationen, og søge konflikten løst ved domstolene eller voldgift<sup>21</sup>.

Efter forslaget til direktiv om mediation<sup>22</sup>, er der mulighed for at en domstol *opfordrer* parterne til at anvende mediation til løsning af tvisten og domstolen kan *pålægge* parterne at deltage i et informationsmøde om brugen af mediation, jf. art. 3, nr. 1.

### 2.2.2. Fortrolighed

Et andet kernebegreb er fortrolighed. Fortroligheden indebærer, at mediator har tavshedspligt om alt, hvad der erfares under mediationen. Derudover har parterne også selv pligt til ikke at udtale sig om konflikten til udenforstående, medmindre andet er aftalt. Formålet med fortrolighed er at skabe trygge rammer for parternes forhandlinger. Fortroligheden omfatter både i det eksterne forhold (dvs. i forhold til omverdenen) og det interne forhold (dvs. i parternes indbyrdes forhold under en eventuel senere retssag).

I denne relation er det et vigtigt spørgsmål, om parternes tilsagn om fortrolighed afskærer dem fra at henvise til det under mediationen passerede, under en eventuel efterfølgende retssag. Ifølge Vindeløv<sup>23</sup> er dette uafklaret i dansk ret, men det må antages, at det ikke kan accepteres at referere personlige udsagn mv., som ikke hidrører fra parten selv. Derimod må almindeligt materiale, der har været anvendt som dokumentation i mediationen også kunne fremlægges under en retssag, uden at det kan siges, at fortroligheden brydes<sup>24</sup>.

For mediator findes ikke en vidnefritagelsesregel svarende til retsplejelovens § 170. Derfor må mediator, for at undgå at blive indkaldt som vidne i en efterfølgende retssag, sikre sig parternes accept

---

<sup>20</sup> Fx for landsskatteretten, jf. Skattestyrelsesloven § 31, stk. 1.

<sup>21</sup> Vindeløv, s. 98.

<sup>22</sup> Europa Kommissionens forslag til Europa Parlamentets og Rådets direktiv ”on certain aspects of mediation in civil and commercial matters”, KOM (2004)/718, Bruxelles, den 22.10.04. Pga. Danmarks retlige forbehold vil dette direktiv ved en eventuel vedtagelse ikke være gældende i Danmark.

<sup>23</sup> S. 195.

<sup>24</sup> Vindeløv, s. 193ff.

til ikke at indkalde ham som vidne. Spørgsmålet, om et sådant forhåndsafkald er gyldigt, ses ikke at have været forelagt domstolene, og er derfor uafklaret i retspraksis. I forsøgsordningen med retsmægling, er det bestemt, at en retsmægler ikke kan fungere som dommer i en sag, vedkommende har mæglet, og også er afskåret fra at videregive oplysninger om sagen til den dommer, der skal afsige dom heri. Tilsvarende kan en advokat, der har været retsmægler for parterne, ikke i en efterfølgende sag repræsentere en af parterne<sup>25</sup>.

Derudover er det i relation til retsmæglingsforsøget strafbart for dommere, der fungerer som retsmæglere, at videregive fortrolige oplysninger, jf. straffelovens § 152, mens advokater, der fungerer som retsmæglere, kan straffes for en sådan videregivelse efter straffelovens § 129, jf. § 152. Advokater, der deltager som partsrepræsentant er omfattet af de advokatetiske regler i relation til videregivelse af oplysninger<sup>26</sup>.

Endelig kræves også fortrolighed i relation til separate møder (caucus)<sup>27</sup>. Fortroligheden under disse møder gælder både omverdenen og modparten. Netop fortroligheden i forhold til den anden part kan bevirke større åbenhed under de separate møder. Parten kan naturligvis tillade, at mediator videregiver visse af oplysningerne fra det separate møde, men ellers er mødet fortroligt<sup>28</sup>.

### 2.2.3. Upartiskhed og neutralitet

Mediator skal være upartisk og neutral, både før under og efter mediationen. Begreberne er ikke entydige, men dog essentielle for mediationsbegrebet. Neutralitet kan defineres som manglende interesse i at opnå et bestemt resultat, mens upartiskhed kan defineres som ikke at kunne lide den ene part bedre end den anden<sup>29</sup>. I USA har begreberne også været genstand for diskussion, og definitionerne varierer også her. Et eksempel er: "Neutralitet kræver frihed fra interessekonflikt i

---

<sup>25</sup> Notat om en forsøgsordning med retsmægling, afsnit 3.7.

<sup>26</sup> Se punkt 2.3.2. i Advokatetiske regler. Disse er vejledende regler for advokaters virke, udarbejdet af Advokatrådet.

<sup>27</sup> Se herom i afsnit 4.1. under ad 5. Issue & Interest Identification.

<sup>28</sup> Vindeløv, s. 214.

<sup>29</sup> Vindeløv, s. 199.

relation til emnet for mediationen. Det er generelt anerkendt, at absolut neutralitet er umulig at opnå. Upartiskhed er mediators afholdenhed fra at favorisere i ord, handling og fremtoning<sup>30</sup>. Det er naturligvis ikke muligt for mediator at forholde sig fuldstændigt neutralt gennem hele mediationen, hvilket anerkendes i definitionen, men det må være et mål for mediator ikke at lade subjektive opfattelser påvirke rollen som mediator, både hvad angår parterne og løsningen af konflikten.

### 2.3. Aftalens status

Mediationsforlig fremkommer gennem en proces, hvori begge parter er blevet hørt, og aftalen er indgået frivilligt. Det er derfor rimeligt at antage, at de indgåede forlig imødekommer parternes interesser, og at parterne derfor selv har et naturligt incitament til at overholde dem<sup>31</sup>.

I Danmark er aftaler bindende, jf. aftalelovens § 1. Men overholder parterne ikke mediationsaftalen, er der ikke i Danmark umiddelbare sanktionsmuligheder, medmindre parterne som en del af aftalen har besluttet, at den skal kunne tvangseksekveres, jf. retsplejeloven § 478, stk. 1, nr. 4. Det skal tydeligt fremgå af aftalen, at den skal kunne gennemtvinges og aftalen skal være skriftlig for at opfylde kravene i § 478, stk. 1, nr. 4. Desuden skal det fremgå, hvem den berettigede og forpligtede er, og at kravet ifølge aftalen er et pengekrav, der er forfaldent til betaling på det tidspunkt, hvor aftalen blev indgået. Er der tale om mediationsforlig, der er indgået efter retssag er anlagt, hvilket vil være tilfældet indenfor Justitsministeriets retsmæglingsordning<sup>32</sup>, har parterne dog mulighed for at aftale, at forliget skal have status af et retsforlig efter retsplejelovens § 270, jf. retsplejeloven § 478 stk. 1, nr. 2. Herved er forliget eksigibelt som en dom, selv hvor

---

<sup>30</sup> The Association of the Bar of the City of New York, Mediation Standards Checklist.

<sup>31</sup> Vindeløv, s. 176 samt Boserup og Humle, s. 75ff.

<sup>32</sup> Den 1. marts 2003 blev en forsøgsordning med retsmægling iværksat ved 4 danske byretter samt Vestre Landsret. Ordningen er forlænget i december 2004. Ordningen giver mulighed for, at parter i civile sager kan få tilbud om retsmægling, som begrebsmæssigt dækker samme aktivitet som mediation. Se Vindeløv, s. 299ff.

kravet ikke er forfaldent ved aftalens indgåelse, og selv hvis der ikke er tale om et pengekrav<sup>33</sup>.

Efter forslaget til direktiv om mediation<sup>34</sup> art. 5, er der mulighed for at en aftale, der er indgået som resultat af mægling, på anmodning af parterne kan bekræftes af en domstol eller en offentlig myndighed, på en måde, så aftalen får samme retskraft som en dom efter national lovgivning.

#### 2.4. Sammenligning med traditionel domstolsbehandling

Generelt kan det siges, at ADR er meget udbredt i USA sammenlignet med Danmark. Der er flere grunde til dette, se senere under 3. om den historiske udvikling. Men skal man vurdere, hvorfor netop mediation er så populært, må man sammenligne sagsbehandlingen i mediation med traditionel domstolsbehandling. De forskelle, der ses ved en sådan sammenligning er tydelige<sup>35</sup>:

Mål / metode	Mediation	Retssag	Voldgift
Minimere omkostninger	3	0	1
Minimere tidsforbrug	3	0	1
Offentlighed	0	3	1
Bevare forhold	3	0	1
Neutral vurdering	0	3	3
Præcedens	0	3	2

Anmærkning: 0: Usandsynligt, at metoden tilfredsstillende målet, 1: Metoden tilfredsstillende målet i nogen grad, 2: Metoden tilfredsstillende målet væsentligt, 3: Metoden tilfredsstillende målet meget væsentligt

<sup>33</sup> Boserup og Humle, s. 76.

<sup>34</sup> Europa Kommissionens forslag til Europa Parlamentets og Rådets direktiv ”on certain aspects of mediation in civil and commercial matters”, KOM (2004)/718, Bruxelles, den 22.10.04. Pga. Danmarks retlige forbehold vil dette direktiv ved en eventuel vedtagelse ikke være gældende i Danmark.

<sup>35</sup> Se skema i Kovach, s. 21.

Sammenligningen viser, at der er store forskelle, bl.a. er mediation ikke-offentlig, hvilket vil sige, at den i modsætning til en retssag foregår bag lukkede døre. En anden fordel er, at parternes relationer/samhandelsforhold bevares og at sagsbehandlingstiden forkortes væsentligt. Desuden er metoden økonomisk fordelagtig og parterne er i centrum. Endelig er det muligt at skræddersy en løsning til parternes problem, som ikke er bundet af juridiske påstande. Dette medfører også, at der ikke er en vinder og en taber i konflikten, da begge parter typisk har fået et eller flere af deres krav med i den endelige aftale.

De ulemper, der kan siges at være ved formen er, at parterne ikke får et bindende præjudikat og at parterne ikke får en juridisk bindende løsning på deres problem.

Der er derfor sager, der ikke bør løses ved mediation, fx hvis en af parterne nægter at deltage, hvor den ene part ikke kan varetage sine interesser og ikke er repræsenteret ved advokat. Også hvor parterne tidligere har indgået forlig og dette efterfølgende er brudt, eller hvis der er en trussel om fysisk vold, eller andre kriminelle handlinger. Endelig vil mediation være uegnet i sager, hvor det er evident, at tvangsfuldbyrdelse vil være nødvendig<sup>36</sup>.

## **2.5. Retssociologiske perspektiver på mediation**

### *2.5.1. Refleksiv ret*

Med alternative konfliktløsningsmodeller bevæger vi os væk fra en velfærdsstatslig retsform og mod refleksiv ret<sup>37</sup> med procedureorientering. I en refleksiv retsform ligger vægten ikke på mål og middel, men derimod på de processuelle elementer, og interventionen er mere "blød". Der er tale om rammelovgivning for selvregulering, en facilitativ norm. Reglerne er bredt formulerede, hvorved der er mulighed for at flere kan få indflydelse på afgørelsen af en konflikt. Der er således stadig central lovgivningsmagt, men konflikterne løses lokalt, og der fastlægges ikke præcise rettigheder og pligter for borgerne. Ratio-

---

<sup>36</sup> Kovach, s. 76.

<sup>37</sup> Teorien er udviklet af den tyske retsteoretiker Gunther Teubner. Se Born m.fl., s. 21f.

naliteten består i at udforme procedureregler der angiver, hvem der skal medvirke ved løsningen af de pågældende problemer. Grundtanken er, at man får de bedste afgørelser, når afgørelsen træffes af personer, der direkte repræsenterer de berørte interesser<sup>38</sup> - aktørmagt frem for strukturel magt.

Dette medfører dels, at afgørelserne faktisk accepteres og efterleves og dels, at de ikke opleves som en udefrakommende indgriben, som lægger beslag på det enkeltes individs livsverden<sup>39</sup>. Der ses hos Teubner en ide om styret selvforvaltning, hvilket medfører at livsverdenen kan reguleres, men kun indirekte og "blødt". Dette kan ses som en videreudvikling af Habermas'<sup>40</sup> teori, hvor grundtanken er, at der kun må ske retlig intervention i menneskets systemverden, og ingen retlig intervention i livsverdenen. Teubners teori kan dog også opfattes som en blanding af Habermas' opfattelse og almindelig styringsteori.

En anden retssociolog, der tager udgangspunkt i velfærdsstatens krisesituation er Luhmann<sup>41</sup>. Luhmann mener, at lovgivning kun skal være en kodifikation af allerede gældende regler, i form af sædvaner og præjudikater. Han ser det som essentielt, at man på visse områder har en stor forudberegnelighed, hvilket domstolene er med til at skabe. Man kan derfor sige, at Luhmann står i modsætning til Teubner, idet han mener, at rettens eneste funktion i samfundet er at sikre forudberegneligheden, og at udviklingen af retten bedst sker gennem domstolenes virksomhed. Derfor er han naturligvis en stærk modstander af, at alternativer til domstolene vinder frem, fordi et mindre sagsantal vil bevirke, at domstolene afskæres en del af deres retsskabende præjudikatsfunktion.

Det samlende element bag ideen om den refleksive ret er troen på, at selvreguleringen kan forenes med en hensyntagen til helhedens interesser. Kravene til formel retssikkerhed og lighed for loven kan

---

<sup>38</sup> Dalberg-Larsen, s. 325.

<sup>39</sup> Ifølge Habermas må samfundet ses som en *systemverden*, styret af økonomiske, tekniske og administrative hensyn og som en *livsverden* hvorigennem mennesket finder deres mening med tilværelsen, og hvorigennem samfundet opretholdes som et socialt hele. Se Dalberg-Larsen, s. 83ff.

<sup>40</sup> Dalberg-Larsen, s. 83f.

<sup>41</sup> Niklas Luhmann, "Retssystemets enhed", red. af J.C. Jacobsen, København 1995.

ikke realiseres fuldt ud under en reflektiv retsform, men ifølge Teubner kan velfærdsstatens mål for velfærd for borgerne bedre realiseres i et system med reflektiv ret.

### *2.5.2. Mediation som del af en ny retsform*

En af fordelene ved mediation er, at parterne gennem selve processen kommer af med aggressioner, frustrationer, skuffelse og sorg og herved er midlet til at parterne finder en løsning ændret, det er ikke målet, der er ændret. I mediation er det endvidere parterne selv, der finder løsningen på deres konflikt, hvorved man bevæger sig i retning af styret selvforvaltning med aktørmagt.

Indenfor de retlige rammer i en ny retsform er det muligt at løse konflikter på en sådan måde, at fornuften kan råde – man er ikke bundet af juridisk korrekte løsninger, men kan skræddersy en løsning til parternes behov. Det må dog også i denne forbindelse påpeges, at i sager, hvor parterne udelukkende har modstridende interesser, og hvor tvisten fx drejer sig om at få et så stort pengebeløb som muligt for den ene part, og hvor parterne ikke skal bevare deres relation, er det ikke muligt at anvende denne konfliktløsningsform.

Som det vil ses senere<sup>42</sup>, er mediation særlig anvendelig i visse konflikttyper, hvilket betyder, at udviklingen af reguleringen af forskellige retsområder vil være forskellig, alt efter hvilket område der reguleres. Dette bevirker, at vi i fremtiden vil se en øget selvregulering i retning af den reflektive ret, men kun på bestemte områder, og altså ikke at retten som enhed vil bevæge sig mod reflektiv ret.

### *2.5.3. Internationalisering*

Et område som mediation, der i Danmark er udviklet efter internationalt forbillede, vil heller ikke kunne undgå at blive påvirket af udviklingen i udlandet. Tendensen til internationalisering vil være særlig tydelig på et område som mediation, idet anvendelsen af metoden er langt mere udbredt i udlandet. Mediationsklausuler er almindelige i in-

---

<sup>42</sup> Se afsnit 5.2.4.



ternationale kontrakter<sup>43</sup>, og danske jurister vil derfor i internationale forhold skulle indstille sig på, at der i mange tilfælde vil være mediationsklausuler, som efter lovvalg af fx engelsk eller amerikansk ret, kan gennemtvinges hvorved danske jurister ikke kan undgå mediation<sup>44</sup>. Eksempelvis kan initiativ til mediation tages ved forslag eller kendelse fra retten i sager, hvor der ikke er dansk jurisdiktion, altså hvor en sag behandles ved en domstol i fx England eller USA<sup>45</sup>. Det er derfor essentielt i relation til internationaliseringen, at danske advokater er fortrolige med metoden, og kan bistå klienter også i en mediationsproces. Da multinationale selskaber vil spille en afgørende rolle for betingelserne for samhandel, og en stor del af disse anvender mediation<sup>46</sup>, kan sådanne forhold have en afsmittende effekt på udviklingen i Danmark.

#### *2.5.4. Rettens virkninger*

Når man skal vurdere rettens virkninger, må der skelnes mellem direkte og indirekte virkninger, samt virkninger på kort og langt sigt. Indenfor mediation er der naturligvis nogle direkte virkninger, bl.a. fald i anlagte retssager og hurtigere sagsbehandling. Men mediation har også visse indirekte virkninger. Disse er ofte vigtigere for de implicerede parter end de direkte virkninger. Der er tale om, at parterne får mulighed for at tage højde for praktiske, erhvervsbegrundede hensyn, som ikke indgår i en traditionel retssag. Desuden har parterne mulighed for forsoning, en kvalitet ved mediation, som ikke findes ved retssagsbehandling. Derved kan parterne bevare et samarbejdsforhold, som ellers ville belastes. Ser man på samfundet som hele, er der også indirekte virkninger af mediation her. I familiesager mener visse af

---

<sup>43</sup> Boserup, s. 75.

<sup>44</sup> En respondent anfører: "En stor del af de standardkontrakter, jeg er involveret i, indeholder allerede som udgangspunkt en mediationsklausul (og voldgiftsklausul, typisk med voldgift i London eller New York)."

<sup>45</sup> En af de adspurgte nævner dette som det hyppigst forekommende mediationsinitiativ.

<sup>46</sup> Boserup, s. 54, som nævner Coca Cola, IBM og Xerox. Kovach, s. 487 nævner US Postal Services, som er en af de største arbejdsgivere i USA, der selv har udviklet og implementeret et mediationsprogram.

deltagerne i Justitsministeriets forsøgsordning med retsmægling<sup>47</sup>, at den mindelige ordning vil medføre reducerede omkostninger for samfundet, i form af undgået brug af socialarbejdere, børnepsykologer og efterfølgende tvister mellem parterne.

