

Udviklingsretningen for mediation i Danmark – med særlig fokus på mediators rolle

Af ULRIK NIKOLAJSSEN

Nærværende afhandling søger at identificere en eventuel udviklingsretning for mediation i Danmark med særlig fokus på mediationsmodeller og mæglerens rolle.

Der indledes med en kort perspektivering til historiske, sociologiske og psykologiske tilgang til konflikter. Endvidere redegøres for mediatio- nens opståen og relation til ADR (Alternative Dispute Resolution). Afhandlingen behandler både teoretiske og praktiske danske kilder. Her- igennem søges belyst hvorledes mediation har været forstået teoretisk og praktisk.

Hovedvægten er lagt på valg af mediationsmodeller og i relation hertil på mæglerens rolle. Spørgsmålet er, om mægleren skal bestride en tilba- geholdende rolle, i teorien kaldet facilitativ, eller om mægleren med for- del kan indtage en mere aktiv rolle og således låne elementer fra den eva- luative tilgang.

Endvidere overvejes det, om domstolenes praktisering af mediation har indflydelse på metodens anvendelse.

Afhandlingen afsluttes med en konklusion, som sammenfatter de gen- nemgåede tilgange til mediation.

1. Indledning	2
1.1 MIN BAGGRUND	2
1.2 PROBLEMFOMULERING	2
1.3 AFGRÆNSNING OG KILDER	3
2. Perspektiverende introduktion til mediation.....	3
2.1 HISTORISK PERSPEKTIV INDEN MEDIATION	3
2.1.1 Strid og konflikter generelt	3
2.1.2 Løsning af konflikter i Danmark.....	4
2.2 RETSSOCIOLOGISK PERSPEKTIV	5
2.3 PSYKOLOGISK PERSPEKTIV	8
3. Mediations opståen og grundidé	10
3.1 MEDIATION ER EN DEL AF ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION)	11
3.2. DE FORSKELLIGE STRØMNINGER INDEN FOR MEDIATION,.....	12
3.2.1 De 5 modeller	12
3.2.1.1 Aftalefokuseret mediation	13
3.2.1.2 Kognitiv mediation	13
3.2.1.3 Humanistisk mediation	13
3.2.1.4 Transformativ mediation	13
3.2.1.5 Narrativ mediation	14
3.2.1.6 Sammenfatning	14
3.2.2 Riskins Grid og "New New Grid"	15
3.2.2.1 Bred eller snæver.....	15

3.2.2.2 Facilitativ eller evaluativ.....	16
3.2.3 Sammenfatning	16
4.1. DANSKE KILDER	16
4.1.1 Hans Boserup & Susse Humle	17
4.1.2 Vibeke Vindeløv	19
4.1.3 Lin Adrian.....	24
4.1.4 Claus Kaare Pedersen.....	25
4.1.5 Danske forsøg med mediation	26
4.1.5.2 Justitsministeriets evalueringsrapport.....	27
4.1.6 Mediatoradvokater	30
4.1.7 Uddannelsen til mediator	31
4.1.8 Ret og rammer	32
4.1.9 Mediationsinstituttet	34
4.1.10 Betænkning 1481, "Reform af den civile retspleje V"	36
4.2. SAMMENFATNING.....	38
4.3. DISKUSSION OG RETLIG PERSPEKTIVERING.....	40
5. Konklusion	44

1. Indledning

1.1 Min baggrund

Min interesse for mediation blev vakt under et foredrag af Hans Boserup på Aarhus Universitet i efteråret 2002, der søgte at give tilhørerne en basal indføring i mediation.

I foråret 2006 opholdte jeg mig et semester ved South Texas College of Law i Houston, Texas. Her fulgte jeg fagene "Mediation" og "Alternative Dispute Resolution (ADR)". Derudover overværede jeg adskillige mediationsager.

1.2 Problemformulering

Begrebet mediation kom til Danmark i starten af 1990'erne. Først for nylig har det med domstolsforsøgene og Retsplejerådets betænkning kunnet konstateres, at mediation for alvor har fået fodfæste og er på vej til at blive anerkendt som en naturlig måde at løse konflikter på, også inden for domstolene.

Med dette foreløbige punktum er der således lejlighed til at overveje, om der kan konstateres en bestemt udvikling inden for mediation i Danmark.

Området for dette speciale vil derfor være at undersøge:

Hvorvidt der kan påvises en specifik udviklingsretning i dansk mediation.

- Hvorfor har den taget en given retning?
Særligt fokus skal rettes på:
- Hvilke mediationsmodeller der anvendes, og hvorledes synet er på mæglerens rolle i Danmark?

1.3 Afgrænsning og kilder

Den beskrevne problemformulering tager udgangspunkt i danske kilder. For at kunne fastlægge noget specielt dansk, vil der dog også i mindre omfang ske perspektivering til udenlandsk litteratur

Min interesse for mediation ligger primært indenfor det privatretlige område i en retlig kontekst. Strafferetlige offer/gerningsmands-relationer eller mere antropologiske tilgange, ligger således uden for området af dette speciale. Derimod er nogle psykologiske bidrag til mediation af en vis interesse, hvorfor de i et begrænset omfang vil blive inddraget.

Det skal bemærkes, at mediation har været praktiseret forskellige steder i privat regi som en form for konsulentvirksomhed. Materiale fra disse steder er ikke tilgængeligt. Da forfatterne til dele af litteraturen imidlertid også er engageret her, kan det tænkes, at erfaringer herfra går igen i disse værker. Der tænkes især på Vibeke Vindeløv (Center for Konfliktløsning), Lin Adrian (Nellemann konsulenterne) og Hans Boserup (www.mediator.dk). Uddannelsen "Master i konfliktmægling" ved Københavns Universitet er også af så begrænset størrelse deltagermæssigt, at den ikke kan prioriteres i denne afhandling.

Med opgavens fokus på forskellige mediationsmodeller og mediators rolle har det i nogle sammenhænge været nødvendigt at perspektivere til litteratur om Alternative Dispute Resolution (ADR). Denne litteratur vil typisk være fra USA.

En indsigt heri vil også betyde, at man ved gennemgangen af de danske kilder hurtigt indser, at eksempler og teorier som oftest er hentet fra amerikansk litteratur.

Derudover er der anvendt perspektiverende sociologisk litteratur. Endelig skal det holdes i erindring, at behandlingen sker i en retlig kontekst, hvilket naturligvis medfører en vis perspektivering.

2. Perspektiverende introduktion til mediation

2.1 Historisk perspektiv inden mediation

2.1.1 *Strid og konflikter generelt*

Så længe der er mennesker på jorden vil der også være konflikter. Blandt de kendte eksempler kan nævnes fra den kristne verden Adam og Evas konflikt om æblet og paradiset, den salomoniske løsning om barnet og fra den græske mytologi om Eris og det gyldne æble, der har lagt navn til det almindelige udtryk "stridens æble". Det kan således konstateres at konflikter er og vil forblive en del af tilværelsen.

På samme måde som konflikter og stridigheder er en fast del af interaktionen mellem mennesker er forsøget på løsningen af dem det naturlig-

vis også. Således vil de fleste mennesker, videnskabeligt eller uvidenskabeligt, have et bud på en løsning.

En konfliktløsningsmetode med en enkelt neutral tredjemand kan på ingen måde kategoriseres som værende ny eller unik.

“Mediation has a long and varied history in almost all cultures of the world. Jewish, Christian, Islamic, Hindu, Buddhist, Confucian, and many indigenous cultures all have extensive and effective traditions of mediation practice.”¹

Der er naturligvis gennem tiden sket en udvikling indenfor konfliktløsning. Nye faggrene og teorier er kommet frem og har været med til at skabe et mere nuanceret billede.

Videnskabeligt bliver emnet således behandlet igen og igen - også fra forskellige vinkler. Jurister, psykologer, sociologer, antropologer² og økonomer er alle blot eksempler på faggrupper, for hvem teorier om konflikter kan have direkte interesse. Derfor er det nødvendigt at erindre, at verden for en given person ofte ikke er større end hans eget øje kan skue. Et historisk eksempel på selektivt syn i en konflikt findes med Lord Nelson, der bevidst satte kikkerten for det blinde øje i Slaget på Reden i 1801. Det er imidlertid sjældent, at denne uvidenhed er tilsigtet eller end-sige bevidst - ej heller på et mere videnskabeligt plan³.

Den skråsikre jurist med ubegrænset tiltro til domstolsprocessen og -systemet vil dog naturligvis se den hidtidige udvikling i retning af styrket jurisdiktion som den eneste rigtige og måske endda måle succesen i, hvor reguleret et givent område måtte være. En følge af større regulering ifølge dennes teori vil være større retssikkerhed.

2.1.2 Løsning af konflikter i Danmark

Danske Lov (DL) havde bestemmelser om alternativer til Domstolene. Ud over DL 1-2-15 og DL 5-2-68, der direkte omtaler forligsmægling, kan også nævnes DL 1-6-1 der var gyldig helt frem til voldgiftslovens vedtagelse i 1930.

Endvidere vedtoges Forordningen af 10. juli 1795 ”*der paabød, at foregaaende Forligsmægling ved en offentlig autoritet skal finde Sted for alle civile processors vedkommende*”⁴.

Her er således et eksempel på tvungen forligsmægling. Reglen blev imidlertid ophævet i 1952⁵, hvor dens anvendelse allerede var udhulet. Derfor har tvungen forligsmægling for en dansk jurist været reduceret til Retsplejelovens bestemmelser i kapitel 26 om forligsmægling i 1. instans.

¹ “The Mediation Process” s. 20-22

² ”Konflikt, tvist og mægling” s. 353ff

³ „Lovene og Livet“, s. 89

⁴ ”Forligsmægling”, s. 1

⁵ ”Konflikt, tvist og mægling” s. 80

2.2 Rettsociologisk perspektiv

Som nævnt i det historiske afsnit og med henvisningen til Dalberg Larsen er det min opfattelse, at forskellige videnskaber ikke kan stå alene, hvis man søger at fastlægge det fulde billede. Således bør også sociologiske teorier ses i forbindelse med den samtid, hvori de er udviklet. Mange teorier om rettens rolle i samfundet er jo også baseret på skæven til andre videnskaber. Som eksempel herpå kan nævnes Alf Ross' flirt med naturvidenskaben og Jeremy Benthams paralleller til lægevidenskaben⁶. Ross' og Benthams valg af videnskaber som forbilledlige kan jo blandt andet have en vis sammenhæng med, at Bentham levede på en tid, hvor de klassiske fag - herunder lægevidenskab - stadig var ganske dominerende, og at Alf Ross' prognoseteori er formet før mange nye videnskaber har taget form, f.eks. før statskundskab, antropologi m.fl.

Dette forhindrer imidlertid ikke teorierne i til stadighed at være gældende. Således har Bentham været én blandt flere inspirationskilder for både amerikansk pragmatisme såvel som Habermas. Hans engagement for det utilitaristiske syn med nyttebetragtninger var formentlig en af grundene til, at hans sagførerkarriere var "*kortvarig*"⁷. Således har der også dengang hos Bentham været fokus på den begrænsede nytteeffekt, der er i, at lærde advokater strides om dette og hint. Det kan anføres, at et samfund bliver rigere af ingeniører der bygger broer, og læger der redder liv, ikke af advokater der overtager folks konflikter og modarbejder hinanden. På samme måde som det kommer til udtryk i den danske forordning om mægling i civile sager fra 1795 mener han derfor, at

*"I privatretlige sager måtte man dog primært forsøge at **forlige parterne**, og her til mente han, at en helt uformel behandling uden indblanding af advokater var det bedste egnede middel"*

og

*"Først og fremmest ønskede han med sine reformforslag at ramme alle de formelle procedureregler, der i tidens løb var udviklet til et uhyre kompliceret teknisk system, og sætte hensynet til et **hurtigt procesforløb**, der sigtede mod et **materielt rigtigt** resultat i spidsen,"⁸*

Det må naturligvis erindres, at England altid har haft en tradition for et besværligt case law baseret system og teorien må nok anskues i dette lys. Uanset dette må utilitarismens syn på retsvidenskaben på det private område dog være en nytteorienteret og meget pragmatisk holdning, der også

⁶ "Retsvidenskaben som samfundsvidenskab", s.140

⁷ "Retsvidenskaben som samfundsvidenskab", s. 114

⁸ "Retsvidenskaben som samfundsvidenskab", s.146

i et nutidigt dansk system ville gå ind for forlig i formentlig alle ikke-principielle sager.⁹

En svaghed ved Benthams teori er, at den konsekvent nytteorienterede tilgang i mange sammenhænge synes for vidtgående eller i hvert fald ikke inddrager andre relevante forhold. Han er beskrevet som en excentrisk person hvis ånd

”... ikke var typisk for det almindelige menneskes natur. Han havde ingen sympati for mange af de naturligste og stærkeste følelser i menneskenaturen...”¹⁰.

Som det også anføres, skal hans teorier derfor ses i dette lys.

Det er et problem, der også finder anvendelse senere i dette speciale. Jura, konflikter og den tilknyttede teori omhandler mennesker og deres adfærd. Det skaber uværgerligt problemer hvis man hovedløst tager udgangspunkt i Benthams nytte/ulyst-teori og til stadighed rationelt begrundede adfærdsmønstre. I både den juridiske og den psykologiske begrebsverden om konfliktrappen¹¹ finder man det således beskrevet, at mennesket i mange henseender handler irrationelt eller på baggrund af følelser.

Den brede pragmatiske relation til mægling findes i det sandhedsbegreb der angiver, at *”man bør definere en sætning som sand, dersom det fører til gavnlige resultater at handle ud fra den”¹²*. Hermed er der etableret forbindelse til amerikanske jurister som Brandeis, Cardozo og Pound¹³, der ønsker at sikre at retten bliver omformet, så den svarer til de aktuelle behov i samfundet¹⁴.

Særligt Pound er der grund til at nævne da han, en overgang, søgte svar i psykologien blandt andet hvilke hensyn retten særlig skulle beskytte.¹⁵

Inddragelse af psykologiske faktorer og ønsket om at lade retten svare til samfundet, i stedet for omvendt, er netop et af ønskerne med mediationsprocessen. Man søger netop at opnå en smidig, ikke-hæmmende sagsbehandlingsform, hvor man næsten vil tøve med at kalde det en proces, da dette ikke blot beskriver noget der skrider fremad, men som nemt vil lede tankerne hen på en låst domstolsrelateret aktivitet. Der kan således i den pragmatisme, der ligger til grund for mediation findes tanker, der kan føres tilbage til Bentham.

Pragmatisme har imidlertid også påvirket forskellige samfundsforskere i det kontinentale Europa¹⁶. Således kan Habermas ikke sige sig fri for at

⁹ Samme hensyn ses deri, at Højesteret ikke længere er almindelig ankeinstans, men for fremtiden er forbeholdt særligt principielle sager.

¹⁰ ”Retsvidenskaben som samfundsvidenskab”, s.115

¹¹ Se afsnit 2.3

¹² ”Pragmatisk retsteori”, s. 13-14

¹³ Pound omtales også i afsnit 3

¹⁴ ”Pragmatisk retsteori”, s.37

¹⁵ ”Retsvidenskaben som samfundsvidenskab”, s. 348

¹⁶ ”Pragmatisk retsteori”, s.13

være påvirket af denne. Bentham søgte at opstille regler, der tjente et formål for borgerne og optimerede deres lykkefølelse. Hvis de ikke havde denne egenskab, havde de ingen berettigelse. Habermas vurderer på samme måde heller ikke love ud fra idealer, men legitimerer dem ud fra, om de afspejler borgernes holdning til, hvordan de bør indrettes.

Habermas betragter det som et skræmmescenarium, at juristerne flytter sig fra den almindelige befolkning og dermed mister dens opbakning, da det er denne, der legitimerer deres eksistens. Man kan på denne måde argumentere for, at en mæglingsproces hvor parterne bevarer ejerskabet af deres egen konflikt er velkommen hos Habermas, da juristerne netop ikke kan komme med en løsning, der ligger parterne fjernt, når de ikke besidder beslutningskompetencen.

Omvendt kan der også nævnes en pragmatiker som Posner, der har en vis lighed med Bentham for så vidt angår et forsimplet menneskesyn. I modsætning til de ovenstående samfundsfilosoffer mener han dog ikke, at man med tilfredsstillende klarhed kan hente resultater ud af en forskning baseret på rettens virkning i samfundet.¹⁷

I den forbindelse bliver det oplagt at nævne Luhmann, der mener, at rettens eneste opgave er at skabe forudberegnelighed i afgørelserne¹⁸. Hvis man fratager sager fra domstolsvæsenet til afgørelse ved mægling, vil der altså ske en svækkelse som følge af både indskrænket offentlighed såvel som indskrænket beslutningskompetence til domstolene, hvorfor Luhmann ikke kan være tilhænger af alternative konfliktløsningsformer. Det forekommer dog, til forskel fra Habermas, i øvrigt noget menneskefjernt og problematisk helt at se bort fra individets interesser og følelser i relation til retten. Fagretninger med en ”blødere” tilgang til konflikt er svære at indpasse her.

Om retsmisbrug

Der har fra tid til andet været stillet et kritisk spørgsmål omkring retssikkerheden ved mediation, som alternativ til en domstolsløsning, især hvor man har konstellationen stærk og svag part. Dog kan der til fordel for mediation argumenteres for at der, idet der ikke er fokus på juridiske rettigheder, men på reelle ægte interesser, næppe sker det samme retsmisbrug som det kendes fra ”Retsmisbrug i formueretten”¹⁹.

Den pragmatiske baggrund er således her en fordel set i retning af et materielt rigtigt resultat. Det kan generelt diskuteres om man anser forudberegneligheden for at være af den vigtighed som Luhmann angiver, men der kan for mig at se ikke være tvivl om, at den ikke kan være vigtigere end opnåelse af det materielt rigtige resultat, der som i eksempler med ret(tighed)smisbrug formentligt i højere grad vil blive fremmet ved me-

¹⁷ ”Pragmatisk retsteori”, 2001, s. 57

¹⁸ ”Lovene og livet”, 1999, s.62

¹⁹ Dr.jur Jens Evalds doktorafhandling

diation. Det kan naturligvis anføres at lovgivningen jo netop har disse "sikkerhedsventiler" som anført i dommen, men dels er det måske ikke i alle tilfælde disse bliver benyttet, og dels kræver det, at sagen bliver ført for domstolene. Ønsket om forudberegnelighed er vel i nogen grad et ønske om rigtige afgørelser, således at borgerne opretholder en tillid til retssikkerheden og domstolene.

Det må være op til den enkelte at tage stilling til, om der i almindelighed skabes den forudberegnelighed, Luhmann ønsker. Personligt finder jeg ikke teorien overbevisende, med den begrundelse at domstolenes opgave er at træffe afgørelse i sager mellem mennesker, ikke at skabe præcedens til brug for juridisk forskning²⁰.

2.3 Psykologisk perspektiv

I mediation anvendes forskellige fagdiscipliner herunder især psykologiske principper og værktøjer. Det er nødvendigt at stifte nærmere bekendtskab med disse teorier og teknikker for at kunne forstå deres betydning for mediation også i en retlig kontekst. I det følgende gives derfor en grundlæggende introduktion til den psykologiske tilgang til konflikter, der kan være noget anderledes end for eksempel den juridiske.

"De fleste mennesker vil formentlig kunne blive enige om at se konflikter som et grundvilkår ved den menneskelige eksistens"

Således indleder erhvervspsykolog Gitte Haslebo et kapitel om konfliktløsning²¹. Uanset om "de fleste mennesker" tænker sådan af sig selv, er det en typisk psykologisk tilgang²².