Virkningen af mediation på kort sigt er naturligvis, at den konkrete konflikt løses, men på længere sigt fører mediation til mere holdbare løsninger, og i sidste ende til et ændret retssystem, hvor retssager fylder mindre, og hvor der i samfundet sker en ændret opfattelse af relationers betydning, hvorved man fokuserer mere på image, etik og konkurrencedygtighed end på juridiske rettigheder. Dette sker både ud fra overvejelser om forbedret samarbejde men også ud fra rene økonomiske betragtninger – nyere ledelsesmæssige teorier påpeger således, at det er for dyrt for en virksomhed, både i personlige og økonomiske omkostninger, at føre retssager i alle tvister, der opstår i virksomhedens relationer<sup>48</sup>. Det er naturligvis ikke muligt at hindre, at der opstår konflikter, men det er muligt at have en plan for, hvad der skal gøres når de opstår – ”planning for disputing”. Muligheden for at stille konfliktsystemdesigns til rådighed er også en del af ADR. Større organisationer og selskaber prøver at designe effektive måder til løsning af konflikter på forhånd<sup>49</sup>, hvorved der kan spares tid, penge og kræfter på konflikten, når den opstår. Som begrundelse for at indsætte mediationsklausuler i sine kontrakter, anføres af en af respondenterne:

”For at sikre, at mediation bliver anvendt. På konfliktrappens trin 4, hvor parterne ophører med at tale med hinanden, er konflikten blevet til en konflikt om hvordan konflikten skal løses. Derfor skal mediation aftales inden en eskalering af konflikten.”

## **2.6. Reguleringen af alternativ konfliktløsning i Danmark**

I det alternativ konfliktløsning er et relativt nyt område indenfor det danske retssystem findes der ikke lovregulering, hverken for processen, for mediators og parternes pligter eller for grundlæggende værdis-

---

<sup>47</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, s. 85.

<sup>48</sup> Sander and Bordone, s. 4.

<sup>49</sup> Kovach, s. 487.

er. Heller ikke i USA har udviklingen af ADR været præget af love, men visse standarder på området er dog sat, og med Uniform Mediation Act (UMA)<sup>50</sup> er ensartede regler for mediation stillet, og det afgørende for en ensartet udøvelse af mediation er nu hvor mange stater, der vedtager UMA.

### *2.6.1. Retsplejelovent og Advokatsamfundets Advokatetiske regler*

I Danmark findes ingen lovgivning på området, men hvis Justitsministeriets forsøgsordning med retsmægling bliver permanent, må det forventes, at der bliver foretaget en ændring af retsplejelovent, således at der bliver vedtaget bestemmelser, som mediatorer og parter kan rette sig efter.

De regler, der nu findes for mægling i Danmark er retsplejelovent § 268 stk. 1, hvorefter retten i 1. instans er forpligtet til at mægle forlig i alle borgerlige sager, medmindre det på forhånd forekommer håbløst. Ankeinstansen er ikke forpligtet til at forsøge mægling<sup>51</sup>. Derudover kan retsplejelovent § 355 om udvidet forberedende møde siges at indeholde mulighed for forlig, idet der også efter denne bestemmelse er mulighed for at dommeren fremkommer med en ”dommertilkendegivelse” om udfaldet af en eventuel retssag. Parterne retter sig ofte efter dommertilkendegivelsen og indgår forlig på grundlag af denne. Der er intet krav om, at parterne skal være til stede, hverken ved forhandling efter § 268, stk. 1 eller ved et udvidet forberedende møde efter § 355<sup>52</sup>.

Muligvis kan retsplejelovent § 345 siges at indeholde hjemmel til at udsætte en sag på afventning af mediation<sup>53</sup>. Efter denne bestemmelse kan udsættelse ske, når det findes hensigtsmæssigt.

Ud over disse regler findes der regler for advokater i retsplejelovent § 126, stk. 1, hvorefter advokaten skal udvise adfærd, der stemmer med god advokatskik. Regler herom findes bl.a. i Advokatsam-

---

<sup>50</sup> Se afsnit 3.1.

<sup>51</sup> Gomard og Møller, s. 394f.

<sup>52</sup> Gomard og Møller, s. 527ff. samt Vindeløv, s. 312f.

<sup>53</sup> Boserup, s. 60.

fundets Advokatetiske Regler, punkt 3.7.1<sup>54</sup> og 3.1.2.1. Det fremgår heraf, at en advokat har pligt til, når det er hensigtsmæssigt, at rådgive klienten om muligheden for at løse tvisten ved alternativ konfliktløsning.

#### 2.6.2. *Justitsministeriets notat om forsøgsordning med retsmægling*

Justitsministeriet har i forbindelse med forsøgsordningen afgivet et notat om forsøgsordning med retsmægling, og i dette notat er fastlagt rammerne for ordningen. Notatet og de aftaler, der indgås mellem parterne i en retsmægling udgør således grundlaget for ordningen, som falder udenfor reglerne i retsplejelovens kapitel 26 om forligsmægling. Notatet indeholder detaljerede regler om retsmæglingen, herunder om mæglerne, hvilke sager der er egnede, offentlighed, tavshedspligt, oplysning af sagen samt anvendelse af fremkomne oplysninger under en fortsættelse af retssagen. Derudover om afslutning af retsmæglingen, omkostninger, ansvarsforhold og uddannelse af retsmæglere. Den konkrete aftale, der indgås mellem parterne efter en succesfuld retsmægling, udfærdiges som en standardaftale, hvor skabelonen er lavet af Justitsministeriet<sup>55</sup>. I denne er optrykt de væsentligste oplysninger om retsmæglingen fra notatet.

#### 2.6.3. *Forslag til direktiv ”on certain aspects of mediation in civil and commercial matters”*<sup>56</sup>

Direktivet definerer begreberne mediation og mediator i art. 2 a) og b). Forslaget har til formål at sikre bedre adgang til behandling af tvister, et sundt forhold mellem mediation og civile retssager samt fremme anvendelsen af mediation.

Pga. Danmarks retlige forbehold vil dette direktiv ved en eventuel vedtagelse ikke være gældende i Danmark.

---

<sup>54</sup> Jf. CCBE's Code of Conduct af 27. november 1998, pkt. 3.7.1.

<sup>55</sup> Se Vindeløv s. 373ff.

<sup>56</sup> Europa Kommissionens forslag til Europa Parlamentets og Rådets direktiv ”on certain aspects of mediation in civil and commercial matters”, KOM (2004)/718, Bruxelles, den 22.10.04.

#### *2.6.4. Foreningen af familieretsadvokater, regelsæt om god mediatorskik*

Foreningen af familieretsadvokater har udarbejdet et regelsæt om god mediatorskik for mediation i familieforhold. Der er tale om detaljerede, kommenterede regler om bl.a. mediators kvalifikationer, upartiskhed, beslutningsprocessen, fortrolighed og tavshedspligt. Særligt vigtigt inden for denne type sager er, at der også findes en regel om behandling af ubalance i magtforholdet, således at mediator kan tage hensigtsmæssige skridt til at forsøge at forhindre at mediationsprocessen pga. ubalancen bliver urimelig eller resultatløs.

Herudover findes frivillige adfærdskodekser og regler for processen udarbejdet af forskellige foreninger, retter mv.<sup>57</sup>

### **3. Den historiske udvikling**

#### **3.1. I USA**

I USA har mediation rødder i 2 typer af tvister. Den ene som metode til at sikre retfærdighed i samfundet, hvilket både blev brugt af indianere og kolonister, begge med særligt fokus på bevarelse af freden. Fra slutningen af det 17. århundrede aftog brugen af disse konfliktløsningsmetoder og brugen af retssager vandt større indpas.

Den anden type af tvist er arbejds konflikten. Det var i den tidlige periode af USA's industrialisering afgørende, at konflikter blev afgjort hurtigt, især i tvister mellem arbejdere og ledelse, idet uløste konflikter kunne lede til strejker og lukning af industrielle virksomheder. I 1913 oprettede Kongressen the Department of Labor, og besluttede, at the secretary of Labor skulle fungere som mediator i de tvister der blev mere almindelige, idet arbejderne på dette tidspunkt organiserede sig. Behovet for mediation øgedes med udviklingen af arbejderorganisationen, og i 1947 etablerede Kongressen the Federal Mediation

---

<sup>57</sup> Se fx [www.domstol.dk](http://www.domstol.dk), [www.ffmk.dk](http://www.ffmk.dk) og [www.mediatoradvokater.dk](http://www.mediatoradvokater.dk).

on and Conciliation Service, som stadig medierer i dag, primært i arbejdskonflikter.<sup>58</sup>

Men for befolkningen generelt blev retssager den primære måde at løse tvister på, uden at der dog var bred tilfredshed med retterne. Denne utilfredshed ledte til ADR bevægelsen. USA har derfor også generelt været forgangsløst inden for ADR universet. Helt generelt kan det siges, at USA historisk har en anden tilgang til løsning af tvister, end vi har her i Danmark. Den særlige amerikanske baggrund kommer bl.a. til udtryk i en ofte citeret Lincoln udtalelse:

” Discourage litigation... Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often the real loser – in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of becoming a good person.”<sup>59</sup>

Den ADR bevægelse, der findes i dag betragtes oftest som begyndende med the Pound Conference i 1976. Men allerede inden da havde der været tiltag til mediation, bl.a. fra the American Arbitration Association. I 1971 blev der etableret et mediationsprogram for borgerlige tvister af Ohio City Prosecutor’s Office.

Men det var ved the Pound Conference, at den bevægelse der eksisterer i dag opstod. Efter konferencen blev 3 Neighborhood Justice Centers startet i Kansas City, Los Angeles og Atlanta. Sager blev henvist hertil fra lokale domstole. Mediatorerne var frivillige personer, der var oplært i mediationsprocessen og parternes tilfredshed med ordningen var høj.

Siden da har mediation bredt sig hurtigt, og de tidligere centre er nu omdøbt til Dispute Resolution Centers, af hvilke der er mindst 1 i hver stat.

Samtidig opstod ideen om ”multi-door” courthouse, og ved denne proces blev ADR knyttet tættere til domstolene. I dette koncept kan individet opnå en række services ved domstolen, ikke kun traditionel retssag. Man opdagede, at ved at henvise en sag til konfliktløsningsproces tidligt, forekom forlig hurtigere og generelt med mere tilfredse

---

<sup>58</sup> Kovach, s. 30f.

<sup>59</sup> Kovach, s. 43.

parter. I dag er ADR i mange stater en integreret del af pre-trial proceduren.<sup>60</sup>

Det var dog først i slutningen af 1980'erne, at USA med en enorm "pukkel" af retssager blev tvunget til at udforske nye måder at løse tvister på. I dag er der flere måder hvorpå en sag kan ende hos en mediator – fra parternes frivillige ønske herom over en kontraktklausul om mediation til tvungen mediation gennem henvisning fra en domstol<sup>61</sup>.

I 1997 satte the American Bar Association og the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws sig for at udforme en Uniform Mediation Act (UMA), og denne er godkendt af begge parter i 2001-02. I skrivende stund er UMA vedtaget i 2 stater, og i flere andre foreligger den til vedtagelse. Enkelte stater, heriblandt Texas, har dog modsat sig UMA, og den kan derfor ikke forventes vedtaget i samtlige stater<sup>62</sup>.

### **3.2. I Danmark**

Den historiske udvikling i Danmark begynder med Christian V's Danske Lov fra 1683. Heri findes enkelte bestemmelser, der foreskriver forligsmægling forud for sagens behandling ved dom af visse tvister, fx DL 5-2-68<sup>63</sup>. Senere vedtages Forordningen af 10. juli 1795, hvori findes en bestemmelse om at alle civile sager i almindelighed skulle gøres til genstand for tvungen mægling. Til dette formål blev der oprettet særlige forligskommissioner. I København kunne mæglingen foregå ved forligskommissionen, eller ved magistraten. Udenfor København skulle oprettes en kommission i hver købstad, og på landet skulle oprettes kommissioner inden for det enkelte len, så borgerne ikke havde længere end 4 mil til kommissionen. Ved L. 4. marts 1857 bortfaldt disse bestemmelser, og herefter skulle hver købstad og dens na-

---

<sup>60</sup> Kovach, s. 31-34.

<sup>61</sup> Kovach, s. 80ff.

<sup>62</sup> Kovach, s. 329 og 334.

<sup>63</sup> DL 5-2-68: "Tvistis der imellem Sødskinde, eller andre, at nogen er skeet forkert paa Skifte, eller i andre Maader Tvist derom indfalder, da maa den, der finder sig brøsthølden, kalde de andre til Jevnet inden Aar og Dag, om hand er i Riget og myndig, og da skulle Samfrænder see til dennem at forlige. Kunde de dem ikke foreene, da skulle Commissarier, eller gode Mænd, dennem ved dom adskille."

turlige opland udgøre en forligskreds, og landsogne, som ikke kunne henlægges til nogen købstadskreds blev forenet til egne forligskredse med forligskommissioner. Forligsmæglingen ved forligskommissionerne blev fastholdt ved Retsplejeloven, L 1916 nr. 90.

For forligskommissionerne var der mødepligt, og normalt kunne advokater ikke møde. Dommere og advokater kunne ikke fungere som forligsmænd i kommissionerne<sup>64</sup>. Ved lov nr. 220 af 7. juni 1952 ophævedes reglen om, at tvungen forligsmægling i alle borgerlige sager i 1. instans skulle ske ved forligskommissionerne. Forligskommissionerne blev nedlagt, og adgangen til at få godkendt udenretlige forlig ved retten blev afskaffet.

Den nugældende retsplejelov § 268 foreskriver, at retten skal foretage mægling i alle civile sager i 1. instans, medmindre det forekommer håbløst. Mæglingsforsøg i ankeinstansen er ikke obligatorisk<sup>65</sup>.

I forligskommissionerne prioriteredes ved udvælgelse af medlemmer lægmænd med lokalkendskab over jurister, og disses evner til at løse konflikter og parternes ret til selv at have indflydelse over deres konflikt var kendetegnende for kommissionerne<sup>66</sup>. Dette er særligt interessant, når henses til mediations berettigelse og begrundelse i dag.

Forligskommissionerne efter Forordning 1795 havde ingen dømmende myndighed, og kunne ikke ved bøde eller andet tvangsmiddel straffe parterne for deres optræden eller fremtvinge fremlæggelse af dokumenter eller lignende. Deres virksomhed gik alene ud på at forsøge at bevæge parterne til at indgå mindelige overenskomster. Mæglernes fremgangsmåde, og dermed resultatet, skulle stemme med ”redelighed” og ”deres bedste overbevisning og samvittighed”, jf. § 15. Forligets overensstemmelse med retlige normer var således af mindre betydning<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Boserup, s. 56ff.

<sup>65</sup> Gomard og Møller, s. 394f.

<sup>66</sup> Vindeløv, s. 6.

<sup>67</sup> Vindeløv, s. 12



Møderne i forligskommissionerne blev holdt for lukkede døre, så borgerne kunne føle sig trygge, og deltage i forhandlingerne ”fريمodigt og åbenhjertigt”. Ligeledes kunne mæglerne, hvis det fandtes nødvendigt, forhandle særskilt med parterne<sup>68</sup>. Også på disse punkter ligner processen altså den, som i dag anvendes i mediation.

Efter afskaffelsen af forligskommissionerne i 1952 har al mægling fundet sted ved domstolene, og forligsmæglerne har her en juridisk embedseksamen. Et forlig har karakter af et retsforlig.

Først i de senere år har der i Danmark igen været en spirende interesse for mægling. Denne har i retssystemets regi især vist sig i oprettelsen af konfliktråd, hvori mægling skulle ske mellem offer og gerningsmand i straffesager og i forsøgsprojektet fra Københavns Statsamt 1998 om konfliktmægling i ægteskabsager. I 2002 indgik Foreningen af Familieretsadvokater en aftale med Københavns Byret om henvisning til mægling i ægteskabs- og bodelingssager.

Endelig er der i Danmark indført en forsøgsordning med retsmægling i 2003, som i december 2004 er forlænget. Forsøgsordningen giver mulighed for at få en sag behandlet ved alternativ konfliktløsning, når en sag er anlagt og retsafgiften betalt. Derudover er det en betingelse, at retten finder, at sagen egner sig til mægling, og at parterne selv ønsker at deltage i mægling. Ved forsøgsordningen fungerer dommere og advokater som mæglere.

Det kan derfor siges, at udviklingen i alternativ konfliktløsning er gået den forkerte vej i Danmark siden afskaffelsen af forligskommissionerne i 1952, men at der nu igen er øget fokus på mulighederne.

### **3.3. Sammenligning af udviklingen i USA og Danmark**

Spørgsmålet er herefter, om den *udvikling*, der har fundet sted i USA kan forventes at ske på identisk måde i Danmark. Som det fremgår af den historiske gennemgang, har USA og Danmark vidt forskellige forudsætninger for og grunde til at begynde at løse konflikter ved mediation. I USA har mediation bl.a. rødder i arbejderbevægelsen, hvor

---

<sup>68</sup> Vindeløv, s. 13.

vi i Danmark har haft et helt andet system for arbejdskonflikter, hvor udviklingen siden Septemberforliget i 1899 har bevæget sig i retning af obligatorisk konfliktløsning ved særlige konfliktløsningsorganer, som Den faste Voldgiftsret, nu Arbejdsretten og faglig voldgift<sup>69</sup>.

### 3.3.1. Antallet af sager

Derudover har det særlige amerikanske retssystem uden tvivl været en stor del af grunden til den nærmest eksplosive udvikling i anvendelsen af mediation i USA. En del af grunden skal nok søges i at sagsomkostninger i USA ikke pålægges den tabende part, men hver part bærer sine sagsomkostninger. Dette begrundes med, at man hvis man pålagde den tabende part sagsomkostninger, ville dette afholde mange fra at anlægge velbegrundede sager. En ulempe ved dette system er, som det er set i de senere år, at der ofte anlægges sag om ganske små beløb, om underlige krav, om mildt sagt hvad som helst. Dette har medført en enorm ”pukkel” af sager i det amerikanske retssystem, og disse har igen for størstedelen af sagerne vist sig at være velegnede til mediation.

I retsplejeloven § 312, stk. 1 findes hjemmel til at pålægge den tabende part at bære modpartens sagsomkostninger<sup>70</sup>. Dette kan begrundes med, at man vil hindre grundløse søgsmål, og teorien er, at er sagsøger tilstrækkelig sikker i sin sag, vil denne ikke tøve med at anlægge sag på grund af risikoen for at skulle bære modpartens omkostninger.