Professor ved Western Kentucky University M. Afzalur Rahim er eksponent for en teknisk-rationel tilgang. Rahim hævder, at konflikter kan være både positive og negative. For praktiserende jurister og psykologer, der til daglig oplever folk i krise, forekommer Rahims teori om, at et for højt konfliktniveau kan være ødelæggende, naturlig. For forretningsfolk og erhvervsjurister må det imidlertid være anledning til genovervejelse, at et for lavt konfliktniveau i en organisation kan være et udtryk for "*stagnation, ineffektive beslutninger og ringe engagement*"²³. Dette er således

²⁰ Se eks. debatten "om domsbegrundelsen" i U1970B245-56, 261-72 og s. 277-80, U1971B65-68 og s. 85

²¹ "Relationer i organisationer" af Gitte Haslebo – Kapitel 14: Konfliktløsning – når relationer er beskadiget

²² Vibeke Vindeløv anvender den også i "Konfliktmægling": "*Konflikter anses derfor som en social realitet, som det er nødvendigt at forholde sig konstruktivt til. Ud fra denne konfliktopfattelse er destruktivitet i konflikter altså ikke en naturnødvendighed*". Boserup angiver i "En konflikt, to vindere" s. 16: "*Konflikt bør opleves som et naturligt fænomen, der ikke umiddelbart bør forbindes med negative eller positive værdier*"

²³ "Relationer i organisationer" s. 263

en dybere beskrivelse af den almindelige tilgang at konflikter er et livsvilkår.

Der er dermed tale om en anden tilgang, end den vi typisk ser hos jurister. Her oplevede vi en tilgang som gik ud på, at konflikter er negative, og formålet med forlig var, at få dem ryddet af vejen hurtigst muligt²⁴.

En central psykologisk teori i mediation er beskrivelse af en konflikts udvikling ved hjælp af konfliktrappen²⁵ (se bilag 1 – udeladt på rettid.dk).

Heri ligger formentligt også en typisk forskel mellem juristers og psykologers praktiske oplevelse af konflikter. Hvor jurister ofte først bliver forelagt problemet sent i forløbet på et højt konfliktrin, kommer psykologerne tidligere ind i billedet. De er også bedre uddannede til at forstå de menneskelige mekanismer der gør, at konflikten gradvist er rykket opad. Dette må naturligvis være en fordel i mediationssituationen, hvor formålet er at få konflikten rykket nedad, så parterne igen kan forholde sig konstruktivt. Der vil juristen formentligt oftere mangle teoretiske kundskaber og må nøjes med at være konstaterende.

Erhvervspsykolog Gitte Haslebo anvender følgende beskrivelse, der er et udtryk for oprykning på konfliktrappen²⁶:

”med andre ord kan følelser, der ikke er under kontrol, gøre kloge mennesker dumme”

Fra såvel en juridisk som en psykologisk tilgang til mediation er der enighed om at:

*”Mediator ikke er terapeut og skal **ikke** behandle en eventuel krisetilstand”²⁷*

Psykologistuderende Dorthe Sund From angiver i sin kandidatafhandling om mediation, at:

”den pragmatiske udvikling og anvendelse passer ikke med praksisnormen for psykologer om, at enhver intervention i praksis bør være baseret på kundskab og viden”

Allerede på grund af mediationens mere fleksible struktur, men også på grund af kravene til mediationens deltagere²⁸ er en terapeutisk behandling altså også for psykologer udelukket.

²⁴ I ”En konflikt, to vindere” s. 54 henviser Boserup således til omkostningseffektiviteten og besparelsesmulighederne på alle niveauer heriblandt hos store virksomheder som eksempelvis: Coca Cola, I.B.M, Xerox og AT&T

²⁵ Er eksempelvis gengivet i ”Konfliktmægling”, s.56

²⁶ ”Relationer i organisationer”, s. 157

²⁷ Mediationsprocessen s. 105 – (Ordet ”**ikke**” er her angivet med fed, da originalen var kursiveret.)

Den vigtige forskel på de to professioner er at:

”psykologers uddannelse og praksis har givet en indsigt i nogle psykologiske processer (f.eks. forsvarsmekanismer, falske erindringer og mentale konstruktioner) der gør, at de forstår, at parter på oprigtig vis kan opleve tingene på vidt forskellig og uforenelig vis”²⁹

Modsatningen hertil er jurister. Uanset om man vælger Jørgen Dalberg-Larsens eller Alf Ross’ beskrivelse af juristens metode³⁰, er situationen, at jus skal kombineres med fakta, hvor der til brug for den endelige subsumption kun kan bruges ét sæt fakta, der følgelig defineres som den objektive sandhed. Dette kan skabe det problem, at parternes divergerende opfattelser for juristen nemt bliver til sandt og falsk, med potentielle neutralitetsproblemer til følge³¹.

Uanset at de uegnede personkategorier heldigvis er en undtagelse er det tankevækkende, at den fra juridisk side frembragte litteratur forekommer fuldstændigt blottet for disse overvejelser og problemstillings eksistens. Det paradoksale herved ligger i mine øjne netop deri, at problemerne ved mediation med en af disse personkategorier kan føre til retssikkerhedsproblemer, som ellers netop er et typisk kritikpunkt for jurister³². Forklaringen herpå er efter min mening den i afsnit 2.1.1 behandlede om professioners blinde øje.

3. Mediations opståen og grundidé

Det fremgår af afsnit 2.1, at ideen om at lade en konflikt løse af en neutral tredjemand ikke er ny. Når der i dette afsnit tales om mediationens opståen er der herefter tale om den første anvendelse af begrebet ”mediation”, baggrunden for dens opståen og den retlige kontekst. Denne gennemgang har til formål at danne grundlag for en senere sammenligning af den danske mediationsmodel og den oprindelige. Der vil således ikke være tale om en detaljeret gennemgang af de i mediation anvendte redskaber eller processen trin for trin.

USA har altid haft tradition for en tung, tidskrævende og ikke mindst dyr juridisk proces. Dette var i 1960’erne og starten af 1970’erne ganske udpræget og man søgte vidt efter en løsning af dette problem. Afholdel-

²⁸ misbrugere, karakterafvigere og psykotiske personer er eksempelvis ikke egnede til at deltage i mediation

²⁹ ”Centrale psykologiske betingelser for mægling af konflikter ved mediation” s. 67

³⁰ ”Konflikt, tvist og mægling” s. 69

³¹ ”Mediationsprocessen” s. 126

³² Se eksempelvis ”Retsmægling ctr. Retssikkerhed” af advokat Poul Gudberg i Advokaten 7/8-2003

sen af The Pound Conference³³ i 1976 førte således til igangsættelse af pilotprojekter til afklaring af mediationens potentiale som alternativ konfliktløsning (i forhold til domstolene), i Kansas City, Atlanta og Los Angeles.

3.1 Mediation er en del af ADR (Alternative Dispute Resolution)

Stort set samtidig fremsatte Professor Frank E. A. Sander fra Harvard ideen om et Multi-door Court House. Begrebet dækker over, at der inden for samme retsbygning skal kunne tilbydes flere alternativer til løsning af en konflikt afhængigt af, hvilken type der passer bedst. Der ses således allerede en pragmatisk og fleksibel tilgang, hvor antallet af muligheder netop er styrken ved systemet, da man altid får den optimale type behandling af sagen.

Det bemærkes, at denne variation altså foregår i domstolsregi, og således i offentligt regi. Dette må tages som udtryk for en mere eller mindre bevidst vurdering af, at opgaven løses bedst i offentligt regi.

Multidoor courthouse dækker over en bred samlebetegnelse af flere forskellige alternative konfliktløsningsformer. Da mediation og ADR dermed har udviklet sig fra samme tidspunkt og mediation pr. definition var en del af ADR-tanken, er det ikke underligt, at man, for at få det fulde billede af mediation, også må have en grundlæggende forståelse for ADR.

Denne progressivitet og nytænkning har siden ført til mange forskellige hybrider af alternative konfliktløsningsformer.³⁴

Med historien in mente er det ikke overraskende, at et af de siden hen klassiske argumenter for mediation og ADR generelt er en signifikant nedbringelse af sagsbehandlingstiden.

En anden af de absolutte hovedårsager til mediationens opståen eller begrebsmæssige fastlæggelse blev lagt med Roger Fisher og William Urys "Getting to yes – negotiating an agreement without giving in". Bogens forfattere er tilknyttet Harvard negotiation project og allerede her ses således en klar sammenhæng mellem klassisk forhandlingsteori og mediation. Bogens fire hovedpunkter til en god forhandling for begge parter (win-win) er:

1. Separate the people from the problem
2. Focus on interests, not positions
3. Invent options for mutual gain
4. Insist on using objective criteria

³³ Roscoe Pound udgav "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice" i 1906. "Kimberlee K. Kowach" s. 32

³⁴ Der er forskel i graden af juridisk indhold. Som eksempel kan nævnes: Med-arb, arb-med, Private Judging, Neutral Expert Fact Finding, MiniTrial, Ombudsman og Summary Jury Trial. "Dispute Resolution" s. 5

Punkt 2 og 3 indeholder en parallel til Habermas' borgertilfredshedskriterium og Benthams lykkemaksimering.

Mediations opståen skal således ses som en del af et større kompleks af ADR (alternative dispute resolution). Der er her tale om en samlebetegnelse for alternative konfliktløsningsformer. Der anvendes i disse konfliktløsningsformer nogle forskellige hjælpevidenskaber og teorier. For at få det fulde indblik i mediation er der til sammenligning behov for mange andre værktøjer i form af primært forhandlingsteknisk teori og psykologi, men jura anvendes også i nogle tilfælde i varierende omfang.

Som tidligere nævnt er grænserne for de enkelte ADR-former, og dermed mediation, ikke altid klart definerbare³⁵. Til at fremme overblikket er som bilag 2 optrykt vejledning i skemaform³⁶. (bilag udeladt på rettid.dk)

3.2. De forskellige strømninger inden for mediation,

I kraft af mediationens nære relation til ADR eksisterer der ikke én almen gyldig definition af begrebet mediation. Der er dog generel enighed om, at mediation er en konfliktløsningsmetode med en neutral tredjemand kaldet mediator.