Jeg vurderer derfor, at der vil være knap så stort et behov for mediation i Danmark som i USA, da antallet af sager i sig selv vil medføre en begrænsning i anvendelsen af mediation. Altså er der ikke i Danmark den enorme mængde af ”small claims” sager, som i USA overgår til mediation for at lette domstolene, og derfor ikke helt det samme behov. Derimod vil der i andre sagstyper være et behov svarende til det der ses i USA. Det gælder den kategori, hvor parterne ønsker de fordele, mediationen tilbyder. Det kan fx være i en sag mellem

---

<sup>69</sup> Kristensen, s. 10.

<sup>70</sup> Gomard, s. 584.

2 virksomheder, der ikke ønsker offentlighedens kendskab til tvisten, eller hvor 2 parter ønsker at bevare et samhandelsforhold, og derfor ikke er interesserede i den meget vinder-taber prægede situation, der opstår ved en domstolsbehandling. Endelig kan der være tale om 2 parter der simpelthen ønsker at spare tid og penge. Der vil således være talrige sager, hvor mediation vil være en oplagt og fordelagtig mulighed for parterne, og der kan derfor forventes en stigning i sager, der forsøges forligt ved mediation.

### 3.3.2. *Institutionalisering*

En anden forskel i udviklingen mellem USA og Danmark er at mediation i USA i høj grad er institutionaliseret. Det er altså ikke kun ved domstolene, hvor parterne henvises til mediation, at metoden er meget udbredt. Der er foreninger for flere erhvervsområder, som størstedelen af virksomheder inden for branchen er medlem af. Medlemskab af disse foreninger fungerer som et kvalitetsstempel i den forstand, at man binder sig til at overholde visse standarder og give visse garantier. Dette gælder både i forholdet til forbrugere og eventuelle samarbejdspartnere. Foreningerne tilbyder medlemmerne konfliktløsning forud for domstolsbehandling, fx mediation og voldgift. Foreningen formidler en mediator, men disse er ikke lønnede af foreningen, og der er derfor ikke et problem i relation til mediators neutralitet<sup>71</sup>.

En sådan udvikling ville være interessant i Danmark, idet institutionalisering ville bidrage til udbredelsen af mediation som konfliktløsningsmetode. Der vil endvidere være andre fordele ved at have et alternativ til mediation ved domstolene. I evalueringsrapporten<sup>72</sup> diskuteres det, hvorvidt mediation i rettens lokaler er problematisk. Der er ikke mange af deltagerne der er af denne opfattelse, men mediation i retsbygninger vil naturligt signalere et tilhørsforhold til domstolene, og på den måde eventuelt påvirke parternes indstilling til sagens løs-

---

<sup>71</sup> Et eksempel på en sådan brancheforening er Better Business Bureau, se [www.bbb.com](http://www.bbb.com). Foreningen garanterer mediation med en neutral mediator i fx sager mellem køber (forbruger) og en bygherre i forbindelse med mangler ved et typehus. BBB Board of Directors tæller bl.a. repræsentanter fra Coca Cola, General Motors, Kraft Foods, IBM, Sony og VISA.

<sup>72</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 12.6.

ning – det ses bl.a. også ved, at flere parter foretrækker en retsmægler, der er dommer – et udtryk for, at man ikke bevæger sig væk fra den neutrale rolle som løsningsstiller/evaluator af sagen. Foregik mediation i en særlig institution, ville parterne, også mentalt, kunne frigøre sig fra indstillingen om en retlig løsning af deres tvist.

En sådan institutionalisering er ikke ukendt i Danmark, fx er Arbejdsretten enekompetent i sager om brud på overenskomster, samt sager om fortolkning af og brud på hovedaftaler, jf. arbejdsretslovens § 9, stk. 1.

## **4. Kort sammenligning af processen i amerikansk og dansk mediation**

### **4.1. Processen i USA**

I USA ser man i uddannelsesøjemed mediationsprocessen som havende 9 faser, som alle bør være til stede i enhver mediation. Derudover er der 4 yderligere led, som indgår, men som ofte betragtes som frivillige. Selv om faserne er vigtige, ses det ofte at en fase er inkorporeret i en anden fase, og at de således nærmest flyder sammen. Der er altså tale om en fleksibel proces, og modellen er, som den danske, ikke obligatorisk, men netop kun en *model* for processen.

Den amerikanske procesmodels faser<sup>73</sup>:

1. Preliminary Arrangements
2. Mediator's Introduction
3. Opening Statements by Parties  
(Ventilation)
4. Information Gathering
5. Issue & Interest Identification  
(Agenda Setting)  
(Caucus)
6. Option Generation  
(Reality Testing)
7. Bargaining and Negotiation

---

<sup>73</sup> Kovach, s. 35.

8. Agreement
9. Closure

Der findes naturligvis forskellige programmer med varierende antal faser, fx har Ohio Night Prosecutor Program, som var et af de første i mediationsbevægelsen, et 7 fasesprogram.

Jeg vil her alene give en kort introduktion til de enkelte faser.

**Ad 1. Preliminary Arrangements** er de indledende forberedelser, og inkluderer alt, hvad der foregår inden selve mediationen begynder. Det gælder planlægning af tidspunktet for mediationen, hvilken form for mediation, der er tale om samt hvor mediationen skal foregå. Det sidste er vigtigt, idet det er af stor betydning, at mediationen foregår et neutralt sted. Det er også passende i denne fase at arrangere møbler for mediationen, idet dette kan medvirke til at parterne indstiller sig på forlig, ved fx at bruge et rundt bord, og ved ikke at sætte parterne med deres respektive advokater direkte overfor hinanden, fordi det giver indtryk af fjendskab/strid. I denne fase bør også mediators salær fastsættes.

**Ad 2. Mediator's Introduction** er en gennemgang af målet for mediationen, de grundlæggende regler, og almindelige oplysninger om pauser mv. Her gennemgår mediator kort processen, fortroligheden, neutraliteten. Det er vigtigt, at parterne forstår, at mediator ikke kan træffe afgørelse i sagen, ikke kan tvinge parterne til at indgå forlig og at alt hvad der bliver oplyst under mediationen er fortroligt, både internt og eksternt.

**Ad 3. Opening Statements by Parties** indeholder parternes egen udlægning af sagen, og evt. efterfølgende advokatens syn herpå. Det er vigtigt ikke at afbryde, da det er muligt, at parterne allerede i denne fase "ventilerer". Hvis der er tale om en kompleks sag, eller flere parter deltager i mediationen, kan det dog være nødvendigt at tidsbegrænse parternes indlæg.

**Ventilation** er parternes mulighed for at vise deres følelser, få afløb for vrede, skuffelse og frustrationer. "Venting" eller ventilering kan både forekomme under Opening Statements og ved Information Gathering. Dette er en meget vigtig proces, idet konflikten ofte ikke

kan løses, hvis parterne ikke får mulighed for at udtrykke deres følelser om konflikten.

**Ad 4. Information Gathering** er nødvendig i de fleste sager, og finder sted hvor mediator ikke har fået et klart overblik over hvad konflikten drejer sig om gennem parternes Opening Statements. Mediator bør gennem bestemte spørgeteknikker søge afklaret, hvad konflikten drejer sig om, herunder stille spørgsmål, hvor svarmulighederne ikke er begrænset (open-ended questions), frem for fx ledende spørgsmål.

**Ad 5. Issue & Interest Identification** består i, at mediator, når han mener sagen er tilstrækkeligt oplyst, forsøger at identificere præcis hvilke emner, parterne er uenige om. Herunder skal han forsøge at identificere parternes underliggende/skjulte interesser<sup>74</sup>. Denne fase er meget vigtig i forhold til den senere forhandling, idet man så ved forhandlingen kan koncentrere sig om de emner, der er parternes virkelige stridspunkter, hvilket vil medføre en forkortelse af forhandlingen.

**Agenda Setting** er en fase, der er mest anvendelig i mere komplekse sager. Det er her mediators opgave at konstatere i hvilken rækkefølge de forskellige emner skal behandles, og der er flere strategier, mediator kan bruge til at bestemme, hvilket problem, der skal behandles først. Mediator kan fx vælge at begynde med det største problem, fordi en eventuel løsning på resten af sagen afhænger af løsningen af dette problem. Modsat kan han vælge at lægge ud med nogle mindre problemstillinger, og forsøge at lade parterne finde en løsning på disse, for at lade parterne nærme sig hinanden og etablere en god forhandlingsstemning.

**Caucus** forekommer oftest under Issue & Interest Identification og Option Generation. Caucus er en fase, hvor mediator mødes separat med parterne, hvor dette skønnes nødvendigt. I Caucus kan hver part give mediator fortrolige oplysninger, som mediator ikke må videregive til den anden part. Mediator har endvidere mulighed for i enrum at foretage Reality Testing af partens ønsker og krav.

---

<sup>74</sup> Se Fisher, Ury & Patton, Getting to Yes, USA 1991.

**Ad 6. Option Generation** er når problemerne i sagen er identificeret, at få parterne til at generere ideer til løsning af konflikten. Her skal mediatoren forsøge at hjælpe parterne til at bevæge sig væk fra deres oprindelige positioner, og finde alternative løsningsmodeller.

**Reality Testing** er som omtalt tidligere mediators mulighed for at kommunikere til den enkelte part, at der kan være alternativer til denne parts opfattelse af sagen. Det er her en mulighed for mediatoren at kræve partens genovervejelse af sit Best Alternative to a Negotiated Agreement (BATNA). Herudover kan mediator for at generere bevægelse, lægge yderligere vægt på risici ved ikke at forlige sagen ved at bede parten overveje sit Worst Alternative to a Negotiated Agreement (WATNA)<sup>75</sup>. Denne måde hvorpå parternes fokus flyttes til de mulige udfald af sagen, som ikke er i deres interesse, kan medvirke til at parterne genererer løsninger, som hidtil ikke har været acceptable for dem.

**Ad 7. Bargaining and Negotiation.** Forhandlingssituationen, hvor mediator assisterer parterne i deres forhandlinger. Det er vigtigt, at hver part bevæger sig i stedet for at stå fast på sin position. Mediator skal forsøge at få parterne indenfor rækkevidde af hinanden. Mediator skal endvidere sikre, at forslaget kan fuldbyrdes, og at en dommer vil acceptere det.

**Ad 8. Agreement.** Når parterne til enighed, skal der udfærdiges en aftale. Mediatoren er ikke koncipist, men kan eventuelt nedskrive aftalen. Det er således parterne selv, der skal afgøre, hvad der skal med i aftalen, og hvordan det skal formuleres. Efterfølgende tvister om forståelsen af aftalen er ikke dækket af Rule 11<sup>76</sup>, så det er vigtigt med en voldgiftsklausul om forståelsen af ordlyden af den allerede indgåede aftale. Klausulen kan indeholde et krav om at parterne først skal gå tilbage til mediatoren for at forsøge at finde frem til den oprindelige mening med det sproglige indhold. Hvis parterne ikke når til

---

<sup>75</sup> Fisher, Ury & Patton, s. 100.

<sup>76</sup> Rule 11: Texas Rules of Civil Practice 11: "Unless otherwise provided in these rules, no agreement between attorneys or parties touching any suit pending will be enforced *unless it be in writing, signed and filed with the papers as part of the record* or unless it be made in open court and entered of record.

enighed, gentager mediator hvor langt parterne er nået, og gør opmærksom på eventuelle fremskridt under processen.

**Ad 9. Closure** er den sidste fase i processen, og hver part bør ved afslutningen af mediationen forlade denne med en kopi af aftalen. Her kan parterne afslutte sagen med et håndtryk, eller andet der føles naturligt for parterne, og som illustrerer afslutningen af sagen.

#### **4.2. Processen i Danmark**

I Danmark ses mediationsprocessen i uddannelsesøjemed som havende 6 faser<sup>77</sup>. Heller ikke i Danmark er der tale om en fast struktureret proces, men om en flydende, fleksibel proces, hvor mediatoren kan bevæge sig frem og tilbage mellem de forskellige faser, men faserne er dog til stede i et vist omfang.

Den danske procesmodels faser:

1. Åbning
2. Parternes redegørelse og dialog
3. Problemfelter præciseres
4. Løsningsmuligheder frembringes
5. Aftalen forhandles
6. Aftalen checkes og godkendes

Undersøger man de enkelte faser viser det sig, at der er tale om et indhold, der er stort set identisk med de amerikanske, på trods af, at der i den danske model er sket en vis afkorting. Dette har dog ingen betydning for selve processen, idet der blot er tale om en sammenlægning af nogle af faserne. Eksempelvis har den danske model ikke en fase svarende til Preliminary Arrangements, men dette er blot ikke en selvstændig fase i Danmark, men derimod forudsat at ske inden mediationen.

---

<sup>77</sup> Vindeløv, s. 100. Vindeløvs procesmodel er valgt, fordi jeg mener, den er mest gennemarbejdet, og tydeligst viser de forskellige faser i mediationen. Også andre danske teoretikere har udviklet en lignende trinmodel, se bl.a. Monberg, s. 101-109 hvor der opstilles en femtrinsmodel og Boserup og Humle, s. 5. I retsmæglingsforsøget anvendes en kombination af Vindeløvs og Boserup og Humles, se Roepstorff & Kyvsgaard note 3.



Tilsvarende kan det siges, at faserne Information Gathering og Issue & Interest Identification blot er sammenlagt i fasen Problemfeltet præciseres i den danske model.

Da dansk mediation i vidt omfang er inspireret af amerikansk mediation, er dette da heller ikke overraskende. Det kan således konstateres, at forfatterne disponerer forskelligt, men reelt er indholdet i mediationsprocessen ens.

## **5. Danske mediatoruddannede advokaters anvendelse af mediation<sup>78</sup> empirisk belyst**

Det store spørgsmål for den danske advokatstand er, om det er nødvendigt at lade mediation blive en del af deres praksis. Om det er realistisk at mediation bliver udbredt til en større del af erhvervslivet, og hos virksomhederne bliver et seriøst og ønsket alternativ til en retssag. Hvis dette er tilfældet, vil advokatbranchen kunne øge sit forretningsområde ved at tilbyde mediation – spørgsmålet er, hvem der får den store bid af den udvidede kage – advokater eller en anden profession?

### **5.1. Jurister som fagprofessionelle**

Jurister er en særlig gruppe af erhvervsudøvere med en lang videregående uddannelse, der har monopol bl.a. på visse former for juridisk rådgivning<sup>79</sup> og bistand i forbindelse med retssager samt på at være dommer, og med en høj grad af intern kontrol med overholdelsen af fagetiske normer<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Advokatsamfundet gennemførte deres første mediatoruddannelse i 2002.

<sup>79</sup> Justitsministeriet har nedsat et udvalg, der skal afgive betænkning om reglerne om advokaters møderetsmonopol i civile sager, dvs. eneretten til at repræsentere andre i retssager, jf. retsplejeloven § 131. Udvalget har færdiggjort sit arbejde, og betænkningen forventes sendt i høring primo september 2006. Udvalgets drøftelser omfatter en ophævelse af møderetsmonopolet i alle ikke-tvistige sager samt eventuelt sager omfattet af småsags-processen, jfr. advokat Jesper Hedegaard, medlem af udvalget.

<sup>80</sup> Dalberg-Larsen, s. 97.

Hvis mediation skal blive en del af de faste ydelser, advokater yder, kræver det en ændring af kultur og tankegang. Desuden er det nødvendigt, at kendskabet til metoden udbredes blandt danske advokater, hvilket også er et erklæret formål for foreningen Mediatoradvokater.

Advokater må gøre sig bevidste om, at mediation kan være den bedste måde at løse konflikten på for parterne i mange situationer. Det følger allerede af Advokatsamfundets Advokatetiske regler, at advokaten altid skal tilstræbe den billigst mulige løsning af klientens problem og, når det er hensigtsmæssigt, rådgive klienten om nytten ved forsøg på at opnå forlig og/eller muligheden for alternativ konfliktløsning<sup>81</sup>. Ifølge besvarelserne på spørgeskemaet rådgiver respondenterne herom. 44 % gør det altid, 44 % ofte, og 12 % ind i mellem. Der er altså blandt de mediatoruddannede advokater fokus på at rådgive klienten om alternativ konfliktløsning.

Advokatens rådgivning om mediation er en central faktor for udbredelsen, idet parterne oftest vælger at følge advokatens råd<sup>82</sup>.

For at udbredelse af mediation skal kunne lade sig gøre, skal selve procesformen og tanken om parternes meget aktive deltagelse i forligsprocessen vinde indpas hos alle der medvirker i mediationen, ikke mindst blandt advokaterne. Advokater er vant til at have kontrol, fx når de procederer i retten, og mediationsformen kan derfor for dem virke næsten skræmmende, idet der her ikke er kontrol, men frit løb for følelser og holdninger og fordi advokatens rolle mindskes, da det er parterne selv, der ”ejer” konflikten og dermed også løsningen. Advokatens gerning går fra at være en kontrollerende praksis til en klient-centreret praksis, med fokus på hvilken konfliktløsningsmetode, der bedst tjener klientens interesser<sup>83</sup>.

Advokatens rolle er altså en anden – som mediator skal advokaten frem for alt lytte til parterne, og forsøge at afkode, hvilke interesser og behov de har, i stedet for at tale og fremføre egne synspunkter.

---

<sup>81</sup> Advokatsamfundets Advokatetiske regler 3.7.1.

<sup>82</sup> Se figur 2 s. 29 i Roepstorff & Kyvsgaard. Heraf fremgår, at for flertallet af sagsøgere/sagsøgte er advokatens anbefaling en væsentlig motiverende faktor.

<sup>83</sup> Vindeløv, s. 219f.

Derudover er det naturligvis uvant for advokater, at juraen fylder så lidt, og at parterne kan nå frem til en løsning, som ikke er juridisk korrekt.

En af årsagerne til, at jurister forfalder til evaluerende mediation<sup>84</sup> er, at de tror parterne forventer, eller at retfærdighed kræver, at man når frem til et resultat, der er tæt på det resultat, der ville nås hvis en dom blev afsagt. Det er derfor vigtigt for at overvinde denne hindring, at både parter og advokater informeres grundigt om mediationsprocessens indhold, så alle forestillinger om retssagselementer lægges væk.