Parterne kan i nogle tilfælde have fordel af at medbringe en bisidder, der *kan* være advokat. Deltagelse i mediation er langt de fleste steder frivillig, dog opererer man enkelte steder, med court-ordered mediation. Der er derimod uenighed om, hvorvidt mediationen kan have et juridisk indhold, og om selve processen er af mere eller mindre fastlåst karakter

Det er vigtigt at huske på, at parterne i mediation, i modsætning til voldgift og almindelige retssager, bevarer retten og beslutningskompetencen til deres egen konflikt. Mediation har således større lighed med almindelig forhandling og forhandlingsteori. Mediation er med andre ord forhandling, hvor tredjemands rolle er, at bringe parterne til at tale sammen igen. Tredjemand skal ikke løse konflikten, men en konflikt eller forhandling, der allerede er gået i hårdknode vil naturligvis kun sjældent blive løst alene af, at der tilføjes en person som passivt overværer forhandlingen. Mediator må således i et vist omfang have en aktiv rolle. Mediationens karakter af forhandling mellem parter forklarer, hvorfor en bog om forhandlingsteori kan få så stor indflydelse på mediation som den omtalte "Getting to yes".

3.2.1 De 5 modeller

Over tid har forskellige aktører, oftest jurister eller psykologer, skabt deres helt egen forståelse af mediation tilpasset de aktuelle behov. Disse grundlæggende modeller beskrives i det følgende.

³⁵ Er man i tvivl herom henvises der til Claus Kaare Philips og Mads Bryde Andersens diskussioner i Advokaten nr. 1 og 3/2005. Denne er opridset under punkt 4.1.4

³⁶ "Dispute Resolution" s. 4-5

3.2.1.1 *Aftalefokuseret mediation*³⁷

Det altoverskyggende formål her er at få en aftale i stand. Denne skal dog også være holdbar på sigt forstået på den måde, at parterne skal efterleve den, hvilket bedst gøres ad frivillighedens vej. Den største inspirationskilde er Harvard negotiation workshop og den heraf afledte "Getting to yes". Effektiviteten er prioriteret højt både for så vidt angår tidsforbruget, som at der rent faktisk nås en løsning.

Denne model har haft stor anvendelse hos jurister og forretningsfolk. Dens tilblivelse i et videnskabeligt univers, dens brugere og prioriteringen af effektivitet betyder, at mere følelsesbetonede og psykologiske sider af en konflikt kun har berettigelse i den udstrækning, det er åbenlyst nødvendigt for at opnå en aftale, men anvendelse af disse "blødere faktorer" vil være atypiske for denne mediationsform. Der ses ikke betænkelse ved anvendelse af separate møder.

3.2.1.2 *Kognitiv mediation*

Denne mediationsform har på sin vis en del til fælles med den aftalefokuserede. Teorien handler om at udvikle tanker om, hvordan man tænker ("thinking about your thinking"). Således er der også her fokus på omdefinering af interesser, som det kendes fra "Getting to yes". Teoriens fire vigtigste komponenter er hypotesefrembringelse, strategilægning, neutralitet og refleksive spørgsmål. Det forekommer oplagt at hypotesefrembringelsen og de refleksive spørgsmål er udtryk for mediators opgave, der her er at bringe parterne i tale, men at de selv via spørgsmål skal bringe sig videre.

Denne retningskrav til mæglerens neutralitet kan sætte sine begrænsninger. Som det kan ses inddrager denne model som udgangspunkt heller ikke følelser i lighed med den aftalefokuserede mediation, men det kan vel næppe udelukkes, at der kan være et vist følelsesmæssigt præg i forbindelse med de refleksive spørgsmål, hvilket vil være tilfældet i højere grad end i den aftalefokuserede model.

3.2.1.3 *Humanistisk mediation*

Denne form er i sin natur klart adskillelig fra de to foregående. Følelser har i en helt anden grad betydning, end i de to førnævnte former, hvilket skyldes, at der typisk er tale om et forhold mellem offer og gerningsmand. Anvendelsesområdet er således snævert og ikke af større interesse i denne sammenhæng.

3.2.1.4 *Transformativ mediation*

Udgivelsen af "The promise of mediation" i 1994 er fundamentet for transformativ mediation. Med den tidsmæssige forskel i erindring må det

³⁷ Mediationsprocessen, s. 80

antages, at der er tale om en modreaktion til en del af det indhold, som den aftalefokuserede model stod for. Denne reaktion byggede på mediators erfaring om, at den nyvundne respekt og gensidige forståelse ofte var en større gevinst for parterne end den indgåede aftale.

Modellen har således ligheder med den humanistiske mediation, idet begreberne "empowerment" og "recognition" (anerkendelse) har højeste fokus. Det er således bemærkelsesværdigt, at en mediation kan være fuldt ud tilfredsstillende, selv om en aftale ikke er opnået, hvis blot "empowerment" og "recognition" er opnået. Der er således et helt andet fokus end i den aftalefokuserede mediation

3.2.1.5 Narrativ mediation

Den narrative mediation har til formål at dekonstruere parternes historie, så de ændrer syn på konflikten, hvorved der åbnes for nye løsningsforslag. Sidstnævnte er således i lighed med øvrige mediationsmodeller. Derimod er konflikter ifølge denne opfattelse nærmere at forstå som et "biprodukt af mangfoldighed snarere end et resultat af behov og interesser". Således er der taget afstand fra det lyst- og interesse-baserede syn som Bentham introducerede, og som i nogen grad ligger under den forhandlingsteknik som "Getting to Yes" fremstiller. Derimod opfattes individet som et produkt af sin kultur og nære sociale omgivelser, hvorfor den sociale kontekst også rummer nøglen til forståelse. Herefter er det ikke overraskende at forfatterne angiver, at et af succesområderne for narrativ mægling er mellem de indfødte og kolonimagten på New Zealand.

3.2.1.6 Sammenfatning

Efter denne gennemgang kan der med en vis rimelighed sondres mellem på den ene side den aftalefokuserede og den kognitive mediation, der tillægger en aftale stor betydning modsat følelser og andre blødere værdier. På den anden side kan der mere oplagt drages ligheder mellem den humanistiske, den transformative og den narrative mediation, da disse i højere grad har den modsatte prioritering.

Det er oplagt, at der i nogen grad står forskellige faggrupper bag de tilhørende modeller. Således er de to førstnævnte modeller i højere grad præget af jurister og forretningsfolk, hvorimod de øvrige har større kendskab til psykologi og etnografi m.v. I retssociologien anvendes begreberne genetisk og operationel retssociolog³⁸. Disse anvendes som hjælp til at beskrive, hvorvidt retssamfundet skabte juristerne eller omvendt. Her kan på samme måde anvendes nogle af de samme redskaber, når man skal anskue, hvorledes og hvorfor begrebet mediation har fået et givent indhold i bestemte sammenhænge. Der er næppe tvivl om, at de enkelte modeller er skabt af de samme professioner, som siden hen søger dem.

³⁸ "Lovene og Livet" s.49

3.2.2 Riskins Grid og "New New Grid"

Riskins Grid (bilag 3 – udeladt på rettid.dk) er den mest anvendte model til at indplacere forskellige mediationsformer. Udgangspunktet er som det ses et almindeligt koordinatsystem.

Med artiklen "Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: The New New³⁹ Grid System"⁴⁰ introducerede Leonard Riskin en ny og mere detaljeret måde at klassificere en mediationsproces. Ideen i denne model er bygget op på samme måde som den oprindelige grid, der har været brugt som model igen og igen⁴¹.

Grundlæggende kan man beskrive konceptet i den nye nye model som værende den at man fastholder den vandrette snæver-bred opstilling i sin helhed. Derimod søges akserne evaluativ-facilitativ kraftigt rafineret med følgende begrundelse:

"Although the problem-definition continuum still works well, the role-of-the-mediator continuum does not, for several reasons, the most important of which is that evaluating and facilitating are not really opposites. Besides, most mediators use techniques that fall into both these categories."

Om hans to tidligere forsøg på at opstille en model over mediationen skriver han:

"it has a static quality that ignores the dynamic, interactive nature of mediation; and it is grounded on the idea of mediator orientation (...) and ignores the role and influence of the parties"

3.2.2.1 Bred eller snæver

En anden sondring, som dog har relation til ovenstående, er, hvorvidt en mediationsform eller mediators virkemåde kan betegnes som bred eller snæver.

Boserup⁴² angiver, at den snævre facon vil betyde et fokus på det konkrete problem, som parterne har præsenteret. Der vil endvidere typisk være tale om at dele en begrænset ressource, hvorfor der i så fald lægges op til et forlig eller kompromis, hvor den ens gevinst udgør den andens tab. Modsat vil den brede tilgang hos mediator indeholde en opfattelse af, at de formulerede krav består af underliggende interesser, som skal søges defineret hos parterne. Denne tilgang skal bruges til dels at øge mulighederne for løsninger, der tilgodeser begge parter, dels til at komme ind til parternes virkelige motivationsfaktorer.

I Vindeløvs "Konfliktmægling" henvises der til en beskrivelse, som arbejder med fire niveauer, der nærmest breder sig som ringe i vandet.

³⁹ "The new Grid" havde visse fejl, hvorfor den måtte revurderes og blev til "New New Grid"

⁴⁰ Trykt i "Alternatives to the High Cost of Litigation" Vol. 23 no. 8 September 2005

⁴¹ Eksempelvis i Vindeløvs "Konfliktmægling"

⁴² Mediationsprocessen, s. 90

Første niveau er det inderste, hvor den snævre mediator vil holde sig indenfor, hvorimod den bredere favnende mediator også vil brede sig udad til andre, typisk blødere, værdier.

3.2.2.2 Facilitativ eller evaluativ

Den facilitative mediation indebærer, at mediator har en til tider stærkt tilbagetrukket rolle. Ordet indikerer, at mediators primære rolle er at stille faciliteterne til rådighed, men at parterne i høj grad selv har ansvaret og i hvert fald initiativret og -pligt.

Den evaluative mediation indebærer, at mediator til tider har en ganske stor indflydelse på processen. Ordet indikerer at mediators rolle er af aktiv karakter, fordi han i et vist omfang skal foretage en form for evaluering af sagen og på baggrund heraf have indflydelse på processen. Bose-rup angiver ligefrem, ”at mediator begrundet i andre personlige eller professionelle erfaringer ønsker at tilkendegive, at han er skeptisk over for parternes forslag”.

Dette er i skarp kontrast til den facilitative model, hvor han på ingen måde må fremsætte løsningsforslag, at han her ligefrem ”må skyde dem ned” Den evaluative mediator kan endda i nogle sammenhænge tillade og have brug for inddragelse af juridiske forhold. Det bemærkes, at de mest ekstreme former af evaluativ mediation kan grænse op til nogle mellemformer af ADR der ligger i grænseområdet mellem mediation og voldgift.

3.2.3 Sammenfatning

Der er i de nævnte forskelle blot tale om hovedlinier. Betegnelserne kombineres, og man vil eksempelvis ved en snæver-evaluativ mediation være nærmere den aftalefokuserede model, på samme måde som bred-faciliterende vil være rammende for den transformative model. Begrebernes bedste anvendelsesområder er imidlertid at skabe en større præcision omkring opfattelsen af, hvad der ligger i den ”rodekasse”, som har fået påskriften mediation⁴³.

4. Mediations udvikling i Danmark

4.1. Danske kilder

I dette afsnit redegøres for, hvorledes mediationens oprindelige ideer fra afsnit 3 har overlevet overgangen til danske forhold. Dette vil ske ved en kronologisk gennemgang af de væsentlige danske kilder, der omhandler praktisering af mediation i Danmark.

⁴³ Andre gange får man det klare indtryk ved anvendelsen ”mediation (ADR)” at forfatteren ikke er bekendt med forskellen på de to begreber

4.1.1 Hans Boserup & Susse Humle

Boserup udgav i 1993 bogen ”Én konflikt, to vindere” . Denne er i Skandinavien den første af sin art, og derfor må Hans Boserup anses for pionér på dette område. Sidenhen udgav han sammen med Susse Humle i 2001 ”Mediationsprocessen”. Et nærmere kendskab til værkerne vil afsløre at ”Én konflikt, to vindere”, der i sagens natur var grundlæggende og introducerende, i nogen grad i indholdet lever videre i den langt mere detaljerede opfølger.

Boserup nævner selv i sit forfatterskab at være inspireret af nogle af de klassiske værker inden for mediation⁴⁴, men nævner også

”...[s]ine meget forskellige lærere i Mediation Judith Rubenstein, Santa Barbara, Cal., Gary Friedmann, Mill Valley, Cal., og Jack Himmelstein, New York, - alle både Jurister og mediatorer, lod mig ved eksemplets magt forstå, ...”

Det forekommer oplagt, at Boserup har opnået sin viden på nærmeste hold i USA. Måske ligger der endvidere i lærernes forskelligheder en parallel til Boserups tilgang til mediation.

Hans første bogs fokus er naturligvis på grund af sin nyhedsværdi blandt andet at forklare om baggrunden for mediation og dens berettigelse. Derfor beskriver bogen blandt andet de effektivitetsfordele, som er et af de klassiske argumenter for mediation. Ligeledes perspektiverer bogen til det retlige alternativ, når en tvist skal løses.

Boserups debutbog er bygget op over tre hjørnestein, med nogenlunde lige stor vægt. Disse er win-win, psykologi og ADR. Dette ses ved, at der fokuseres på forhandlingsteori, der som ovenfor beskrevet er fra ”Getting to yes”. Det psykologiske element er støttet af psykologen Susse Humle, hvilket ses blandt andet på tilgangen til begrebet konflikt, der er behandlet i afsnittet ”psykologisk perspektiv” (afsnit 2.3) og i en grundig indføring i de psykologiske værktøjer omkring spørgeteknik. Begrebet ADR har også et stort fokus, allerede fordi ”mediation” på dette tidspunkt ikke er blevet udskilt som et begreb for sig selv, der måtte være hverken finere eller bedre. Udover henvisning til andre former for ADR og mellemformer heraf forekommer også det skema som er gengivet i afsnittet 3.1.1.

I ”Mediationsprocessen” fra 2001 søges der svar på dybere spørgsmål. Som det fremgår af bogens titel, gås der mere i detaljen med mediation og beskrivelsen af forskelle i blandt andet mediationsmodeller sker på et objektivt grundlag. Derudover kommer forfatterens subjektive tilgang til mediation naturligvis også til udtryk. Dette sker på de områder hvor der fagligt set er plads til eller typisk er divergerende holdninger til faglige spørgsmål.

Et eksempel på ovenstående er en fin gennemgang af fordele og ulemper ved brug af caucus (også benævnt ”separate møder”)⁴⁵. Denne følges op af:

⁴⁴ ”Mediate – don´t litigate”, ”Getting to yes” samt ”The Mediation Process”

*”Brugen af caucus varierer meget fra sagstype til sagstype og fra mediator til mediator, Nogle mediatorer kunne ikke forestille sig mediation uden brug af caucus, mens nogle få mediatorer aldrig bruger disse separate møder. Bruges caucus, bør man holde lige mange og lige lange møder med hver part”.*⁴⁶

Der udtrykkes ikke den betænkelighed, man ser ved Vibeke Vindeløv⁴⁷. Derimod tilslutter han sig den mulige anvendelse af caucus. Der er altså ikke tale om nogen begrænsning eller fordømmelse, men Hans Boserup lader det være op til den enkelte mediator fra sag til sag at beslutte om det skal anvendes, hvorved fleksibiliteten i processen bevares.

Spørgsmålet om anvendelse af caucus har også i nogen grad - for nogle forfattere - relation til spørgsmålet om mediationsstil. Her tænkes særlig på overgangen mellem facilitativ og evaluativ. Dette skyldes at en fare ved brug af caucus påpeges at være en øget indflydelse og manipulationsmulighed til mediator og dermed en reducere af parternes ”ejendomsret” til egen konflikt. Derved sker der i nogen grad en forflyttelse på skalaen fra facilitativ til evaluativ. Dette er baggrunden for, at anvendelse af caucus i nogle tilfælde møder større skepsis hos facilitative mediatorer end evaluative.

Boserups tilgang til de under afsnit 3.2. behandlede sondringer er en fleksibel og på sin vis pragmatisk tilgang. Fremgangsmåden i mediationen skal således afgøres ud fra lov, neutralitet og mediationens egentlige formål (prioritering af forhold som aftale, transformation, interesser og empowerment). Endelig finder han:

*”I virkelighedens verden har konfliktypen og de involverede ønsker større gennemslagskraft end teoretiske overvejelser. (...) Grundlæggende er der enighed om, at parterne skal gives valgmuligheder, og at parterne tillægges den endelige bestemmelse af mediationsformen og dermed mediators adfærd. Den virkelige kyndige mediator beshersker alle hovedstrømninger. Via indlevelse må mediator danne sig et indtryk af, hvilken metode der passer parterne bedst.”*⁴⁸

Dette er også i overensstemmelse med hans vilkår for mediation i praksis der kan findes på hans hjemmeside⁴⁹.

”Mediationen vil foregå som facilitativ mediation, hvor mediator ikke tilkendegiver sine meninger om sagens indhold eller om parterne muligheder for at vinde en retssag. Mediator kan lade mediationen foregå på 4 forskellige måder: 1) Fokus på behov, bekymringer, følelsesmæssig intelligens, 2) Fokus på aftale og inte-

⁴⁵ Mediators separate møder med hver part

⁴⁶ ”Mediationsprocessen”, s.13

⁴⁷ ”(...) fællesmøder bør være hovedreglen, og at separate møder kun anvendes når der er direkte grund herfor. Det anbefales dog at man undlader en alt for fastlåst opfattelse (...)” Konfliktmægling, s. 208

⁴⁸ Mediationsprocessen s. 96-97

⁴⁹ <http://www.mediator.dk/index-dansk.html> under ”detaljer”

resser, 3) Fokus på intellekt og systemteori, og 4) Fokus på relationer, empowerment og anerkendelse af forskelle”

Boserup bruger her blot ordet facilitativ til at understrege, at han ikke tilkendegiver meninger eller træffer afgørelse. Kombineret med anvendelse af de forskellige modellers fokus må facilitativ således forstås i bred forstand.

Der er således både i bog og praksis en udpræget tillid til hver af de forskellige modeller og tilgange til mediation. Den ene er ikke pr. definition bedre end den anden, men skal anvendes i de rette situationer. Dette kræver derimod høje kvalifikationer hos mediator.

”For megen fokus på teknik, procedurer og regler underminerer mediationskonceptet. En kort indføring i mediation er langt fra nok.(...) Desuden er der på de korte kurser fare for, at de studerende kun lærer den form for mediation, som læreren foretrækker.”

Boserup finder endvidere, at kvaliteten af mediatorer kun kan opnås og opretholdes ved uddannelse, erfaring og hyppig erfaringsudveksling mediatorerne imellem – både på tværs af konfliktområder og stilarter.⁵⁰

Med baggrund i ovenstående kan det konkluderes, at Boserup og Humle hylder en bred forståelse af mediation, i relation til mediationsmodellerne og de delvis beslægtede sondringer mellem bred og snæver samt facilitativ og evaluativ. Som nævnt indledningsvist i dette afsnit har Boserup lært fra nogle ifølge ham selv meget forskellige mediatorer. Det kan næppe afvises at Boserups opfattelse har sammenhæng hermed.

4.1.2 Vibeke Vindeløv

Vindeløv angiver selv, at hendes interesse for mægling er startet på et tidspunkt i første halvdel af 1980’erne. De største værker i hendes forfatterskab på mediationsområdet består af doktorafhandlingen ”Konflikt, tvist og mægling” fra 1996⁵¹ samt ”Konfliktmægling” fra 2004. Herudover udkom sidstnævnte på engelsk i en let revideret udgave i 2007 med titlen ”Mediation – a non model”. Endelig er Vindeløv forfatter til en række artikler, hvoraf nogle⁵² er blevet til i samarbejde med Lin Adrian.