## **5.2. Præsentation af datagrundlag**

### *5.2.1. Indledning*

For at opnå viden om forskellige aspekter af danske advokaters anvendelse af mediation, har jeg udarbejdet et spørgeskema, som er udsendt til 127 advokater, som er uddannede i mediation<sup>85</sup>. Da det netop er en analyse af, i hvilket omfang mediation anvendes i praksis, der er målet for min undersøgelse, henvender spørgeskemaet sig udelukkende til advokater, der har gennemgået uddannelse i mediation, hvorfor det må forventes, at disse har en interesse for metoden, anvender den i praksis og er positive overfor de resultater, der kan opnås ved anvendelsen. Det må forventes, at en undersøgelse, der omfatter advokater, der ikke er uddannede, og som derfor ikke har det samme kendskab til metoden, ville resultere i et anderledes resultat. Det har dog ikke været muligt for mig at lave så bred en undersøgelse indenfor den begrænsning specialeskrivning sætter, og mit mål med undersøgelsen er da også et ønske om at opnå specifik viden om opfattelsen og praktiseringen af mediation hos de advokater, der er uddannede heri. Det må endvidere forventes, at de advokater, der har taget sig tid og haft lyst til at besvare skemaet er særligt interesserede i metoden, og derfor vil stille sig positivt hertil. Dette afspejles i besvarelsen af spørgsmål 15

---

<sup>84</sup> Se afsnit 5.5.5.

<sup>85</sup> De advokater, jeg har fundet frem til, er via [www.mediatoradvokater.dk](http://www.mediatoradvokater.dk), Foreningen af Mediatoradvokater og [www.ffmk.dk](http://www.ffmk.dk), Foreningen for Mediation/Konfliktmægling.

om opfattelse af mediationsprocessen: 85 % finder den meget tilfredsstillende, 15 % tilfredsstillende, og ingen finder metoden nogenlunde eller ikke tilfredsstillende<sup>86</sup>.

### 5.2.2. Undersøgelsens kvalitet

Af de advokater, jeg har sendt spørgeskemaet til, har 33 returneret spørgeskemaet, hvilket giver en frafaldsprocent på 74. Besvarelsesprocenten er dermed 26, hvilket ikke er imponerende, men dog må betegnes som normalt ved kvantitative analyser<sup>87</sup>. Antallet er tilstrækkeligt til at der kan udledes visse generelle tendenser i undersøgelsen.

For så vidt angår undersøgelsens *reliabilitet* (pålidelighed/troværdighed), har jeg inden udsendelsen testet skemaet hos 3 erfarne mediatorer<sup>88</sup>, bedt dem gennemgå skemaet, og efterfølgende korrigeret spørgsmål, hvor deres praktiske vinkel gav anledning hertil. Endelig har jeg sammen med min vejleder<sup>89</sup> gennemgået skemaet for eventuelle forståelsesfejl. Sammenholdt med de besvarelser, jeg har modtaget, hvor respondenternes kommentarer tyder på, at de har forstået spørgsmålene, mener jeg at undersøgelsens reliabilitet er acceptabel.

Hvad angår *validitet* (gyldighed), er det afgørende, om jeg har stillet de relevante spørgsmål, for at få den viden, jeg ønsker om advokaters oplevelse af mediation. Igen har jeg drøftet antallet af spørgsmål, disses indhold, sammenhæng og rækkefølge med de ovennævnte 4 personer. Også denne gennemgang har givet anledning til rettelser, således at det endelige spørgeskema fremstår som en helhed, hvor de for min undersøgelse relevante problemstillinger kommer frem. Spørgeskemametoden må siges at være den bedste metode til at undersøge danske mediatoruddannede advokaters anvendelse af og indstilling til mediation, idet jeg på denne måde får det bredeste grundlag for analysen, og en stor spredning på svarene.

---

<sup>86</sup> Se Bilag 2.

<sup>87</sup> Rasmussen og Østergaard, afsnit 5.6.

<sup>88</sup> Pia Deleuran og Anne Buhl, som begge er bestyrelsesmedlemmer i Foreningen af Mediatoradvokater, samt Tina Monberg, indehaver af Mediationcenter A/S.

<sup>89</sup> Professor, dr. jur. Jørgen Dalberg-Larsen.

Herefter må *kvaliteten* af min undersøgelse konkluderes at være acceptabel, idet reliabilitet og validitet opfylder kravene til den type undersøgelse jeg har anvendt.

### 5.2.3. *Analyse af datagrundlag*

Jeg har udvalgt temaer i undersøgelsen, som jeg finder af særlig interesse, og lavet krydstabeller i visse af spørgsmålene:

- Sammenligning af advokaternes vurdering af anvendelsesområdet for mediation, potentielt og faktisk
- Undersøgelse af, om praktisk erfaring har indflydelse på mediators opfattelse af processen
- Muligheden for at kombinere mediation med voldgift
- Spørgsmålet, om mediator bør være specialiseret
- Indstillingen blandt de adspurgte til, om mediator bør stille løsningsforslag og et eventuelt juridisk indhold af sådanne
- Indstillingen blandt de adspurgte til mediators vurdering af en eventuel retssags udfald
- En kort gennemgang og analyse af øvrige spørgsmål fra skemaet, herunder om brugen af mediationsklausuler samt i hvilken rolle advokater deltager i mediationer

I datamaterialet er der dobbelt så mange mediatoruddannede advokater, der kan karakteriseres som nybegyndere i forhold til mere erfarne mediatorer<sup>90</sup>. For at sammenligne de to grupper i afsnit 5.5., ses på den procentuelle fordeling af svarene i hver af grupperne.

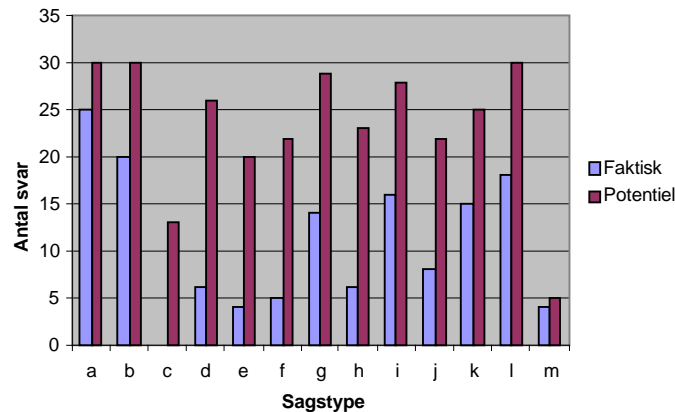
### 5.2.4. *Sammenligning af potentiel og faktisk anvendelse af mediation*

#### **Figur 1.**

---

<sup>90</sup> Om en mediator er erfaren eller nybegynder vurderes ud fra besvarelsen af spørgsmål 12. Erfarne er de, der har været mediator i 11 sager eller derover, mens nybegyndere er de, der har været mediator i 0 – 5 sager. Mellemkategorien er de, der har været mediator i 6 – 10 sager. Her analyseres alene på yderpunkterne.

Sammenligning mellem potentiel og faktisk anvendelse



Anmærkning: X-aksen repræsenterer de sagstyper, hvor mediation ifølge de adspurgte kan anvendes/faktisk anvendes: a: familiesager, b: erhvervsager, c: insolvenssager, d: sager om erstatning udenfor kontrakt, e: fusionsager, f: immaterialsager, g: sager om opløsning af partnerskaber, h: bestyrelsesager/opløsning, i: entrepriserforhold, j: sager om køb af fast ejendom, k: arbejdsretlige sager, l: sager om naboforhold, m: andet.

Som det ses, mener samtlige adspurgte, at mediation potentielt er anvendelig i næsten alle *typer* sager. Dermed er ikke sagt, at mediation er anvendelig i alle *sager*. Det er en konkret vurdering i den enkelte sag, om det vil være fordelagtigt at anvende mediation, men de adspurgte mener altså alle, at de fleste sagstyper vil være egnede til mediation. Dette fremhæves også i undervisningsøjemed, og er en klar teori blandt forskellige forfattere<sup>91</sup>. Det må forventes, at det i de tilfælde hvor mediation anvendes, bliver ud fra parternes interesser, og ikke ud fra rettighedsbetragtninger. Det vil sige en mediationsbevægelse, der er baseret på parternes interesser, ikke deres krav og rettigheder – hvor parterne ønsker mediation, fordi det er den form for konfliktløsning, der bedst tjener deres interesser.

#### A. Familiesager

Familiesager er en kategori, hvor anvendelsen af mediation i teorien er meget velegnet, og hvor den praktiske anvendelse er højst (76 %). I familieretssager er der særlige hensyn, der skal varetages. Der er tale om sager, hvor stærke følelser er indblandet og hvor parternes opgør

<sup>91</sup> Se bl.a. Kovach, s. 76, Boserup, s. 45, Vindeløv, s. 103.

ofte indeholder underliggende interesser, der ikke er juridiske. 91 % af respondenterne fremhæver, at mediation i disse sager er anvendelig. Der er mulighed for at varetage parternes behov og interesser, og ikke mindst er der mulighed for, at parternes forhold efterfølgende er forbedret eller i hvert fald ikke forværret, hvilket ofte vil være en følge af en traditionel retssag. Dette er særligt vigtigt i fx forældremyndighedssager, hvor forældrene i fremtiden skal samarbejde. Endvidere er en retssag stressende<sup>92</sup>, hvilket mediation ikke er i samme grad.

Men netop fordi der her er tale om en sagstype, hvor parternes følelser er en stor del af sagen, er det svært som advokat at mediere, fordi de psykologiske aspekter spiller en stor rolle som advokaten ikke er uddannet til at tackle. Samtidig er der tale om en sagstype hvor det er særdeles relevant at mediere, idet der i en almindelig retssag ikke er nogen vindere. Det vil derfor i disse sager være positivt med en co-mediator, dvs. at der i mediationen deltager to mediatorer – en jurist og fx en psykolog, gerne en mediator af hvert køn. Derved vil denne form for mediation dog også være økonomisk mere krævende<sup>93</sup>.

Desuden bør familieretsmediatorer være mediatorer, der har videreuddannet sig inden for dette særlige område. Således kræves det fx også i USA i mange stater at familieretsmediatorer gennemgår yderligere uddannelse, og der anvendes ofte en co-mediator<sup>94</sup>. Om mediator også bør være specialiseret, gennemgås nedenfor i afsnit 5.5.2..

Endelig vil det være en fordel for parterne i disse sager at have partsadvokater med i mediationen, idet det giver en tryghed og mulighed for rådgivning og sparring<sup>95</sup>, hvilket bevirker, at der er større mulighed for, at mediationen bliver en succes. Det er desuden vigtigt i relation til den endelige aftale, at partsadvokaterne har deltaget i mediationen, og dermed har indsigt i den proces, der har ledt parterne til resultatet. Der er ingen tvivl om, at mediation bør tilbydes i de fleste

---

<sup>92</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, tabel 26.

<sup>93</sup> Se om co-mediatorer afsnit 5.4.1.

<sup>94</sup> Kovach, s. 484ff.

<sup>95</sup> Boserup, s. 74.

familieretlige sager, fordi det i disse sager i særlig grad er væsentligt at finde en mindelig løsning.

### *B. Småtvister*

Anvendelse af mediation indenfor disse discipliner vil være fordelagtig, særlig indenfor tvister i arvesager og naboforhold. Disse konflikter er kendetegnede ved at være dårligt betalt advokatarbejde<sup>96</sup>, og samtidig sager med stor personlig betydning, hvor der er behov for, at parterne kan tale sammen fremover. Det vil derfor være bedre at løse denne type tvister ved mediation, end ved at afgøre sagen ved fx byretten. En domstolsbehandling er medvirkende til en uforsonlig tone mellem parterne, hvilket kan være særdeles uheldigt ved de nævnte typer sager. Ikke alene kan en retssag bevirke at striden eskaleres, men kan også have store menneskelige konsekvenser. Her vil mediation altså være en bedre løsning, ikke bare i den konkrete tvist, men også i forhold til parternes fremtidige forhold. Metoden er fremtidsfokuseret, og ikke som traditionel retssagsbehandling bagudrettet. Denne type sager mener 91 % af advokaterne er egnet til mediation.

### *C. Kommercielle forhold*

Kommercielle forhold kan fx være sager, hvor begge parter er virksomheder. Anvendelsen af mediation på kommercielle forhold adskiller sig fra anvendelsen i fx småtvister og familieretssager på den måde, at der ofte vil være større beløb involveret og ikke helt identiske begrundelser for anvendelse.

I kommercielle sager vil det således være af større betydning, at der er tale om en fortløbig, hurtig og økonomisk fordelagtig proces. Det er naturligvis også af betydning, at forholdet mellem fx 2 virksomheder bevares, hvis de fortsat skal samarbejde, men dette har ikke så stor vægt som fx i familieretssager.

Derimod er definitionen af, hvad processen indeholder den samme, jf. ovenfor. Denne vil være den samme som ovenfor benævnt

---

<sup>96</sup> Keld Pagh i Baden: "Mediatoren som fødselshjælper", s. 2.



som den danske procesmodel. Det er her vigtigt at mediator sikrer sig, at de parter, der medieres mellem har kompetence til at indgå en endelig aftale, så det ikke ved mediationens afslutning viser sig, at en aftale skal godkendes af bestyrelse/direktion, eller som minimum at parterne er enige om en eventuel godkendelse inden mediationen påbegyndes<sup>97</sup>.

Kommercielle forhold er et område, hvor der er meget at vinde ved mediation. Det er evident, at det ikke vil være muligt at undvære domstolene, og mange sager vil også forliges mellem parterne uden mediation. Men derudover vil der være en del sager, hvor det vil være en fordel for parterne at løse sagen ved mediation. I USA er antallet af kommercielle sager, der er løst ved mediation steget, efterhånden som forretningsverdenen har opdaget fordelene ved mediation, og mange virksomheder, små som store, kræver nu at deres advokater bruger ADR processer før de fører sagen videre ved domstolene<sup>98</sup>.

I de følgende afsnit gennemgås 4 sagstyper af kommerciel art, jeg har medtaget i spørgeskemaet.

### *Insolvenssager*

Den sagstype, der findes *mindst egnet* til mediation, både teoretisk og praktisk, er insolvenssager (c.). Dette hænger sammen med, at disse sager er kendetegnet ved, at der ikke er et større spillerum for alternative løsninger, idet parterne ofte er enige om jus og faktum og det er udelukkende et spørgsmål om, at den ene part ikke har midler til at betale den anden part. Der er heller ikke et efterfølgende samarbejde at tage hensyn til, hvorfor disse sager i praksis ikke ses medieret, og størstedelen af de adspurgte heller ikke finder, at der teoretisk set er et behov for mediation i disse sager. At der overhovedet er nogle af respondenterne, der mener, at mediation i insolvenssager er anvendelig teoretisk set, kan være begrundet i, at der i konkurssituationer ofte er følelser involveret, og den konkursramte vil have en tendens til at modarbejde kreditorer, idet han ved konkursdekretets afsigelse frata-

---

<sup>97</sup> Vindeløv, s. 106 og 185f.

<sup>98</sup> Kovach, s. 77.

ges ansvaret for sin økonomi, da ansvaret bliver overdraget til kurator. Det manglende samarbejde kan betyde, at boet realiseres til en lavere værdi end det mulige. Anvendelsen af mediation i insolvenssager kan medvirke til en mere aktiv indsats fra skyldnerens side, idet mediator vil hjælpe til at flytte fokus fra ydmygelse/resignation og til skyldnerens interesse i at aktiverne bliver solgt til det højst mulige, hvorved skyldnerens gæld i sidste ende mindskes. Endelig vil mediation være anvendelig fordi en retssag, eventuelt i flere instanser, i sig selv er omkostningskrævende, og derfor ikke i nogen af parternes interesse<sup>99</sup>. Også i USA var domstole og advokater tøvende overfor anvendelsen af mediation i insolvenssager. Denne tendens er dog ved at vende, og også i insolvenssager anvendes nu forskellige former for ADR<sup>100</sup>.

### *Entreprisesforhold*

I Danmark er entreprenørbranchen et område, hvor der må forventes en øget anvendelse af mediation. Dette har flere årsager, men en stor del kan tilskrives den velvilje der er vist fra både brancheforeninger og store virksomheder på området. Der er fx indført mulighed for Partnering som en særlig samarbejdsaftale mellem parterne.

Ifølge partneringaftalen forpligter alle sig til at samarbejde og tale om en konflikt<sup>101</sup>. Der er tale om, at man både skal være opmærksom på konflikter, så de ikke eskalerer, og at man anvender mediation som konfliktløsningsmetode, når disse konflikter skal løses. Endelig nedsættes et konfliktråd, i tilfælde af, at parterne ikke selv kan løse konflikten.

I entrepriseforhold er samarbejde mellem de forskellige entreprenører på et stort byggeprojekt essentielt, både for overholdelse af frister og for samarbejdet på byggepladsen. Der er således ingen tvivl om, at entreprenørbranchen er et område, hvor mediation er en meget

---

<sup>99</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 12.3.1.

<sup>100</sup> Kovach, s. 78. Se Mabey, Tabb og Dizengoff: "Expanding the Reach of Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: The Legal and Practical Bases for the Use of Mediation and the Other Forms of ADR", 46 South Carolina Law Review 1259, 1995.

<sup>101</sup> Se fx om partneringaftalen om ombygningen af Billund Lufthavn i Monberg, s. 145f.

velegnet konfliktløsningsmetode pga. sagernes omfang, bekostelighed og uforudsigelighed. Dette fremgår af besvarelsene på spørgeskemaet, hvor 85 % mener, at mediation er anvendelig i denne sagstype og 55 % ser mediation anvendt i praksis. Samme tendens ses i evalueringsrapporten<sup>102</sup>, hvorefter forligsprocenten i entreprisesager var 72. En måde at bidrage konstruktivt til udviklingen af anvendelsen af mediation er ved at indsætte mediationsklausuler i kontrakter, hvilket de adspurgte er opmærksomme på, idet 79 % indsætter mediationsklausuler i de kontrakter, de udfærdiger, og af disse vedrører størstedelen entrepriserforhold.

### *Sager om immaterialrettigheder*

I sager om fx krænkelse af patenter eller varemærker er det ofte essentielt at få en hurtig afgørelse, så krænkelsen kan ophøre. Desuden er reglerne indviklede, især hvis der fx ikke er tale om et registreret varemærke, og det er derfor ofte uklart, hvem der vil vinde en retssag. Parterne risikerer derfor begge at tabe en tids- og omkostningskrævende sag. I disse sager er et yderligere problem, at den erstatning, der ved dom kan tildeles den krænkede, er alt for lav og ofte ikke afspejler de omkostninger sagen påfører parten, herunder advokatsalær<sup>103</sup>. Det er dansk rets almindelige regler for erstatning, der gælder, hvorfor den krænkede kun kan tildeles det beløb, vedkommende kan antages at have haft som *tab* pga. krænkelsen. Der er altså ikke mulighed for at konfiskere den fortjeneste, krænkeren har opnået, og det kan derfor i visse sager betale sig for krænkeren at kopiere et produkt, fordi den erstatning, han kan risikere at skulle betale, kun udgør en brøkdel af den fortjeneste, han opnår ved krænkelsen. Ved mediation er der mulighed for at fokusere på begge parters interesse ved at finde en hurtig løsning, som ikke er bundet af de juridiske rettigheder – det kan fx tænkes, at ejeren af et patent er villig til at samarbejde med krænkeren om et nyt produkt, som så kan sælges som originalt, hvorved begge

---

<sup>102</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, tabel 6.