Indholdet i de to hovedværker, samt den mindre indholdsændring i den engelske udgave kan forklares og beskrives ud fra et tidsmæssigt og bag-

⁵⁰ Mediationsprocessen s. 121

⁵¹ Da der i dette speciale skal fastlægges en udviklingsretning er der også en interesse i en vis kronologisk præcision. I bogens printoplysninger og forord angives denne at være indleveret december 1995, antaget til forsvar april 1996, forsvaret i april 1997 og trykt i 1997

⁵² Vibeke Vindeløv og Lin Adrian: *Mægling - en anden konfliktløsningsmodel*, Advokaten, nr. 6, 1994, pp. 146- 147

Lin Adrian og Vibeke Vindeløv: *Mægling i civil konfliktløsning*. Advokatsamfundets festskrift i anledning af Retsplejelovens 75 års fødselsdag

grundsmæssigt perspektiv. Doktorafhandlingen er, som nævnt, fra midten af 1990'erne hvilket den bærer præg af. Konfliktbegrebet anskues endvidere i en juridisk kontekst. Dette fremgår blandt andet af en historisk og nutidig redegørelse for retssystemets konfliktbehandling og af en intensiv behandling af advokatens og dommerens rolle som forhandler. Endvidere kan også nævnes indføring i de samfundsteorier, der kendes fra den juridiske grunduddannelse. Der er således i væsentlig grad tale om en jurists bog til jurister.

Tidsmæssigt er der på dette tidspunkt ikke set en dansk egentlig indføring i mediation. Boserups "Én konflikt, to vindere" er således fortsat, trods sin overfladiske tilgang, det nærmeste bidrag til mediation i Danmark. "Konflikt, tvist og mægling" ændrer ikke herved, idet alene et enkelt afsnit på få sider bruger betegnelsen mediation. Det er dog naturligvis klart, at dette ikke betyder at der ikke ellers behandles nogle af de for mediation relevante spørgsmål.

I nogen udstrækning anvendes begrebet mægling også i forbindelse med nogle af de principper, der har store ligheder med mediation. Her tænkes eksempelvis på et skema⁵³, der sammenligner mægling, forlig og dom og dermed minder om det allerede i "Én konflikt, to vindere" opstillede skema. Den generelt begrænsede beskæftigelse med mediation kommer også til udtryk dersom dens henvisninger til den direkte mediationsrelaterede litteratur stort set begrænser sig til Christopher W. Moores "Becoming a mediator". Mediation som begreb må mere eller mindre beskrives som ukendt, og er således på dette tidspunkt endnu på introduktionsstadiet.

Følgelig har Vindeløv heller ikke taget stilling til enkelte problemstillinger og faglige diskussioner indenfor mediation.

Således anfører hun i mere fleksible vendinger end det ses senere i hendes forfatterskab hvorledes mægling udføres på forskellig vis i forskellige situationer. Som eksempel kan nævnes (med min understregning):

"Mæglerens rolle er ikke⁵⁴ at træffe en afgørelse, men at lære parterne at forhandle. Mæglerens rolle vil derfor nok være variabel i forhold til konfliktens tema, men mindst i lige så høj grad i forhold til de involverede parter og deres parathed til at indgå i en forhandlingsproces (...) Såvel parter som mægler fremstår således som formet bl.a. af den kontekst, hvori de indgår"⁵⁵

På samme måde redegører hun også objektivt for de gængse opfattelser omkring fordele og ulemper ved mæglerens fremsættelse af løsningsforslag og mæglerens intervention ved magtulighed⁵⁶. Ligeledes nævner hun,

⁵³ "Konflikt, tvist, mægling", s.152

⁵⁴ Ordet "**ikke**" er her angivet med fed, da originalen var kursiveret

⁵⁵ "Konflikt, tvist, mægling", s.144

⁵⁶ "Konflikt, tvist, mægling", s.144

uden at forhold sig hertil, fordele og ulemper ved en institutionalisering af mæglingsinstitutionen.

”Omvendt indebærer en mulig institutionalisering af mæglingsinstitutionen en risiko for fokusering på effektivitetshensyn og kvantitative gevinster snarere end kvalitative hensyn.”⁵⁷

Dette synspunkt genfindes senere i den generelle debat omkring mediationens udvikling⁵⁸.

Kendetegnende for ”Konflikt, tvist, mægling” er altså, at der ikke fra forfatterens side tages stilling til mange af disse spørgsmål, der typisk er genstand for diskussion i den traditionelle teoretiske behandling af mediation. Dette ændrer sig imidlertid med ”Konfliktmægling” fra 2004.

”Konfliktmægling” er dermed ikke kun klart mindre juridisk, men også tilsvarende mere et fokus på mediation eller konfliktmægling, som er det begreb Vindeløv vælger at bruge. Allerede af bogens forord fremgår, at Vindeløv nu har arbejdet dybere med mediation da hun nu udtrykker holdninger til faget.⁵⁹

Som tidligere nævnt i note 42 ses der hos Vindeløv en klar skepsis mod anvendelsen af separate møder. Der gives udtryk for bekymring over for aktiv mægler, og argumenteres for en mere tilbagetrukket mæglerrolle. Da disse holdninger giver sig til kende i et afsnit, der samtidig umiddelbart forekommer objektivt, har jeg foretaget understregninger i citatet for at vise hvilke steder jeg har fundet udtryk for, at Vindeløv er tilhænger af en mere passiv mediatorrolle.

”Man skal huske, at konflikten tilhører parterne, og at løsningen også skal være parternes. (...) Mægler har alene i kraft af sin rolle en vis autoritet, og fremkommer han med løsningsforslag, er der derfor en stor risiko for, at netop det forslag kommer til at spille en dominerende rolle i de senere forhandlinger (...) Finder mægler det i orden at fremkomme med forslag, må han i det mindste sikre sig, at han ikke kommer bare med ét, men med flere alternative forslag.”⁶⁰

Ved en opprioritering af parterne og tilsvarende nedprioritering af mægler, har Vindeløv på dette punkt vist en klar stillingtagen. Dette sker blandt andet med anvendelse af de subjektive ord ”stor” og ”vis”. Ligeledes forudsættes, at det nøje skal overvejes, om mægler må stille forslag og følgende skarpe krav til disse.

⁵⁷ ”Konflikt, tvist, mægling”, s.23

⁵⁸ Her tænkes eksempelvis på diskussionen om offentligt eller privat regi af Claus Kaare Pedersen i afsnit 4.1.4 og Boserups bekymringer i ”Mediationsprocessen” s.282

⁵⁹ ”Som beskrevet er mægling og konfliktløsning ikke emner, hvortil man kan forholde sig såkaldt neutral. Værdier og begreber som retfærdighed, sandhed, magt, neutralitet osv. vil til stridighed blive bragt i spil ikke bare for de involverede parter, men også for mægleren”. Konfliktmægling s. XV

⁶⁰ Konfliktmægling, s. 152-153

I afsnit 3.2.1.4 blev principperne i den transformative mediationsmodel kort beskrevet. Vindeløv skriver så klart som muligt, at hun er tilhænger af denne model, hvilket da også er i overensstemmelse med den netop påpegede holdning.

”Den transformative mægler baserer sig såvel på et konfliktsyn som et menneskesyn, der ligger tæt op ad antagelserne beskrevet i denne bog, idet konflikter anses for kriser, der indebærer muligheder for udvikling, og det enkelte menneske anses for i stand til og bedst til at træffe beslutninger for sig selv.”⁶¹

Således formuleres ikke kun tilhørsforholdet, men en anden formulering af de almindelige principper⁶² der også ses andre steder i bogen nemlig: ”konflikter er et livsvilkår” og ”ekspert på eget liv”. Det mest bemærkelsesværdige er ikke, at den ene model appellerer mere til hende end en anden, men mere det forhold, at modifikationer eller inspiration fra andre modeller næsten ikke berøres. Ej heller berøres den fleksibilitet, som der tidligere var lagt op til i ”Konflikt, tvist og mægling”.

Som nævnt står mediators foretrukne mediationstil ofte i forbindelse med dennes tidligere baggrund eller profession. Således kan det ikke undre, at en jurist, der tidligere har beskæftiget sig med et udpræget ”blødt” område, hvor følelser m.v. har stor indflydelse, i form af familieret og som er uddannet psykoterapeut, kan have en karakteristisk tilgang. Især den psykoterapeutiske baggrund må siges at kunne forklare den meget store fokus der (nu) er hos Vindeløv på empowerment og transformation hos den enkelte.

En anden mulig forklaring, på den ensidige tilgang, kan være inspirationen fra ”The Risk of Riskin’s Grid”⁶³, der retter kritik mod at for forskellige mediationsformer som evaluativ-snæver og facilitativ-bred samtidig kan betegnes som mægling. Lignende synspunkter fremsættes flere steder i ”Konfliktmægling”⁶⁴, og en tilslutning til denne opfattelse - at mediationsbegrebet ikke kan tåle at rumme for mange former - vil samtidig fremtvinge, at man i nogen grad må ”vælge side”.

I den engelske udgave ”Mediation – a non-model” der tidsmæssigt kun er knap tre år nyere ”Konfliktmægling”, er der en klar genkendelse i strukturen, der med enkelte undtagelser er overflyttet direkte. Med afsæt i denne afhandling er det mest interessante utvivlsomt at kapitel 21 om

⁶¹ Konfliktmægling, s. 251

⁶² Konfliktmægling, s. 99

⁶³ Konfliktmægling, s. 258

⁶⁴ Eksempelvis: ”denne uklarhed om værdigrundlaget bør ikke være dominerende (...) [det er] afgørende nødvendigt at lærebogsfremstillinger såvel som mere videnskabelige værker om emnet tør være tydelige omkring det motiverende værdigrundlag og forpligter sig i forhold til det. I modsat fald risikerer udøverne at mangle fodfæste og disciplinen langsomt at uddø” s. XIV og ”(...) [der er] grund til at frygte, at mægling også i Danmark vil blive udsat for pres, hvis man ikke i dag er meget præcis om hvad mægling er og hvordan det skal udøves.” s. 260

modellerne, Riskins Matrix og den skandinaviske model udgør kapitel 1 og 2 i den engelske udgave.

Denne fremrykning, som også er indikeret i bogens nye undertitel, må opfattes som en opprioritering af den allerede intensive fokus på værdier og tilgang til mediationsmodellerne, som findes i den danske udgave. De ganske markante udmeldinger om en mere "ren" mæglingsskulptur er således kun tiltaget i styrke, idet læseren nu indledningsvist i endnu højere grad bliver tvunget til at forholde sig til dette.

I "Konfliktmægling" introduceres begrebet "den danske model". Allerede her overvejes det at kalde den for den skandinaviske model i stedet, da den muligvis også - ifølge Vindeløv - er udbredt i Skandinavien. Det er fundamentet for den skandinaviske non-model, der beskrives i den engelske udgave⁶⁵. Tanken er, at denne skal være kvalitativt næsten hævet over de oprindelige fem modeller. Dette sker ved at anvende elementer fra de øvrige modeller, som er relevante i den konkrete situation.

*"Det betyder, at mægler i den danske model i vidt omfang står frit med hensyn til at anvende forskellige måder at arbejde på..."*⁶⁶

Da Boserup, som konstateret i afsnit 4.2.1. tidligere har gjort sig til fortæller for en fleksibel mediationstilgang, lyder det således plausibelt, at denne form skulle være udbredt i Danmark. Ikke desto mindre skinner det flere steder igennem⁶⁷ at Vindeløv, som tidligere påvist, er tilhænger af den transformativ model.

Endvidere må den tilbagevendende fokusering på værdigrundlag frem for modeller - antages trods alt at have en vis sammenhæng med modellerne. Vindeløv ønsker at frigøre den danske model fra de øvrige. Her bindes denne op til navnene: Grundtvig, Kierkegaard, Løgstrup og Hal Koch. Under gennemgang af "Konflikt, tvist og mægling" vil man støde på disse forfatters navne. Bortset herfra er det tvivlsomt, hvor mange af de praktiserende mediatorer og mediatoradvokater, der umiddelbart er i stand til at fortælle "hvem, hvad, hvor?" om eksempelvis Hal Koch⁶⁸, og efterfølgende trække den relevante parallel. Hvorvidt, der er tale om et særligt dansk værdigrundlag, må således være tvivlsomt. Problematikken ligger også i, at disse værdier *kan* bruges og - efter min mening - bruges, som "falske lodder" der trækker i retning af den transformativ model, hvilket må forklares med det faktum at de nævnte personer overvejende er teologisk orienterede.

⁶⁵ "Mediation - a non-model" s. 14

⁶⁶ "Konfliktmægling" s. 263

⁶⁷ Eksempelvis ses det derved at Vindeløv på ingen måde åbner for en mediators fremsættelse af (in)direkte løsningsforslag, men at han gerne må søge at påvirke processen i et bredere perspektiv. "Konfliktmægling" s. 262-264

⁶⁸ Han var dr. i teologi og forfatter til værker om blandt andet demokrati

Føromtalte doktorafhandling henviser i betydeligt omfang til Alf Ross, og det er her nærliggende at drage en parallel til hans siden hen ofte kritiserede flirt med naturvidenskaben. Vindeløv fremsætter med teorien et ønske om frigørelse af den danske model fra de andre modeller, således at den bliver ægte og ren i kraft af sin frihed. Med navnet "non-model" søges den ophøjet til et højere niveau end de øvrige modeller. Således er der en fremtrædende lighed med Ross' ønske om at videnskabeliggøre retsvidenskaben på linie med naturvidenskaben og dermed ophøje den til noget særligt.

Idéen i non-model skulle dermed være at bevæge sig frit og plukke fra de forskellige stilarter. Denne idé begrænses dog i praksis af et værdigrundlag⁶⁹, der hælder betydeligt i den transformativ retning. Blandt andet som følge deraf opstår endvidere nogle klare ydergrænser for hvad der er "rigtig mægling", der især trækkes ved en for evaluativ⁷⁰ og i nogen grad også for snæver tilgang. På den anden side påpeges det også tit, at mægling ikke skal antage terapeutisk karakter, hvorfor ydergrænserne den anden vej også er afskåret.

Senere har Vindeløv gennem erfaringsudveksling med udenlandske mediatorer indset, at kombinationen af de forskellige mediationsformer ikke er et specielt skandinavisk fænomen, hvorfor tilnavnet "skandinavisk" altså er droppet i den engelske udgave⁷¹.

Vindeløv har dermed indledt sit forfatterskab med en neutral tilgang. Denne blev dog afløst af en transformativ tilgang og vid udstrækning ser hun en nødvendighed i at begrænse eller stærkt afgrænse begrebet mediation eller mægling som hun vælger at kalde det. I nogen grad har hun med non-model søgt at åbne for anvendelsen af flere tilgange, hvilket dog eksempelvis ikke findes at harmonere med den skepsis hun har fremført mod separate møder.

Som uddannelsesleder på "master i konfliktmægling" ved Københavns Universitet, underviser på mediatoruddannelser hos såvel Danmarks Domstole som Advokatsamfundet, og dr.jur ved Københavns Universitet er det næppe til diskussion at hun i dag har den absolut største indflydelse på den teoretiske side af mediation i Danmark.

4.1.3 Lin Adrian

I 2001 udkom "Konfliktløsning ved mediation". Den praktisk orienterede gennemgang af mediationsprocessen er gennemført konsekvent, og krydret med underholdende illustrationer. Dette underbygger forfatterens egen erklæring i bogens forord.

⁶⁹ "(...) of most importance to mediation is the values and assumptions that motivate the mediator and which are developed in the course of mediation (...)". Mediation – a non-model, s. 14

⁷⁰ Mægler må ifølge Vindeløv ikke fremsætte forslag overhovedet, endsige evaluere parternes fremsatte forslag. "Konfliktmægling" s. 202

⁷¹ "Mediation - a non-model", s.15

”Den bygger på min viden og praktiske erfaring, Bogen handler om, hvordan man gennemfører en mediation, og ikke så meget om teori, historie eller forskning på området. Det kan man læse om så mange andre steder”.

Det er da også kun bogens 1. og 12.-16. kapitel - i alt ca. 24 af bogens 110 sider - der udover det rent praktiske også indeholder teoretiske overvejelser, der kan siges at have mediationspolitisk interesse.

Lin Adrian har, som tidligere nævnt, i nogen grad kørt et parløb med Vibeke Vindeløv. Det er oplagt at Adrians og Vindeløvs tilgang er nært beslægtet, men i hvilken grad dette skyldes gensidig påvirkning af erfaringer eller holdninger er ikke til at sige. Det er næppe heller tilfældigt, at deres bøger har hver sit formål, praktisk contra teoretisk, men i holdning er beslægtede. Fra Adrians bog kan citeres:

”I faciliterende mediation er mediators fokus på processen. Mediator er alene proceskonsulent og hjælper parterne til at blive enige uden at forholde sig til sagens indhold. Det er den form for mediation denne bog handler om.”⁷²

”Den mediation, der er beskrevet i denne bog, tager udgangspunkt i den resultatorienterede mediation og blander med elementer af den transformative. En tredje skelnen mellem forskellige typer mediation er, hvorvidt parterne er sammen gennem hele mødet, eller (...) Denne bogs model er baseret på førstnævnte princip”⁷³

Således er den transformative model opprioriteret hos Adrian - dog ikke i så høj grad som hos den psykoterapeutuddannede Vindeløv. Endvidere er ingen af dem tilhængere af anvendelse af private møder.

I kraft af sit job som uddannelseskoordinator og underviser på retsmægleruddannelsen for Danmarks Domstole, og underviser og koordinator på ”Master i Konfliktmægling” har Adrian stor indflydelse på mediation i dk.

4.1.4 Claus Kaare Pedersen

Claus Kaare Pedersen, Advokat hos Philip og Partnere og medlem af Advokatrådet har to gange gjort sig særligt bemærket i debatten om mediation.

Den første gang var i Advokaten nr. 1 og 3/2005 med Mads Bryde Andersen i en faglig diskussion der vel i sig selv nåede konfliktstadiet. Denne debat er en glimrende illustratør for hvor forskellige holdninger der kan være til begrebet mediation. Meningsudvekslingen er nærmest blevet et symbol på en dansk udgave af en debat der også er helt central i udenlandske mediationskredse.

⁷² ”Konfliktløsning ved mediation”, s. 108

⁷³ ”Konfliktløsning ved mediation”, s. 110

Krigen startede da Mads Bryde Andersen lancerede begrebet ”Juridisk Mediation”, der mere minder om en ”early-neutral-evaluation”-proces, men som også kan siges at ligge på grænsen af en evaluativ mediationsproces.

Claus Kaare Pedersen valgte en belærende måde at redegøre for hvorledes processen ikke havde noget med mediation at gøre. Ved denne argumentation har han i særdeleshed gjort sig til tilhænger af den facilitative model som den ”eneste rigtige”

Endvidere har han med avisartiklen ”Offentlig mediation er et vildskud”,⁷⁴ søgt at påpege fordelene ved at overlade mediationsopgaven til de frie markedskræfter og det private erhvervsliv.

4.1.5 Danske forsøg med mediation

Mægling startede som et forsøg i Københavns Statsamt, men blev siden udvidet til at være landsdækkende. Målgruppen var forældre i konflikt om samvær. På denne måde er erfaringerne altså ikke fagmæssigt generelle, men fokuseret på dette specifikke familieretlige område.

Ikke desto mindre kan man ved en gennemgang af rapporten⁷⁵ se, at grundprincipperne er velkendte:

- En konflikt er hverken positiv eller negativ.
- Respekt for parternes forskellige opfattelser.
- Parterne definerer problem og konflikt.
- Tovinder-princip.
- Parterne selv, der finder løsninger.
- Frivillig deltagelse.
- Mæglerne er neutrale og kender ikke sagen på forhånd.⁷⁶

Det specielle i denne ordning består i, at der i processen deltog to ligeordnede mæglere i form af typisk en psykolog eller lignende og en jurist.