<sup>103</sup> Deichmann, s. 487.

parter bliver vindere af konflikten<sup>104</sup>. Sager om immaterialrettigheder er en sagstype, som 67 % af respondenterne finder er velegnet til mediation, men hvor den praktiske anvendelse ikke afspejler dette, idet kun 15 % ser mediation anvendt.

#### *Sager om partnerskaber/bestyrelser*

I konflikter mellem parter der arbejder tæt sammen, er det essentielt at der findes en løsning inden en konflikt eskalerer. Parterne har mange fælles interesser, og der er derfor gode muligheder for at finde en løsning ved mediation, som netop er behovs- og interessebaseret. Der er typisk i disse konflikter god mulighed for at ”gøre kagen større” så begge parter vinder. Mediation kan få parterne til at fokusere på fordelene ved samarbejdet om deres fælles interesser i stedet for et snævert fokus på detaljer og rettigheder.

Derudover kan det være en fordel at anvende mediation i tilfælde af opløsning af partnerskaber/bestyrelser. Der er her ofte følelser involveret, der kan medføre at banale detaljer stjæler fokus fra det rationelle. I mediationen får parterne flyttet fokus til deres behov og interesser, og mediator kan assistere parterne i at forstå modparten og dermed finde en løsning, som tilgodeser begge parter behov<sup>105</sup>.

#### *D. Ankesager*

I ankesager har en part allerede vundet i byretten, konflikten er eskaleret og det kunne derfor formodes at være umuligt at anvende mediation. Ifølge retsplejelovens § 268, stk. 1 er det da også kun i domssager i første instans, at retten er forpligtet til at mægle forlig, men ankeinstansen kan ifølge stk. 3 også mægle, når sagen er indbragt for højere instans. Denne opdeling illustrerer, at mægling i ankeinstansen anses for sværere end i første instans.

I Justitsministeriets forsøgsordning om retsmægling har man derimod også valgt at lade ankesager indgå<sup>106</sup>, dog efter en nøje ud-

---

<sup>104</sup> Monberg, s. 22.

<sup>105</sup> Monberg, s. 20f.

<sup>106</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 12.1.2.

vælgelse af sager, dommerne mener er egnede til retsmægling. Af evalueringsrapporten fremgår, at i disse sager er andelen der ender med aftale, stort set på niveau med de øvrige sager, nemlig 68 % i ankesager i forhold til 63 % af de øvrige sager.

Den høje forligsprocent forklares med, at parterne er nået til et punkt, hvor de gerne vil have konflikten løst hurtigst muligt, og er ikke indstillet på en lang berammelsestid i landsretten. Også omkostningerne i det videre forløb kan bidrage til incitamentet til at finde en løsning ved mediation.

### **5.3. Advokaten som mediator**

Advokaten skal, når han fungerer som mediator, sammen med parterne og eventuelt disses advokater, finde frem til de egentlige årsager til konflikten og dermed identificere parternes underliggende interesser. Mediatoren skal herefter hjælpe parterne til at forsøge at forstå modpartens synspunkter. Herefter kan mediatoren sammen med parterne forsøge at finde en løsning på konflikten, som tager hensyn til begge parters behov og interesser. Mediatoren træffer ikke afgørelse i sagen.

Mediatoren er ikke bundet af de regler der følger af retsplejelooven for forligsmægling. De teknikker, der anvendes i mediation adskiller sig væsentligt fra traditionel forligsmægling ved en domstol, idet parterne er i centrum – alt hvad de finder relevant inddrages, og processen er derfor mere flydende end den på forhånd definerede proces i en domsforhandling.

Det er derfor vigtigt at advokater, der optræder som mediatorer gør sig klart, at fokus skal være på parternes behov og interesser, og at parterne skal deltage aktivt, både i forhandling og aftaleudformning.

Den primære opgave for mediator er således at styre processen, og gennem dette at sikre, at alt relevant er kommet frem.

#### *5.3.1. Advokater eller dommere som mediatorer?*

Advokater og jurister i almindelighed har en bred basisuddannelse, der sætter dem i stand til at se flere sider af en sag og generere forskellige løsningsmuligheder. Analyse af komplicerede problemstillinger og

modstående interesser er en central del af uddannelsen. Det er ikke afgørende, hvilken juridisk baggrund, en mediator har, idet der netop indgår mange andre aspekter i mediationen end de juridiske. Der må derfor lægges større vægt på hvilken personlighed, den enkelte mediator har, og om han evner at fungere som katalysator/facilitator for parternes løsning af konflikten.

Af Justitsministeriets evalueringsrapport<sup>107</sup> fremgår, at der er bred enighed om, at advokater og dommere er lige kvalificerede til at varetage mediatorrollen. Desuden er der ikke forskel i parternes opfattelse af mæglerens indsats og kompetence, hvilket tyder på, at begge professioner er egnede som mediatorer. Den kritik, parterne har fremsat, vedrører primært indstillingen inden mediationen påbegyndtes, hvor flere ønskede en dommer som mediator. Dette kan begrundes i en forestilling om større autoritet og upartiskhed, men er altså ikke en forestilling, som parterne opretholder efter mediationen.

Andre kritikpunkter er fremsat af mæglerne selv, fx at partsadvokater eventuelt vil være tilbageholdende med at gå til en konkurrent for at få en sag medieret, og altså vil foretrække en dommer.

En kritik af dommere som mediatorer kunne være, at de vil have svært ved at lade deres dommerrolle ligge, og derfor i for høj grad vil være aktive i parternes løsning af konflikten.

Af Justitsministeriets evalueringsrapport<sup>108</sup> kan konkluderes, at der ikke er noget problem i, at mediatorer udgøres af både advokater og dommere. De to faggrupper vil tværtimod supplere hinanden godt, og det vil desuden lette udbredelsen af metoden at flere faggrupper har øget kendskab hertil.

### 5.3.2. Advokaten som co-mediator

En måde at bidrage til mediators tryghed ved sagstypen og dermed præstation i mediationen er ved anvendelse af co-mediatorer. Anvendelsen af en co-mediator er særligt relevant i sager, hvor parternes følelser spiller en stor rolle, fx familieretssager, sager om naboforhold

---

<sup>107</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 12.4.

<sup>108</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 12.4.

og arvesager. Det vil her være en hindring for mediators virke, hvis der er uafklarede følelser som blokerer for parternes vilje til at finde en løsning. Her vil en co-mediator, der er psykolog kunne bidrage med kompetencer mediator ikke besidder, og det vil ofte samtidig være gavnligt for parternes forhold.

En anden mulighed for anvendelse af co-mediatorer kan være i sager, hvor der er tale om en faktisk kompliceret konflikt, og hvor en mediator derfor holder styr på fakta, mens den anden koncentrerer sig om processen.

Derudover anvendes co-mediatorer i sager, hvor der er behov for speciel fagkundskab, som fx it-konflikter. Der hersker forskellige opfattelser af, hvorvidt dette har positiv indvirkning på konflikten.

Det ene synspunkt er, at faggrupper som kunne bistå med at afklare faktum ikke bør inddrages som co-mediator, idet det ville give processen karakter af en ”mini-trial”, og idet det ultimativt ikke er hensigten med mediationen at specificke fakta fastlægges, men at konflikten afgøres af parterne ud fra deres interesser – ikke deres rettigheder<sup>109</sup>.

Det andet synspunkt er, at mange sager vil kunne løses lettere, hvis der i mediationsprocessen inddrages en fagmand, som kan bidrage til at klarlægge væsentlige problemstillinger i konflikterne. I så fald vil banale tekniske fakta kunne afklares tidligt i forløbet, hvorefter parterne kan fokusere på den reelle problemstilling<sup>110</sup>.

Der er vigtigt ved anvendelse af co-mediatorer, at begge er mediatoruddannede, men den ene derudover har en særlig viden om det specifikke område. Flere adspurgte i undersøgelsen stiller sig da også positivt overfor anvendelse af co-mediation i forhold til specialisering<sup>111</sup>:

”Det er mediators kompetence som mediator/”intelligent leder”, der er bærende. Hvis der er situationer, hvor fagudtryk eller fagviden vurderes god for processen eller parterne ønsker dette, foreslår jeg co-mediation med to mediatorer, hvoraf den ene som advokatspeciale har det ønskede emne.”

---

<sup>109</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 12.4.2.

<sup>110</sup> Vindeløv, s. 110.

<sup>111</sup> Se om dette i afsnit 5.5.2.

En anden svarer nej til spørgsmålet om specialisering af mediator, men anfører:

”Det kan dog være hensigtsmæssigt, hvis parterne ønsker at mediator skal have en særlig special-viden. Ofte kan det dog i sådanne situationer være fordelagtigt at anvende co-mediation således at den ene mediator er generalist og den anden specialist.”

#### **5.4. Advokaten som partsrepræsentant og bisidder**

Ud over advokatens rolle som mediator kan advokaten også deltage i mediation som bisidder for en klient<sup>112</sup>. I USA fokuseres der i visse stater på, at denne form for ”legalisering” af processen er en uønsket udvikling, som er hæmmende for parternes mulighed for at indgå forlig<sup>113</sup>. Derudover mener man, at det er nedbrydende for det oprindelige formål med mediation – nemlig at frigøre parterne for juridiske positioner, og sætte dem i stand til at finde netop den løsning, som for dem repræsenterer det mest fornuftige og rimelige.

I Danmark er der enighed i teorien<sup>114</sup> om, at det er en rimelig løsning, at parterne møder med en bisidder, der er advokat. Både for at udligne eventuelle magtubalancer, men også for at parterne generelt føler sig trygge ved mediationen, og ikke senere føler, at de er blevet presset til et forlig, de egentlig ikke ønskede<sup>115</sup>. Derudover kan det at hver part møder med en bisidder, virke som katalysator for forhandlingen, fordi parterne undervejs kan stille advokaten spørgsmål, og derved ikke afbryder mediationen, enten indtil et forhold er opklaret eller ved en fuldstændig afslutning. Dernæst må det fastslås, at det naturligtvis er partens afgørelse, om advokatbistand ønskes, og at det eventuelt kan aftales, at parten kan komme i telefonisk kontakt med advokaten, hvis det skulle vise sig nødvendigt.

---

<sup>112</sup> Vindeløv, s. 219f., Boserup, s. 73f.

<sup>113</sup> Fx California Family Code § 3182 a): “The mediator has the authority to exclude counsel from participation in the mediation proceedings pursuant to this chapter if, in the mediator’s discretion, exclusion of counsel is necessary”.

<sup>114</sup> Se fx Vindeløv, s. 219f., Boserup, s. 73f. Se også Vindeløv, s. 318 om partsrepræsentanten i retsmæglingen.

<sup>115</sup> En amerikansk undersøgelse viser da også, at i tilfælde, hvor parterne berettede om grundig forberedelse af mediationen fra deres advokater, følte de mindre pres for forlig af sagen fra mediator, og opfattede sagen som mere retfærdig. Kovach, s. 151.



Denne opfattelse støttes også af evalueringsrapporten over Justitsministeriets forsøg med retsmægling<sup>116</sup>. Flere af retsmæglerne giver her udtryk for at de, inden retsmæglingsforsøget gik i gang var noget betænkelige ved, at der kunne deltage advokater ved mæglingerne. Næsten uden undtagelse er retsmæglerne i dag imidlertid meget begejstrede for den rolle, som partsadvokaterne spiller, fx med at rådgive klienten.

Ønsker parten at have en advokat med som bisidder, er det vigtigt, at både advokat og part gør sig klart, præcis hvilken rolle, advokaten indtager. Det er parten selv, der fremlægger sagens problemer og fører ordet i forhandlinger herom. Advokatens rolle er at være grundigt bekendt med sagen, og hjælpe parten med oplysninger og spørgsmål, både inden og under mediationen. Derudover har advokaten stor betydning under de separate møder (caucus), idet der her i enrum med mediator er mulighed for fortroligt at diskutere sagen. Advokaten skal her rådgive og hjælpe klienten med at finde sine interesser og behov og dermed løsningsmuligheder, der varetager disse. Advokaten har her også den vigtige funktion at hjælpe sin klient med at forstå konsekvensen af, at der ikke bliver indgået en aftale. Endelig er spiller advokaten en central rolle ved indgåelsen og udfærdigelsen af en eventuel aftale<sup>117</sup>. Dog er der risiko for modstridende interesser mellem part og advokat, fx advokatens økonomiske interesse i en rets-sag<sup>118</sup>. Dette er forhold mediator må være opmærksom på, og eventuelt drøfte i et separat møde med parten og dennes advokat.

Som det ses af nedenstående tabel, har langt størstedelen af respondenterne deltaget i mediation som mediator. De fleste (52 %) har deltaget som mediator 0-5 gange, men der er dog også en del der har deltaget som mediator 6-10 gange (18 %), samt 16 gange eller derover (24 %). Der er derimod ikke mange (6 %), der har deltaget 11-15 gange. Fordelingen kan forklares med, at et flertal af de mediatorer, der har fungeret som mediator mere end 16 gange, er mediatorer tilknyttet

---

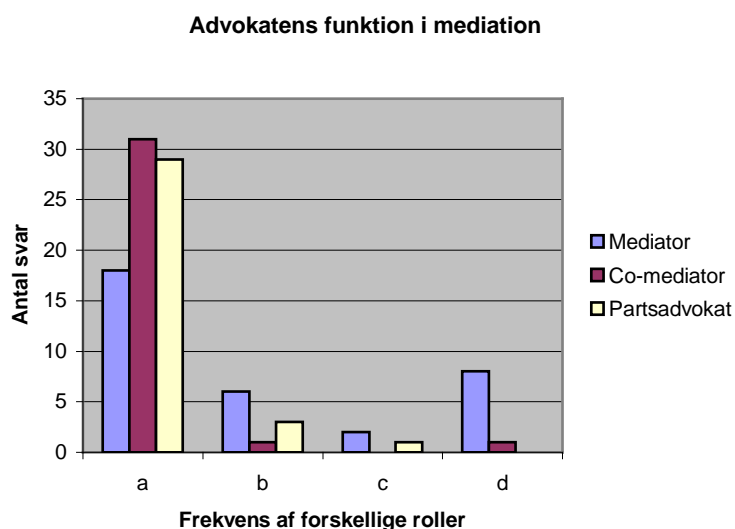
<sup>116</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 6.6.

<sup>117</sup> Boserup og Humle, s. 74

<sup>118</sup> Vindeløv, s. 222 samt Kovach, s 165.

Justitsministeriets retsmæglingsordning. Disse vil derfor naturligt have større praktisk erfaring, og ser man bort fra disses besvarelser, vil resultatet blive en endnu mere skæv fordeling, med klart flest deltagere, der har medieret 0-5 gange. Hvis man ser på antallet af deltagere, der har fungeret som co-mediator eller partsadvokat, fremgår det tydeligt, at kun meget få har haft denne rolle i en mediation.

**Figur 2.**



Anmærkning: X-aksen repræsenterer antallet af gange, de adspurgte advokater har deltaget i de forskellige roller: a: 0-5, b: 6-10, c: 11-15 og d: 16 eller derover.

Det er en styrke, at advokaten kan danne sig et mere realistisk billede af, hvordan en eventuel retssag kunne falde ud, og derfor er mere forligsorienteret end parten selv. Parten kan nemlig have for høje forventninger til, hvordan en retssag vil falde ud, og det er her advokatens opgave at realitetsteste forslag, og rådgive parten om juridiske spørgsmål<sup>119</sup> – funktioner som mediator ikke kan varetage uden at kompromittere sin neutralitet, men som er vigtige for at parten føler sig sikker og dermed indstillet på at forhandle.

Det må i forbindelse med advokatens deltagelse i mediationen erindres, at det er vigtigt for muligheden for at nå forlig mellem parterne, at advokaten er positiv overfor metoden, og derfor arbejder kon-

<sup>119</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 6.6.

struktivt og fremadrettet. Advokaten må også indstille sig på at der i et forlig efter mediation kan indgå ikke-juridiske dele, som fx undskyldninger og hensigtserklæringer.

#### *5.4.1. Ubalance i advokatrepræsentationen*

Der er som nævnt ikke noget krav om, at parterne skal være repræsenteret af advokat, men parterne har altid ret til at tage en bisidder med til mediationen. Derved opstår en ubalance i advokatrepræsentationen i mediationer, hvor kun den ene part har sin advokat med som bisidder/repræsentant. Den, der møder uden advokat, skal således fysisk sidde overfor to personer, og skal sidde alene under et eventuelt separatmøde (caucus). Men parten har heller ikke undervejs den samme mulighed som modparten for at få rådgivning og sparring.

I Justitsministeriets evalueringsrapport<sup>120</sup> giver flere mæglere udtryk for at de, når der er ubalance i advokatrepræsentationen føler sig nødsaget til at støtte den part, der møder uden advokat ekstra meget, hvorved de kan komme til at bryde med mæglerrollen. Dog er der også mæglere, der mener, at selvmøderne ofte er ressourcestærke og velformulerede, og generelt er i stand til at håndtere situationen.

Særligt i aftalefasen er det en fordel at hver part er repræsenteret ved advokat. Det er når aftalen begynder at være på plads, og der skal formuleres noget på skrift<sup>121</sup>, at partsadvokaternes kvalitet virkelig kommer frem. Det kan her være en god måde, at lade partsadvokaterne skrive aftalen ned sammen, idet de kan dække områder, hvor parterne ikke har kompetence, nemlig til at formulere en aftale præcist, og så alle aspekter kommer med. Når advokaterne sammen formulerer aftalen, opstår der heller ikke uheldige situationer efterfølgende, fx hvor en advokat har formuleret aftalen og sender den til modparten til underskrift, hvorefter modparten mener at der er ændret væsentlige dele i aftalen eller at dele mangler, og derfor ikke vil godkende den.

---

<sup>120</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 12.2.2.

<sup>121</sup> Boserup, s. 74 samt Vindeløv, s. 223.

## **5.5. Analyse af indflydelsen af mediators erfaring i forskellige sammenhænge**

### *5.5.1. Mediation kombineret med voldgift (med-arb<sup>122</sup>)*

En anden måde, der vil medvirke til en udbredelse af mediation, er benyttelse af kombinerede processer, særligt ved at kombinere mediationsklausuler med voldgiftklausuler. I denne form for kombineret proces, deltager parterne først i mediation. Når man ikke ved denne proces til en aftale inden for et bestemt tidsrum, går sagen videre til voldgift<sup>123</sup>. Oprindeligt var mediator og voldgiftsdommer den samme person, men denne dobbeltrolle modtog kritik, fordi den samme person deltog i en faciliterende og dømmende funktion. Kritikken gik på, at mediator, der ved, at han eventuelt skal afgøre sagen senere ikke kan bevare sin ikke-dømmende funktion under mediationen, men vil danne sig et indtryk af, hvordan han vil afgøre sagen. Desuden er både parternes og deres advokaters præsentationer af sagen forskellige, alt efter hvilken proces man befinder sig i.

I den nyere form for med-arb forsøger parterne at mediere, og finder de ikke en løsning, overgår sagen til behandling ved voldgift, men med en anden end mediator som voldgiftsdommer. Dette medfører dog den ulempe, at processen vil indeholde mange gentagelser, og dermed være mere tidskrævende og bekostelig. I den nyeste form medvirker 2 neutrale personer ved de indledende præsentationer. Den ene fungerer derefter som mediator, mens den anden træder til som voldgiftsdommer, hvis parterne ikke finder en løsning ved mediation. I denne version vil der dog stadig være overvejelser for parter og partsadvokater over hvilken type information, der skal gives, og i hvilken udstrækning.

At kombinere processer på denne måde kan have den fordel, at parterne føler sig mere trygge ved mediationen, og er mere villig til at forsøge denne form for konfliktløsning, hvis de ved, at der er mulig-

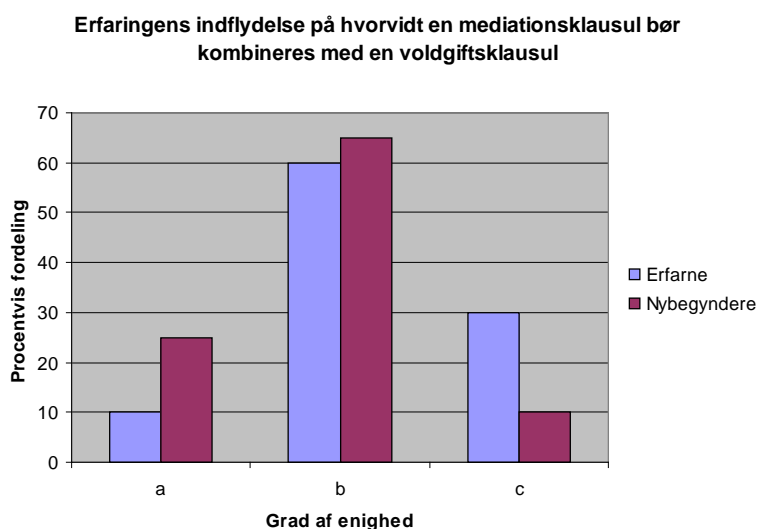
---

<sup>122</sup> Kombinationen kaldes i USA med-arb efter mediation-arbitration, se Boserup, s. 66f.

<sup>123</sup> Kovach, s. 511 f.

hed for at afbryde mediationen og gå videre til voldgift. En af de adspurgte, der mener en mediationsklausul altid skal kombineres med en voldgiftsklausul, fremhæver således, at klienterne generelt er meget usikre på, om mediation ikke kun er med til at trække tvisten i langdrag. I sådanne situationer kan en kombination af processerne være med til at gøre parterne mere trygge ved at have muligheden for efterfølgende voldgift. Pga. frivilligheden i mediation i Danmark, kan parterne altid afbryde mediationen og søge konflikten løst ved domstolene eller voldgift<sup>124</sup>. Denne mulighed vil medføre de samme ulemper som den nyere form for med-arb, fx øgede omkostninger og tidsforbrug. Det er derfor en fordel at have kombinationen med fra begyndelsen i form af en klausul.

**Figur 3.**



Anmærkning: X-aksen viser svarmulighederne: a: ja, b: ja, hvis parterne ønsker det og c: nej.

Som det fremgår af tabellen, finder størstedelen af mediatorerne, 60 % af de erfarne og 65 % af nybegynderne, at en mediationsklausul bør kombineres med en voldgiftsklausul, *hvis parterne ønsker det*.

Ud over denne mellemkategori er besvarelsen for erfarne og nybegyndere modsatrettet, idet de fleste erfarne svarer rent nej, mens flest nybegyndere svarer rent ja. Det kan ses som et tegn på, at de uer-

<sup>124</sup> Vindeløv, s. 98.

farne hellere kombinerer en mediationsklausul med voldgiftsklausul, og kan være en følge af, at de ikke er sikre på mediationsmetodens tilstrækkelighed i praksis. De erfarne har derimod ikke samme forbehold overfor at lade en mediationsklausul stå alene. En kombination af mediation og voldgift kan være en metode til udbredelse af kendskabet til og anvendelsen af mediation, særligt i sager, hvor det er naturligt for parterne at indsætte en voldgiftsklausul. Her ville en forudgående mediation ofte være en bedre løsning, idet en sådan ikke ville medføre stærkt øgede økonomiske og tidsmæssige omkostninger for parterne, men til gengæld ville give dem mulighed for en løsning, der er billigere, hurtigere og bedre for et samhandelsforhold end voldgift.

Det fremgår af undersøgelsen, at 79 % af de adspurgte indsætter mediationsklausuler i diverse kontrakter. Det er vigtigt at advokaterne på denne måde allerede ved udformningen af kontrakter bidrager til processen.

#### *5.5.2. Specialisering af mediatorer*

I forlængelse af det ovenstående kan der argumenteres for, at det er en fordel at mediator har en særlig viden om eller interesse for den type konflikt, han skal mediere. Det er som ovenfor nævnt, en fordel at anvende jurister som mediatorer, netop fordi de har en grundlæggende uddannelse hvor konfliktløsning er fremtrædende. I Justitsministeriets evalueringsrapport<sup>125</sup> fremgår det, at flere af mediatorerne befinder sig bedre i sager, i hvilke de har en grundlæggende viden, erfaring eller interesse. Det vil dermed sige, at mediator i den enkelte sag føler sig mere tryk, hvis sagen passer til deres særlige interesseområde, og det må forventes, at denne tryk vil smitte af på mediators præstation i mediationen. Det er klart, at en utryk mediator ikke vil være ideel til at skabe et trykt og forhandlingsvilligt klima mellem parterne. Det er derfor relevant at overveje en specialisering af mediatorerne, således at der tages hensyn til sagstypen når det vurderes hvilken mediator,

---

<sup>125</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 12.4.2.

parterne ønsker<sup>126</sup>. Det ville være en naturlig forlængelse af den specialisering, der i dag er gældende i advokatbranchen.

Det kan dog indvendes, at en mediator ikke bør have en speciel indsigt i sagstypen for at kunne mediere, da mediationen netop ikke er en retssag og mediator ikke skal træffe afgørelse, men kun hjælpe parterne til at finde en løsning. Derved er det uden betydning, om mediator har kendskab til det specifikke område. Parterne skal blot have mulighed for at forklare deres synspunkter, og mediator kan så assistere dem i at forstå hinandens synspunkter, og i øvrigt ikke anvende særlig viden om sagstypen. Det er som udgangspunkt mediators kompetence som mediator og leder af processen, der er afgørende for mediationens succes. Endvidere er det muligt, at en specialiseret mediator vil have svært ved at lægge sin specialviden fra sig, hvilket vil medføre en risiko for juridiske resultater, eller at mediator ikke er objektiv nok. Dette fremhæves også af flere af de adspurgte, fx:

”En særlig fagkundskab kan efter min mening være en hæmsko for en ”facilitating” mediator, da man kan få meget svært ved at adskille sin egen forestillingsverden og egne erfaringer fra den objektivitet, der er nødvendig at have som mediator.”

Andre respondenter fremhæver dog, at i hvert fald en grundlæggende viden om sagstypen vil kunne lette mediationen i visse tilfælde. Navnlig hvor fakta i sagen er kompliceret og/eller af udpræget teknisk art, hvor det ved brug af en specialmediator ikke vil være nødvendigt at forklare de enkelte, tekniske dele af sagen i det mediator allerede er bekendt hermed. Derved spares tid og penge, men man undgår også frustration fra parternes side over at skulle forklare sig overfor mediator, inden man overhovedet kan begynde at forklare sig overfor modparten. En anden mulig løsning på denne problemstilling kunne være gennem brug af en co-mediator, som besidder den særlige fagkundskab. Denne mulighed er gennemgået ovenfor.

Det må konstateres, at specialisering kan være relevant og anbefalelsesværdigt i visse sagstyper<sup>127</sup>, i særdeleshed for mediatoradvoka-

---

<sup>126</sup> Vindeløv, s. 346f.

ter, idet dommere gennem deres daglige virke fungerer som generalister, og derfor også vil være mere trygge ved at mediere i forskellige sagstyper. Denne specialisering er ikke nødvendigvis dybdegående, da dokumentation af en grundlæggende indsigt i det særlige område kan være tilstrækkeligt. Der er altså ikke nødvendigvis tale om, at mediator skal have det pågældende område som juridisk speciale, men at mediator har kendskab til området/branchen, så hun ved hvad parterne taler (indforstået) om<sup>128</sup>. Det er ikke ønskeligt med en udvikling i retning af at mediator skal specialiseres i samme grad som fx advokater. Endvidere vil det være en fordel i et uddannelsesforløb at have et led hvor den kommende mediator deltager som observatør i en anden mediators mediation<sup>129</sup>. Det giver den kommende mediator et indblik i de praktiske forhold, og bidrager til at den kommende mediator bliver tryk ved at mediere. Sådanne observatørsessioner er obligatoriske i flere stater i USA, før den kommende mediator kan mediere på egen hånd. I den mediatoruddannelse, jeg har gennemført i Texas, kræves det, at man deltager som observatør i 10 timer udover den teoretiske uddannelse (hvori der indgår rollespil mv.), før man må fungere som mediator. Ønsker man at mediere i familiesager kræves yderligere uddannelse, både teoretisk og praktisk i form af observationer<sup>130</sup>. Disse observationer medvirker til, at den nyuddannede mediator har nogle erfaringer omkring forløbet, og at hun ud fra de observationer, hun har deltaget i, kan danne sin egen stil.

---

<sup>127</sup> En af de adspurgte har følgende kommentar: ”helt overordnet mener jeg, at parterne vil føle sig mere trygge, hvis mediatoren også snakker deres sprog. Blot som ét eksempel fra min egen hverdag indenfor søret kan det efter min opfattelse ikke nytte noget, hvis alle termer mv. skal forklares til mediator (fx havari grosse, shex, dlosp osv. osv.).

<sup>128</sup> En illustrerende kommentar: ”Det er hensigtsmæssigt, at mediator har en praktisk og juridisk baggrund på sine spørgsmål – relevansen skal også være til stede for at opnå parternes respekt. Er udpræget situationen i entreprisesager, der kræver hurtig og effektiv konfliktløsning for at undgå betydelige følgeskader.”

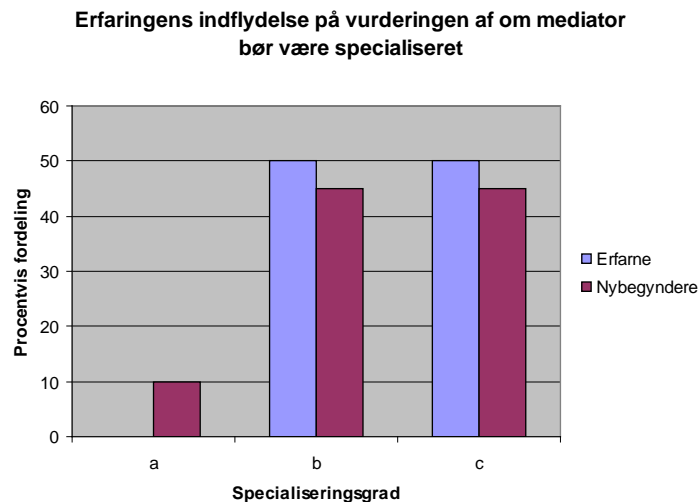
<sup>129</sup> Se Vindeløv, s. 348.

<sup>130</sup> I Texas er kravet et yderligere 24 timers kursus, jf. Texas Civil Practice & Remedies Code § 154.052 b, mens andre stater, fx South Carolina, har et helt andet uddannelsesprogram for familieretsmediatorer, jf. South Carolina Family Court ADR Rule 10.



Man kunne også indføre en ordning, hvor den kommende mediator fungerer som co-mediator, jf. nedenfor, et antal gange og på den måde er aktiv deltager, men med den erfarne som mentor.

**Figur 4.**



Anmærkning: Svarmulighederne fremgår af x-aksen: a: ja, b: ja, i visse typer af sager og c: nej.

Af tabellen fremgår, at kun 10 % mener at mediator generelt skal være specialiseret – bl.a. med denne begrundelse: ”Mediation er en metode. Rådgivning må en part indhente hos sin advokat”. Altså er der intet der tyder på, at udviklingen går i retning af mediatorspecialer som det kendes fra advokatspecialer. Derimod ses en ens fordeling mellem de grupper, der mener specialisering er relevant i visse typer af sager, og de der mener, specialisering ikke er ønskelig. Der er dog et lidt større antal af de erfarne, der mener mediator bør være specialiseret i visse typer af sager<sup>131</sup>. Dette indikerer, at de erfarne har oplevet et behov for specialisering i praksis, hvilket stemmer overens med resultatet af Justitsministeriets evalueringsrapport.

<sup>131</sup> Bl.a. med følgende begrundelse: ”Der er forhold, især indenfor familieretten og arbejdsretten, hvor det er vigtigt, at et resultat kan leve op til lovens krav – der er forhold, som parterne ikke lovligt kan aftale sig rundt om, og så er det vigtigt, at mediator kan lyse med en lille advarselsslampe.”

### 5.5.3. Mediators aktivitet i relation til løsningsforslag

Det er naturligvis afgørende for parterne, at mediator er neutral og ikke varetager nogen af parternes individuelle interesser. Mediator skal være neutral både før, under og efter mediationen. En aftale kan hurtigt falde på gulvet, hvis en af parterne pludselig føler, at mediator har taget parti. Spørgsmålet er derfor, om mediator bør stille løsningsforslag. Dette emne har været genstand for diskussion for nylig i Advokaten<sup>132</sup>. Det er primært faren for, at mediator ved at stille forslag mister sin neutralitet, der bør fokuseres på. Den principielle holdning blandt teoretikere<sup>133</sup> er, at mediator skal være meget tilbageholdende både med at stille løsningsforslag og med at vurdere udfaldet af en eventuel retssag.

Mads Bryde Andersen argumenterer for, at det i kommercielle tvister ofte er retlig uenighed, der adskiller parterne. Det kan derfor siges, at ikke-juridiske løsninger ikke er interessante for parterne, og det derfor ville være en fordel, og endda måske afgørende for mediationens succes, at mediator kan stille løsningsforslag af juridisk karakter. Altså en mere pragmatisk indstilling, hvor der fokuseres mest på at fremme en løsning<sup>134</sup>.

Ifølge Mads Bryde Andersen vil en "tilbagelænet budbringerrelateret" mediatorrolle ikke efterspørges i det danske erhvervsliv i konflikter, der angår en grundlæggende retlig uenighed om større værdier. Derfor foreslås en ny form, som kaldes "juridisk mediation".

Den juridiske mediator bør ikke være tilbageholdende med at med at ytre sin opfattelse af sagens retlige og faktiske stilling, så længe opfattelsen alene tilkendegives overfor den enkelte part og først fremkommer efter parterne har haft mulighed for, kort og præcist, at fremlægge sagen og redegøre for deres synspunkter. Ligeledes vil teknisk bistand kunne inddrages til at belyse tekniske og faktiske forhold. Mediators opfordringer til parterne om at fremsætte forligsforslag

---

<sup>132</sup> Se diskussionen mellem professor, dr. jur. Mads Bryde Andersen og advokat Claus Kaare Pedersen, Philip & Partnere, i Advokaten 1/2005.

<sup>133</sup> Vindeløv, s. 152f. samt Boserup, s. 23.

<sup>134</sup> Se afsnit 5.5.5. om evaluerende mediation.

og/eller frafalde anbringender bør altid baseres på retligt og/eller teknisk grundlag, hvilket vil gøre et forlig mere acceptabelt for ejere/bestyrelse i et selskab.

Claus Kaare Pedersen er derimod af den opfattelse, at mediation i sin oprindelige skikkelse er en konfliktløsningsmetode, hvor et essentielt element er, at det er parterne selv, der skal finde løsningsmulighederne på deres konflikt, baseret på deres interesser. Ifølge denne teori er mediator alene facilitator for processen, og skal ikke fremsætte løsningsforslag. Desuden er løsningen på konflikten ikke bundet af juridiske rettigheder og mediator bør afholde sig fra at give udtryk for sin vurdering af retsstillingen.

Claus Kaare Pedersen er af den opfattelse, at det er uheldigt at anvende en betegnelse som juridisk mediation, idet dette kan bidrage til begrebmæssig forvirring, fordi en sådan metode intet har med mediation at gøre.

Det essentielle ved traditionel mediation er at parterne bevarer herredømmet i sagerne, at sagerne kan løses mere kreativt, visionært, hurtigt og billigere end retssager og voldgiftssager. Mediation tager højde for fremtiden og en løsning er skræddersyet efter parternes behov. Der bør alene ud fra disse fordele være et stort marked for mediation også i kommercielle tvister. Det afgørende er parternes indstilling, og om de er parate til at prøve alternative løsninger i deres konflikt, netop for at opnå en interessebaseret afgørelse af deres sag, en afgørelse der hviler på reale hensyn frem for juridiske rettigheder og krav.

Det må ved vurderingen af disse to teorier tages i betragtning, at der ikke er et empirisk grundlag hvorpå en konklusion af, hvilken metode, der er ”korrekt” kan baseres. De to beretter begge om sager, hhv. udtalelser fra højtstående industrifolk, der støtter deres metode. Derudover er mediation et så nyt begreb i Danmark, at der ikke findes lovgivning om definition af mediators rolle. Der er ikke tale om en beskyttet titel, og enhver kan derfor kalde sin virksomhed for mediation.

I Justitsministeriets notat om en forsøgsordning med retsmægling findes følgende anvisninger til mediator:

”Det vil variere, i hvilket omfang retsmægleren selv fremsætter løsningsforslag eller giver udtryk for styrker og svagheder i parternes retlige og faktiske argumentation. En høj grad af aktivitet i den henseende indebærer en risiko for, at retsmægleren mister såvel sin neutralitet som parternes tillid. Samtidig risikerer retsmægleren at foregribe mere hensigtsmæssige løsninger og medvirke til indgåelse af aftaler, der hviler på et for spinkelt grundlag.”

Der er således intet i denne forsøgsordning, der forhindrer retsmægleren i at fremsætte løsningsforslag. Denne skal blot være bevidst om muligheden for at kompromittere sin neutralitet. Derimod baseres de fleste uddannelser på en klar afstandtagen fra denne mulighed. Dette ses også i flere teoretikers værker<sup>135</sup>. Der skal være en frihed for mediator til at vurdere, hvilken form for mediation, der er behov for i den enkelte sag, og hvilken form parterne ønsker. Derimod ligger det *uden for* mediationens grænser, at mediator kommer med forslag eller evaluerer fremsatte løsningsforslag<sup>136</sup>. Disse aktiviteter ligger uden for mediationens grænser, fordi de er i strid med de værdier og antagelser der ligger til grund for mediation, og der er derfor ikke overensstemmelse mellem mål og middel.

I evalueringsrapporten af Justitsministeriets forsøg med retsmægling<sup>137</sup> fremgår at det er forskelligt, i hvor høj grad retsmæglerne fremsætter løsningsforslag. Nogle er meget tilbageholdende, mens andre er meget direkte og fremsætter deciderede løsningsforslag. Det mest interessante er dog, at der er en overvejende tilfredshed med, at mægleren fremsætter løsningsforslag, både fra partsadvokater og fra parter. Kun ganske få procent af de adspurgte opfatter det som egentlig negativt, når mægleren fremsætter løsningsforslag. Mæglerne kritiseres næsten udelukkende for at have været for passive, og flere af de adspurgte mener, at netop mæglerens upartiskhed kan gøre, at parterne er mere lydhøre for forslag fra en mægler end fra fx en partsadvokat.

---

<sup>135</sup> Vindeløv, s. 152f., Boserup, s. 23 samt Kovach, s. 233.

<sup>136</sup> Vindeløv, s. 263.

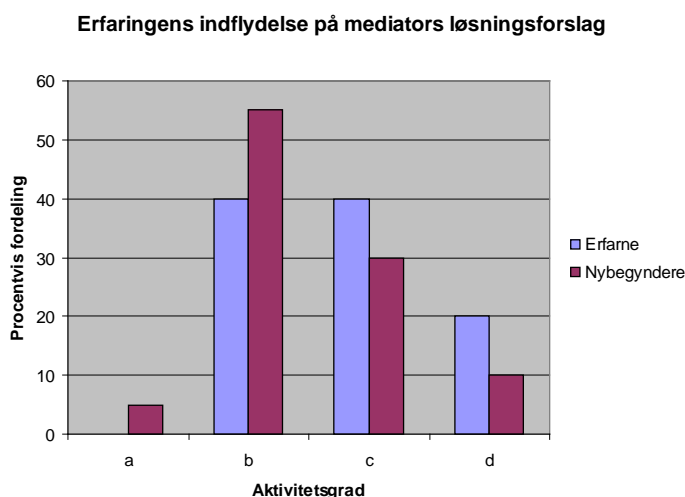
<sup>137</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, afsnit 7.4.2.

Der er dog det klare formål med at mediator ikke bør stille løsningsforslag, at det betragtes som en mere holdbar løsning, hvis parterne selv kommer med løsningen, idet der så er en større tilfredshed med resultatet og dermed større incitament til overholdelse af aftalen. Parterne føler altså ikke, at løsningen er ”trukket ned over hovedet på dem”.

En mulig løsning på dette problem er, at mediator stiller forslag, formuleret som hypotetiske spørgsmål: ”Kunne det være muligt/en idé at...” og lade parterne arbejde videre med dette<sup>138</sup>. I besvarelsen af spørgsmålet herom i spørgeskemaundersøgelsen tilkendegiver flere af respondenterne, at de ikke stiller direkte løsningsforslag, men indirekte via spørgsmål.

Under alle omstændigheder må det diskuteres, om dansk mediation skal fastholde kravet om, at mediator ikke bør fremsætte løsningsforslag. Evalueringsrapporten om retsmægling antyder klart, at det er parternes ønske, at mediator er mere aktiv med at fremsætte forslag.

**Figur 5.**



Anmærkning: Svarmulighederne vises på x-aksen: a: ja, altid, b: ja, hvis parterne ikke selv kan finde løsningsforslag, c: nej, aldrig og d: andet.

Besvarelsene i min undersøgelse viser, at størstedelen af både nybegyndere og erfarne mediatorer, 50 % i alt, mener at mediator, hvis par-

<sup>138</sup> Vindeløv, s. 154 samt Monberg, s. 135

terne ikke selv kan finde løsningsforslag, skal være aktiv med at stille forslag til løsning af parternes konflikt. Kun 5 % af nybegynderne mener dog at mediator altid skal være aktiv i denne henseende. I forhold til dette mener 33 % at mediator aldrig skal stille løsningsforslag til parternes konflikt<sup>139</sup>. Der er altså også blandt uddannede mediatorer en relativt stor del, der mener, at det er acceptabelt, at mediator i en vis grad er aktiv mht. løsningsforslag.

Dermed ikke være sagt, at disse forslag skal være af juridisk art<sup>140</sup>, idet dette ville distancere mediationen fra de oprindelige værdier og formål, men det kan ikke udelukkes, at mediator netop i kraft af sin upartiskhed kan se løsninger, som parterne ikke kan få øje på. Den form som Mads Bryde Andersen vil lancere under betegnelsen ”juridisk mediation”, repræsenterer ikke en ren form for mediation, men nærmere en hybrid mellem voldgift og mediation. Det er netop en af fordelene ved ADR, at der er mulighed for fleksibilitet og modifikation af den enkelte proces. Hvis en sådan form skal være en del af de metoder, det danske retssystem tilbyder, bør den dog benævnes anderledes, så begrebsforvirring undgås, idet der reelt er tale om en evaluerende metode, der ikke kan siges at opfylde de krav der stilles til mediation. I USA findes Mads Bryde Andersen model som den ADR form, der kaldes Neutral Case Evaluation<sup>141</sup>. Ved denne proces præsenterer advokater og parter deres version af sagen til en eller flere neutrale tredjemænd, som så evaluerer sagens styrker og svagheder. Et primært formål med Neutral Case Evaluation er at tilvejebringe en objektiv, ikke-bindende og fortrolig evaluering af sagen, som kan anvendes af advokater og klienter i efterfølgende forligsförhandlinger<sup>142</sup>. Se afsnit 5.5.5. om evaluerende og faciliterende mediatorer.

---

<sup>139</sup> Af de erfarne er 40 % tilhængere af, at mediator aldrig stiller løsningsforslag, mens dette gælder for 30 % af nybegynderne.

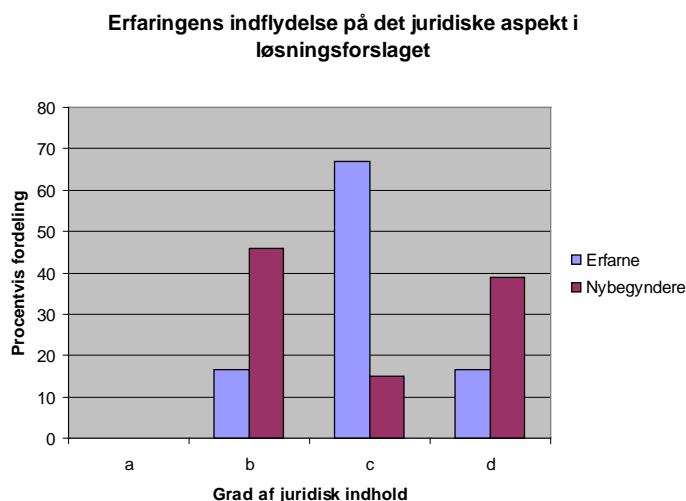
<sup>140</sup> Se afsnit 5.5.5.

<sup>141</sup> Kovach, s. 10ff.

<sup>142</sup> Også i USA har der dog været problemer med vildledende begreber for denne ADR form. Således eksisterer en proces kaldet ”Michigan Mediation”, som trods navnet ikke er mediation, men Case Evaluation. Denne proces er dog også ved at blive omdøbt i Michigan, til Michigan Case Evaluation. Denne proces er særpræget derved, at et panel afgiver et specifikt forligsförslag. Afviser en part forslaget og vælger at lade sagen prøve ved en domstol, ifalder denne part bødes-

#### 5.5.4. Indholdet af eventuelle løsningsforslag stillet af mediator

**Figur 6.**



Anmærkning: x-aksen viser om de adspurgte mener, at et løsningsforslag skal have juridisk indhold: a: ja, altid, b: ja, hvis det er parternes ønske, c: nej, aldrig og d: andet

Der er 63 % af respondenterne, der i en eller anden grad mener, at mediator bør være aktiv med at stille løsningsforslag og det er kun denne delmængde, der svarer på det efterfølgende spørgsmål, om løsningsforslaget skal være af juridisk art. I denne del af spørgeskemaet er der større spredning blandt nybegyndere og erfarnes mening. Der er således en klar tendens til, at nybegynderne mener, at et eventuelt løsningsforslag bør have juridisk indhold, hvis det er parternes ønske (46 %), mens kun få af de erfarne er tilhængere af dette resultat (16,5 %). Besvarelserne fra de erfarne er derimod stærkt koncentreret ved svaret at et eventuelt løsningsforslag aldrig bør være af juridisk art (67 %). Herudover er der i besvarelserne under d) en blandet gruppe, der mener at det er situationsbestemt og bør afvejes i den enkelte sag, om et løsningsforslag skal have juridisk indhold<sup>143</sup>. Af dette kan udledes, at

---

traf, hvis partens position ved dommen ikke er mindst 10 % bedre end forligsforslaget.

<sup>143</sup> En af de adspurgte anfører, at et løsningsforslag udmærket kan have juridisk indhold, men at dette ikke nødvendigvis skal være det samme som det udfald, en dommer ville komme frem til.

de mediatorer, der har deltaget i et større antal mediationer, er modstandere af et juridisk indhold i et eventuelt løsningsforslag stillet af mediator. Dette må begrundes i disses erfaring, og er et indicium på, at den teori, der er fremsat af Mads Bryde Andersen om ”juridisk mediation” ikke vinder indpas hos danske praktiserende mediatorer.

Der er altså en langt mere positiv indstilling til at mediator stiller løsningsforslag, end til at disse har juridisk indhold. Men den største gruppe mener enten slet ikke, at mediator bør stille løsningsforslag, eller i hvert fald at disse ikke bør have juridisk indhold.

#### 5.5.5. Mediators vurdering af udfaldet af en eventuel retssag

##### *Evaluerende eller faciliterende mediatorer*

Der eksisterer naturligvis mange forskellige stilarter inden for mediation, måske endda lige så mange, som antallet af mediatorer. Hver mediator har sin egen stil, hvilket også afspejles i udtalelser om, hvorledes den enkelte mediator opfører sig under mediationen. Mediators stil kan have endog meget stor indflydelse på parternes opfattelse af mediationen og på resultatet heraf.

Der er dog en bestemt praksis, som er af særlig betydning, nemlig om mediator er *evaluerende* eller *faciliterende*. Disse tilgange til mediationen kan også betegnes som *forudsigende* eller *problemløsende*.

Den evaluerende fremgangsmåde er kendetegnet ved at mediator forsøger at influere parternes forestillinger om, hvad der vil ske ved en retssag, og derved opmuntre til forlig.

Modsat evaluerende er den faciliterende praksis. Her er fokus ikke på at forudsige hvad en domstol måtte gøre, og heller ikke på alene at finde en økonomisk løsning, men mere på parternes behov og deres underliggende interesser. Diskussionen om mediator må evaluere har været en af de mest stærkt optrukne blandt teoretikere, og diskussionen har naturligt drejet sig om mediatoradvokaters juridiske



evalueringer og råd<sup>144</sup>. Spørgsmålet er, om evaluering af sagen ligger udenfor mediators kompetence.

Mediatorer, der *evaluerer*, antager at parterne ønsker og har brug for at mediator giver retningslinier for et passende forlig, baseret på lov, branchepraksis mv., og opfatter sig selv som kvalificeret til at give sådanne retningslinier pga. den uddannelse, erfaring og objektivitet han besidder.

Mediatorer, der *faciliterer*, antager at parterne er intelligente, er i stand til at samarbejde med modparten og at parterne forstår deres situation bedre end mediator og måske endda bedre end deres advokater. Parterne kan derfor udvikle bedre løsninger end mediator. Derfor mener den faciliterende mediator, at hans primære opgave er at øge kommunikationen mellem parterne og på den måde hjælpe dem med at finde deres egen løsning<sup>145</sup>.

Som det er nævnt under 5.5.3., er en evaluerende rolle ikke en mediators, men en del af andre ADR processer, fx Neutral Case Evaluation. Hvis mediation skal bevares som unikt alternativ til evaluerende processer, hvor der træffes en afgørelse, et alternativ der bidrager til partsautonomi og partsafgørelser, vil en evaluerende mediator kunne underminere disse mål og stille mediation på linie med evaluerende og dømmende processer<sup>146</sup>. I processer, hvor den neutrale tredjeperson ultimativt afsiger en dom, beslutning eller udtrykker sin mening, har han en evaluerende rolle.

En talentfuld, ressourcestærk mediator kan i visse situationer blande processerne, men mediator må i så fald gøre parterne opmærksom på skiftet fra en proces til en anden. Mediationens kernekoncept og dens motiverende ide skal forblive enkelt og klart, selv hvor processerne blandes.

### **Figur 7.**

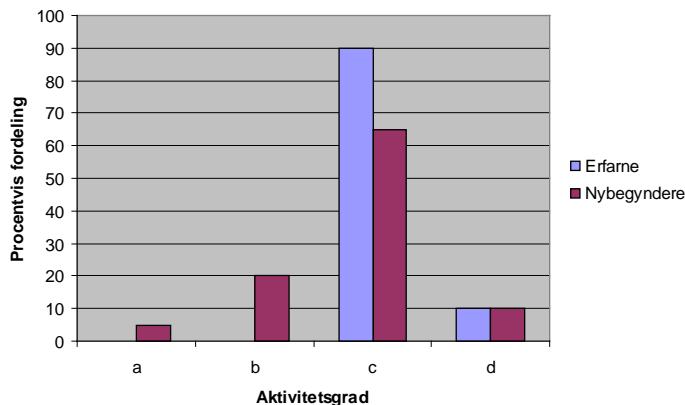
---

<sup>144</sup> Se bl.a. diskussionen mellem Leonard L. Riskin og Kimberlee K. Kovach samt Lela P. Love i Harvard Negotiation Law Review, Kovach, s. 446ff.

<sup>145</sup> Leonard L. Riskin.

<sup>146</sup> Kimberlee K. Kovach og Lela P. Love.

### Erfaringens indflydelse på vurdering af udfaldet af en evt. retssag



Anmærkning: X-aksen viser, om de adspurgte mener, mediator bør vurdere udfaldet af en eventuel retssag: a: ja, altid, b: ja, hvis parterne ønsker det, c: nej, aldrig og d: andet.

I denne del af undersøgelsen ses, i modsætning til spørgsmålet om juridisk indhold i et løsningsforslag, en langt større enighed blandt erfarne og nybegyndere. Der er kun 5 % af nybegynderne, der mener mediator altid bør vurdere udfaldet af en eventuel retssag og kun 20 % af nybegynderne mener, mediator bør følge parternes ønske herom. Langt størstedelen af begge grupper<sup>147</sup> mener mediator aldrig bør vurdere udfaldet af en eventuel retssag. Den resterende gruppe, under d.: andet, rummer besvarelser som ”yderste forsigtighed bør udvises” og ”kun i ganske særlige situationer”. Der er altså på dette punkt stor enighed, og det må konkluderes, at mediator ikke bør vurdere, hvad han mener vil blive udfaldet på en eventuel retssag om konflikten. I Danmark er langt størstedelen af de mediatoruddannede altså modstandere af evaluerende mediation, og tilhængere af faciliterende mediation.

## 6. Retssikkerhedsbetragtninger

<sup>147</sup> 90 % af de erfarne og 65 % af nybegynderne.

## **6.1. Manglende offentlighed**

Der må tages stilling til en eventuel retssikkerhedsmæssig betænkelighed ved mediation. En sådan betænkelighed kunne fx angå mediators aktivitet, idet der ikke er kontrol af mediator. Hvis mediator prøver at presse et forlig igennem, er parternes eneste mulighed at forlade mediationen. Det er således ikke betryggende, at mediator på et i forhold til en traditionel retssag spinkelt kendskab til sagens omstændigheder vil kunne presse en løsning igennem, da en sådan kan være baseret på ufuldstændigt eller i værste fald forkert grundlag.

Som nævnt ovenfor er mediation ikke offentlig, og der er derfor ikke de samme retsgarantier som ved domstolene for, at processen forløber forsvarligt. Da der endvidere ikke er en retlig regulering af processen kan en sådan uigennemsigthed være et problem.

Desuden er der et særligt problem i relation til evaluerende mediation, idet de fleste mediatorer ikke har tilstrækkelig viden om et område til på forsvarlig måde at give sin mening til kende om fx hvordan sagen vil falde ud ved en eventuel retssag. Særligt problematisk er det, hvis et forlig baseres på mediators tilkendegivelser, da der ikke er appelmulighed.

## **6.2. Fortrolighed**

Et andet problem med mediation er det grundlæggende princip om fortrolighed, der indebærer at man ikke under en efterfølgende retssag må anvende informationer, der er kommet frem under mediationen. Fortroligheden er nødvendig for mediationens succes, men det er også et område, hvor der kan opstå problemer i relation til en senere retssag. Der er to aspekter af dette problem: for det første vil det ofte være svært under en efterfølgende retssag ikke at inddrage noget som helst af de informationer, der er kommet til modpartens kundskab, enten direkte eller indirekte. For det andet kan selve det faktum, at oplysninger, der kommer frem under mediationen er fortrolige tænkes udnyttet på den måde, at en af parterne indvilliger i at forsøge mediation, netop med det formål, at afsløre forhold, som modparten så efterfølgende er

afskåret fra at anvende. Desuden vil kravet om fortrolighed kunne beskytte dårlige mediatorer.

### **6.3. Sager, hvor der er ubalance mellem parterne**

Endelig kunne der tænkes at være et retssikkerhedsmæssigt problem i sager, hvor der er ubalance mellem parterne. Dette kunne fx tænkes i erstatningssager af forskellig art. Her kunne der være en risiko for, at en part, der er forbruger i forhold til en modpart, fx et forsikringselskab eller en erhvervsdrivende, ville acceptere en mindre erstatning, end vedkommende har krav på, for at få sagen hurtigt afgjort og erstatningen udbetalt. Af evalueringsrapporten<sup>148</sup> fremgår, at forligsprocenten i sager om erstatning udenfor kontrakt er 82, hvilket viser en høj forligsgrad, samtidig med, at denne sagstype har den korteste gennemsnitlige længde af retsmæglingsmødet, kun 2,3 timer.

## **7. Konklusion**

Det er i specialet påvist, at der i det danske retssystem er visse udviklingstendenser i retning af reflektiv ret, og at anvendelsen af mediation i særdeleshed kan siges at være en del af en sådan udvikling. Der er i Danmark endnu ingen lovgivning på området, men den regulering der findes kan tages som udtryk for, at man bevæger sig væk fra den velfærdsstatslige retsform, og mod en retsform, som præges af større selvforvaltning med aktørmagt frem for strukturel magt.

Ligeledes er det påvist, at USA har haft ganske anderledes historiske forudsætninger for udviklingen af en retsform præget af ADR, og at dette er en del af baggrunden for den langt større brug af bl.a. mediation i USA. Udviklingen i teori og praksis i USA må antages at have indvirkning på den måde hvorpå mediatorer i Danmark opfatter mediation, idet det er tydeligt at processen i Danmark er stærkt inspireret af processen i USA, og det har samtidig vist sig, at der er enighed blandt teoretikere i Danmark og USA om begreberne. Det må derfor

---

<sup>148</sup> Roepstorff & Kyvsgaard, tabel 6.

antages, at teoretikere i Danmark er inspireret af amerikanske forfattere, og at danske teoretikers forståelse af mediation påvirker praktikerne i Danmark.

Endvidere kan det ud fra undersøgelsen i specialet af danske mediatoruddannede advokaters *praktisering* af metoden konkluderes, at der er visse typer af sager, der er bedre egnede til mediation end andre. Disse inkluderer familiesager, småtvister og visse kommercielle sager. Af kommercielle sager er insolvenssager de mindst egnede, mens tvister i enterprisesager, immaterialsager og sager om partnerskaber/bestyrelser er meget velegnede til mediation. Endelig er også ankesager velegnede til mediation.

Herudover er advokatens funktion som partsrepræsentant, mediator og co-mediator undersøgt. Det kan ud fra analysen af spørgeskemaundersøgelsen konkluderes, at den klart hyppigste funktion er som mediator. Der er meget få mediatoruddannede advokater, der fungerer som hhv. partsrepræsentant og co-mediator. Denne fordeling er ikke overraskende, idet mediation er et relativt nyt fænomen her i Danmark, men begge kategorier bør være bedre repræsenteret, da det som nævnt er vigtigt, at parterne har advokatbistand. Brugen af co-mediatorer bør øges, da der ved mediation af sager, hvor en særlig fagkundskab er nødvendig, bør bruges en co-mediator med specialviden på området, i stedet for en specialiseret mediator. Anvendelsen af mediatoruddannede advokater som partsrepræsentanter er en stor fordel for parterne, og i visse tilfælde også for mediator, idet disse kan varetage funktioner som mediator ikke kan varetage uden at kompromittere sin neutralitet, men som er vigtige for at parten føler sig sikker og dermed indstillet på at forhandle.

Det er undersøgt, om mediationsklausuler bør kombineres med voldgiftsklausuler, og det må i relation til dette spørgsmål konkluderes, at et flertal af respondenterne vil foretage en sådan kombination, hvis parterne ønsker det. Ud over denne mellemkategori er besvarelsen for erfarne og nybegyndere modsatrettet, idet de fleste erfarne svarer rent nej, mens flest nybegyndere svarer rent ja. Det kan ses som et tegn på, at de uerfarne hellere kombinerer en mediationsklausul med

voldgiftsklausul, og kan være en følge af, at de ikke er sikre på mediationsmetodens tilstrækkelighed i praksis. De erfarne har derimod ikke samme forbehold overfor at lade en mediationsklausul stå alene. En kombination af mediation og voldgift kan være en metode til udbredelse af kendskabet til og anvendelsen af mediation, særligt i sager, hvor det er naturligt for parterne at indsætte en voldgiftsklausul. Her ville en forudgående mediation ofte være en bedre løsning, idet en sådan ikke ville medføre stærkt øgede økonomiske og tidsmæssige omkostninger for parterne, men til gengæld ville give dem mulighed for en løsning, der er billigere, hurtigere og bedre for et samhandelsforhold end voldgift.

Undersøgelsen omfatter endvidere spørgsmålet om mediators specialisering. Det kan her konkluderes, at der er enighed om, at mediator generelt ikke skal være specialiseret. Der er dog et vist behov for fagkundskab i bestemte sagstyper, men størstedelen af de adspurgte mener, at en sådan fagkundskab bør inddrages i form af co-mediatorer. Det kan således konkluderes, at en specialisering af mediatorer, som det kendes fra advokatspecialer ikke er forventelig.

Et andet hovedtema i undersøgelsen er spørgsmålet om hvorvidt mediator må stille løsningsforslag. Det fremgår af Justitsministeriets evalueringsrapport, at parterne i nogle tilfælde finder en sådan adfærd fra mediators side ønskelig. Der har i Advokaten 1 og 3/2005 været ført en diskussion herom mellem Mads Bryde Andersen og Claus Kaare Pedersen. Min undersøgelse viser, der blandt uddannede mediatorer en relativt stor del, der mener, at det er acceptabelt, at mediator i en vis grad er aktiv mht. løsningsforslag, hvis parterne ønsker det. Derimod er der kun få af de erfarne, der er tilhængere af, at et eventuelt løsningsforslag er af juridisk art (16,5 %). Besvarelserne fra de erfarne er derimod stærkt koncentreret ved svaret at et eventuelt løsningsforslag aldrig bør være af juridisk art (67 %). Det kan således konkluderes, at den form for konfliktløsning, Mads Bryde Andersen lancerer under betegnelsen ”juridisk mediation” ikke vinder tilslutning fra erfarne mediatoruddannede advokater.

Endelig har jeg undersøgt, hvorledes indstillingen er blandt de mediatoruddannede advokater til at vurdere udfaldet af en eventuel retssag. Der danner sig her et tydeligt billede af, at langt størstedelen af både mere og mindre erfarne mediatorer mener mediator aldrig bør vurdere udfaldet af en eventuel retssag, og at de mediatoruddannede altså er modstandere af evaluerende mediation, og tilhængere af faciliterende mediation.

Afslutningsvis nævnes retssikkerhedsproblemer, som det er vigtigt at være opmærksom på, men som ikke er af stor betydning i mediation.

Det endelige mål med specialet, at analysere hvordan mediation opfattes og praktiseres blandt danske mediatoruddannede advokater, må herved anses for opfyldt.

## Litteraturfortegnelse

### Bøger

Boserup, Hans: *Én konflikt, to vindere*, 1993

Boserup, Hans & Humle, Susse: *Mediationsprocessen*, 2001

Dalberg-Larsen Jørgen: *Lovene og livet*, 4. udg., 1999

Fisher, R., Ury, W. & Patton, B.: *Getting to Yes*, USA 1991

Gomard, Bernhard: *Civilprocessen*, 5. udg., 2003

Gomard, Bernhard og Møller, Jens: *Kommenteret Retsplejelov*, 5. udg., 1994

Kovach, Kimberlee K.: *Mediation – Principles and Practice*, Third Edition, Thomson West, USA 2004

Kristiansen, Jens: *Den kollektive arbejdsret*, 2004

Mitchell, R. S. & Dewhirst, S. E.: *The Mediator Handbook*, USA 1990

Monberg, Tina: *To vindere – Mediation som positiv konfliktløsning*, 2002

Moore, C. W.: *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass Publishers, USA 1996

Murray, J. S., Rau, A. S. & Sherman, E. F.: *Processes of Dispute Resolution*, USA 1996

Rasmussen, Erik S. & Østergaard, Per: *Samfundsvidenskabelige metoder*, 2002

Vindeløv, Vibeke: *Konfliktmægling*, 2004

### **Artikler**

Andersen, Mads Bryde: "Mediation, voldgift eller juridisk mediation?", *Advokaten* 1/2005

Andersen, Mads Bryde: "Mediationens varebetegnelse og anvendelighed", *Advokaten* 3/2005

Baden, Mikael: "Mediatoren som fødselshjælper", *Advokaten* 4/2003

Baden, Mikael: "Mr. Mediator vil glæde begge parter i en konflikt", *Advokaten* 4/2003

Deichmann, Hanne Kirk: "Kommentar til U 2004.1085H – Montana Reolsystem sagen", *NIR* 2004.487

Deleuran, Pia og Bagger, Tuk: "Retsmægling – om advokaten som bisidder og partsrepræsentant", *Advokaten* 7/8/2003

Gudberg, Poul: "Retsmægling ctr. retssikkerhed?", *Advokaten* 7/8/2003

Hartung, Peter: "MT Højgaard satser på bløde værdier i en hård byggebranche", *Berlingske Tidende*, 11.05.04

Hougaard, Henrik: "Hvorfor mediation nu?", *Advokaten* 4/2003

Kovach, Kimberlee K. & Love, Lela P.: "Mapping Mediation: The Risk of Riskin's Grid", *Harvard Negotiation Law Review*, 1998

Monberg, Tina: "Fremtidens advokatvirksomhed", *Advokaten* 2/2004

Monberg, Tina: "Mediation giver to vindere", *Thomson HR*, Nyheder, September 2004



Mortensen, Kasper: "Når snakken handler om andet end jura", *Advokaten* 2/2004

Møller, Pia: "Mægling virker i alle sager", *Advokaten* 2/2004

Møller, Pia: "Når ret og retfærdighed ikke er det samme", *Advokaten* 3/2004

Pagh, Keld: "Mægling i anden instans", *Advokaten* 2/2004

Pagh, Keld: "Retsmægling – en anden måde at løse konflikten på", *Advokaten* 2/2004

Pedersen, Claus Kaare: "Misforståelser om mediation – kommentar til Mads Bryde Andersen", *Advokaten* 1/2005

Pedersen, Claus Kaare: "Mediation – duplik", *Advokaten* 3/2005

Riskin, Leonard L.: "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, 1996

Rønnov, Frans: "Mægling afløser jura i erhvervsconflikter", *Mandag morgen*, 21.06.04

Sander, F. E. A. & Bordone, R. C.: "Early Intervention: How to Minimize the Cost of Conflict", *Negotiation Newsletter*, Harvard Business School Publishing, 2005

## **Andet**

Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber: Forslag til Europa-Parlamentet og Rådets Direktiv om visse aspekter af mægling på det civil- og handelsretlige område, *KOM 2004/718*, den 22.10.04

Roepstorff, Jakob & Kyvsgaard, Britta: Forsøg med retsmægling – en evalueringsrapport, *Justitsministeriets Forskningsenhed*, marts 2005

Århus, den 20.04.05

### **Spørgeskema til advokater, der anvender mediation**

Dette spørgeskema indgår i grundlaget for et speciale ved Juridisk Institut, Århus Universitet, om mediation i Danmark, med særligt henblik på danske advokaters anvendelse heraf.

For at få en værdifuld indsigt i, hvor udbredt mediation er i praksis samt i hvorledes metoden opfattes af danske advokater er det vigtigt at jeg får så mange besvarelser som muligt. Jeg håber derfor, at du vil tage dig tid til at besvare skemaet, og returnere det enten pr. e-mail, fax eller brev. Så vidt muligt bedes besvarelsen returneret inden en uge efter modtagelsen.

**Returnering pr. e-mail:** det er vigtigt, at du først gemmer vedhæftede spørgeskema på din computer. Dernæst udfyldes spørgeskemaet (der kan sættes x i den yderste tabelrække, og begrundelser mv. kan skrives direkte ind) og endelig gemmes det igen derefter. Efterfølgende vedhæftes det en e-mail, som sendes til [signesundboell@hotmail.com](mailto:signesundboell@hotmail.com).

**Returnering pr. fax:** Spørgeskemaet printes ud, udfyldes med kuglepen og faxes til fax nr. 89 42 14 00. Dette fax nr. er til universitetet, derfor bedes spørgeskemaet påføres att. Signe Sundbøll Madsen.

**Returnering pr. post:** Spørgeskemaet printes ud, udfyldes med kuglepen og sendes til nedenstående adresse.

Svarene vil blive behandlet anonymt, og begrundelsen for skemaet er således alene at få et indblik i, hvilke tanker, danske advokater gør sig om mediation nu og i fremtiden.

Har du spørgsmål til skemaet er du velkommen til at kontakte undertegnede.

På forhånd tak for din hjælp.

Med venlig hilsen

Signe Sundbøll Madsen  
Trøjborgvej 42, 2. sal  
8200 Århus N  
Tlf.: 8616 5275 / 2371 8971  
e-mail: [signesundboell@hotmail.com](mailto:signesundboell@hotmail.com)

## Mediation blandt advokater

### 1. I hvilke sager ser du primært, at mediation anvendes?

a. I familiesager	25
b. I erhvervsager	20
c. I insolvenssager	0
d. I sager om erstatning udenfor kontrakt	6
e. I fusionssager	4
f. I immaterialsager	5
g. I sager om opløsning af partnerskaber	14
h. I bestyrelsessager/opløsning	6
i. I entrepriserforhold	16
j. I sager om køb af fast ejendom	8
k. I arbejdsretlige sager	15
l. I sager om naboforhold	18
m. Andet: _____	4

### 2. I hvilke sager er mediation efter din opfattelse anvendelig?

a. I familiesager	30
b. I erhvervsager	30
c. I insolvenssager	13
d. I sager om erstatning udenfor kontrakt	26
e. I fusionssager	20
f. I immaterialsager	22
g. I sager om opløsning af partnerskaber	29
h. I bestyrelsessager/opløsning	23
i. I entrepriserforhold	28
j. I sager om køb af fast ejendom	22
k. I arbejdsretlige sager	25
l. I sager om naboforhold	30
m. Andet: _____	5

**3. Nævnes mediation som en af kompetencerne/arbejdsområderne i det firma, hvor du er ansat eller partner?**

a. Ja	31
b. Nej	2

**4. Følger du Advokatsamfundets Advokatetiske Regler, pkt. 3.7.1, om at rådgive om alternativ konfliktløsning inden en evt. retssag? Angiv venligst i svarfeltet forneden karakteren af din rådgivning.**

a. Altid	14
b. Ofte	14
c. Ind i mellem	4
d. Sjældent	0
e. Aldrig	0

Min rådgivning indeholder følgende:

---

**5. Hvordan tages initiativ til mediation?**

a. Pga. advokats oplysning herom, jf. spørgsmål 4	25
b. Pga. en af parternes ønske herom	11
c. Pga. en mediationsklausul i aftale	13
d. Pga. henvisning som følge af Justitsministeriets retsmæglingsordning	17
e. e. Andet: _____	2

**6. Hvornår oplever du, at initiativet til mediation tages?**

a. Før tvisten opstår	3
b. Efter at divergerende synspunkter er udvekslet mellem parterne	23
c. Umiddelbart efter sag er anlagt ved domstolene eller voldgiftsklage er indgivet	18
d. Efter endt skriftveksling ved 1. instans	9
e. Under ankeinstansens behandling af sagen	

**7. Indsætter du selv mediationsklausuler i dine kontrakter?**

a. Ja	26
b. Nej	7

Begrund venligst dit svar:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Angiv venligst i hvilke typer kontrakter:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

### 8. Hvor ofte har du set en mediationsklausul i en kontrakt?

a. 0 – 5 gange	16
b. 6 – 10 gange	7
c. 11 – 15 gange	5
d. 16 gange eller derover	4

### 9. Mener du, at en eventuel mediationsklausul bør kombineres med en voldgiftsklausul?

a. Ja	8
b. Ja, hvis parterne ønsker det	19
c. Nej	5

### 10. Hvilken uddannelse har du gennemgået for at blive mediator?

a. Advokatsamfundets mediatoruddannelse	23
b. Mastergrad i konfliktmægling, Københavns Universitet	1
c. Uddannelse hos Hans Boserup	2
d. Uddannelse hos Tina Monberg, Mediationcenter A/S	0
e. Andet: _____	11

### 11. I hvor mange år har du medieret?

a. 0 – 1 år	11
b. 1 – 2 år	9
c. 2 år eller derover	13

**12. I hvor mange sager har du været mediator?**

a. 0 – 5	20
b. 6 – 10	3
c. 11 – 15	2
d. 16 eller derover	8

**13. I hvor mange af disse mediationer har du deltaget som co-mediator**

a. 0 – 5	31
b. 6 – 10	1
c. 11 – 15	0
d. 16 eller derover	1

**14. I hvor mange mediationer har du deltaget som partsadvokat?**

a. 0 – 5	29
b. 6 – 10	3
c. 11 – 15	1
d. 16 eller derover	0

**15. Hvordan er din generelle opfattelse af mediationsprocessen?**

a. Meget tilfredsstillende	27
b. Tilfredsstillende	5
c. Nogenlunde tilfredsstillende	0
d. Ikke tilfredsstillende	0

Begrund venligst dit

svar: \_\_\_\_\_

**16. Mener du, at mediator skal være aktiv med at stille løsningsforslag til parternes konflikt?**

a. Ja, altid	1
b. Ja, hvis parterne ikke selv kan finde løsningsforslag	17
c. Nej, aldrig	10
d. Andet: _____	4

**17. Hvis du svarede ja i spørgsmål 16, mener du så et evt. løsningsforslag skal være af juridisk art?**

a. Ja, altid	0
b. Ja, hvis det er parternes ønske	8
c. Nej, aldrig	5
d. Andet: _____	8

**18. Mener du, at mediator bør vurdere udfaldet af en eventuel retssag?**

a. Ja, altid	1
b. Ja, hvis parterne ønsker det	3
c. Nej, aldrig	25
d. Andet: _____	4

**19. Mener du, at mediator bør være specialiseret i forhold til den konflikt, han/hun skal mediere?**

a. Ja	3
b. Ja, i visse typer af sager	4
c. Nej	15

Begrund venligst dit

svar: \_\_\_\_\_