Generelt var der succes med at have to mediatorer, der kunne udøve deres respektive styrker på dette meget følelsesladede område. På samme måde var der i nogle få situationer også fordele af at have repræsentanter fra begge køn som mediatorer, hvilket oplagt skyldes konflikttypen.

”Der var en mand og en kvinde – det var godt. Hvis jeg sad med to kvinder – så ville jeg føle, at jeg ikke sad med samme kort som (eks-konen). Fordi kvinder tænker på en anden måde end mænd. Det var fairplay, og det, synes jeg, var ret vigtigt.” (Mand)⁷⁷

⁷⁴ Berlingske Tidende 24/11 2005

⁷⁵ Link til rapporten findes på

http://www.themis.dk/synopsis/index.asp?hovedramme=/searchinclude/seperations_og_skilsmissesagens_gang.html

⁷⁶ CASA-rapporten, s. 6

⁷⁷ CASA-rapporten, s. 62

Afslutningsvis kan det via følgende citat bemærkes, at mæglerne var meget klare om deres efterfølgende kompetenceudvikling, der i øvrigt findes at være i stor overensstemmelse med Boserups beskrivelser i "Mediationsprocessen".⁷⁸

"Mæglerne erfarer peger på, at det er værdifuldt, inspirerende og lærerigt, at der er to faglige baggrunde repræsenteret ved mæglingerne. (...) Desuden fremhæver mæglerne et behov for løbende efteruddannelse og erfaringsudveksling."

I øvrigt var der generel tilfredshed med ordningen, der viste de samme positive erfaringer som i det følgende domstolsforsøg.

4.1.5.2 Justitsministeriets evalueringsrapport

Forsøget begyndte den 1. marts 2003, men rapporten bygger på retsmæglinger fra perioden 11. september 2003 til 31. oktober 2004⁷⁹. En følgegruppe⁸⁰, der har læst rapporten, har bestået af kendte navne i mediationsammenhæng. Retsmæglingen bygger da også tydeligt på principper, der kendes fra mediation og ikke på en traditionel forligsmægling, som den hidtil har været kendt i domstolsregi.

I et kronologisk perspektiv kan det bemærkes, at Vindeløvs konfliktmægling er udkommet i forsøgsperioden, men at mæglerne, ifølge mine oplysninger i afsnit 4.2.7, er uddannet med "Mediationsprocessen" som grundbog. Det kan næppe afvises, at dette kan betyde mindre forskelle i mediatorernes adfærd⁸¹ på punkter, hvor der er divergerende holdninger forfatterne imellem, om end der måtte være tale om nuancer.

I "Notat om en forsøgsordning med retsmægling" fremsættes problemstillingerne omkring mæglerens rolle kun ganske basalt, hvorfor det også af denne årsag må formodes, at mæglerne stillingtagen på det teoretiske plan er udsprunget af uddannelsen mere end af disse retningslinjer.

I lighed med "Mediationsprocessen", der på et teoretisk plan var næsten eneherkende på dette tidspunkt, har der været mulighed for anvendelse af separate møder.

Der foreligger data fra mindst 351 forskellige retsmæglinger, men i praksis flere, selv om de langt fra alle er komplette i materialet. Alligevel er det den største og fagligt bredeste undersøgelse herhjemme.

Fordi der var tale om en forsøgsordning giver det sig selv, at alle de medvirkende parter frivilligt havde valgt mediation. Således har der altså ikke været tale om benyttelse af kontraktuelle mediationsklausuler eller

⁷⁸ Eksempelvis s. 121 og s. 299 sidst i note 192

⁷⁹ Evalueringsrapporten s. 15

⁸⁰ Evalueringsrapporten s. 5

⁸¹ En advokatmægler angiver direkte at være blevet ekstrem i den anden retning: "i overensstemmelse med det, der var god tone på bjerget" s. 59

lignende. Der har været tale om helt almindelige, men dog udvalgte, domstolssager.

Tillid til mediator er en grundlæggende forudsætning for en succesfuld mediationsproces. Dette er helt centralt for at parterne frivilligt spiller med. Der har været stor tillid til mediator i denne forsøgsordning⁸², men spørgsmålet om tillid viser sig flere steder, end der til tider argumenteres for i teorien.

Således er det min opfattelse, at ønsket om (co-)mediatorer, der besidder fagkundskaber på et givent område ikke er udtryk for, at denne skal afgøre sagen - heller ikke i evaluativt *inspirerede* tilgange. Såfremt mediator ikke har et basalt kendskab til komplekse problemstillinger, uanset at problemerne måtte være af underliggende karakter, kan dette forstyrre processen og tilliden til mediators evne til at styre processen, vise empati m.v. Dette kan i nogle tilfælde afhjælpes ved anvendelse af co-mediator.

Tilsvarende har jeg forståelse for den mediator, der i rapporten angiver konsekvent *ikke* at læse sagens akter inden start, for ikke at bide sig fast i ”forkerte fokuspunkter”. Imidlertid vil det være et *tillids*problem når enkelte parter⁸³ udtrykker irritation over, at mediator ikke har sat sig ind i sagen.

Tillid har stærk relation til neutraliteten, der ligeledes har væsentlig sammenhæng med mediators rolle, som har fået megen opmærksomhed i evalueringsrapporten.

Anvendelse af separate møder er brugt i gennemsnitligt 79% af sagerne og i nogle sagstyper endda så godt som alle⁸⁴. Teknikken er således et udbredt og vigtigt, i nogle sammenhænge endda fundamentalt⁸⁵ værktøj for langt de fleste mæglere.

Der argumenteres typisk fra facilitative tilhængere mod anvendelse af separate møder, ud fra den argumentation at separate møder er i modstrid med de grundlæggende principper (om at parternes *samspil* skal være i centrum). Især Vindeløv er, som tidligere påvist, skeptisk. Mediation er ikke et trylleredskab, og i de fleste tilfælde kan intet ændre parter i konflikt til perlevenner med et trylleslag.

Med den erkendelse in mente kan det kun betragtes som en succes, når værdierne for forståelse for modparten, modpartens forståelse for den adspurgte samt parternes fremtidige forhold ligger mellem 28% og 52%⁸⁶. De laveste værdier er typisk partens egen øgede forståelse. Dette antages at skyldes det forhold, at man på trods af en forbedring, stadig ubevidst

⁸² 92% angiver de i høj eller rimelig grad har opfattet mediator som upartisk, Evalueringsrapporten s.92

⁸³ Evalueringsrapporten s. 55

⁸⁴ Anvendt ”i næsten samtlige af de sager, der vedrører arbejdsforhold”, Evalueringsrapporten s. 24

⁸⁵ ”uden nogen som helst form for sammenligning det suverænt stærkeste værktøj, jeg har haft til rådighed.. (...) Advokatmægler”. Evalueringsrapporten s. 46

⁸⁶ Evalueringsrapporten s. 68-70

erindrer den følelsesmæssige situation m.v., man befandt sig i et stykke oppe ad konfliktrampen, hvor man har "skabt sin egen virkelighed" og har den illusion, at man selv er fejlfri og har forstået alle modpartens problemer (hvis der er nogen). I dette lys kan man konstatere, at den udbredte brug af caucus, hvor det har været nødvendigt, ikke har smidt det transformative sigte over bord.

Flere mæglere angiver, at parterne i separate møder er mere villige til at udvise reel forhandlingsvilje, at møderne har en katalyserende effekt og kan lette forståelsen af konflikten og dens baggrund⁸⁷. Det kan derfor virke besynderligt, at Vindeløv med sin facilitative tilgang er skeptisk overfor en teknik, der i praksis fremmer facilitative og underliggende eller transformative elementer i processen. Der kan dog ikke være tvivl om, at det transformative sigte bevares bedst ved - som en dommermægler udtrykker det - at trække de separate møder lidt for at undgå "*penduldiplo-matiske forhandlinger*"⁸⁸. Omvendt er det klart at møderne ikke skal trækkes til processen er gået i uoprettelig, åbenlys hårdknode, og at det ikke må reducere mæglerens rolle til budbringer⁸⁹.

Det er dog bemærkelsesværdigt, at 59 % af parterne i "høj grad" og 19 % "rimelig grad" "satte pris på at drøfte sagen, uden modparten var til stede".

Ud fra ovenstående argumenter kan det konkluderes, at separate møder er en central del af mediationsprocessen, der skal anvendes, i det omfang det er nødvendigt, men naturligvis ikke *misbruges*.

Mæglerens aktive rolle begrænser sig ikke til beslutningskompetence omkring anvendelse og omfanget af separate møder. I praksis har der også vist sig at være stor tilfredshed⁹⁰ med mæglerens fremsættelse af løsningsforslag, uanset at teorien, også på dette punkt i større eller mindre grad, er ganske tilbageholdende hermed.⁹¹

Teoriens holdning har også haft en klar betydning for mæglerens teoretiske holdning til løsningsforslag. De anser det for mindre positivt end parterne, og som følge heraf anvender mæglerne navnlig løsningsforslag som en sidste udvej hvor mæglingen er gået i "*hårdknode*"⁹².

⁸⁷ Alle tre argumenter, Evalueringsrapporten s. 47

⁸⁸ Evalueringsrapporten s. 48

⁸⁹ Dette synspunkt ses både beskrevet af en part på s. 50, men også i "*Making settlement work*" af Stacy Lee Burns: "*I don't think people come to me because they want a messenger just to take offers and demands back and forth... I think people come to me because I have the experience*"

⁹⁰ Evalueringsrapporten s. 61

⁹¹ Det skal bemærkes at fremsættelse af løsningsforslag naturligvis har ligget indenfor de udtrukne retningslinjer og at der som tidligere beskrevet er tale om en glidende overgang der dog aldrig er endt i en rent evaluerende form der mere minder om voldgift eller nogle af de mere ekstreme evaluerende mediationsformer, der kendes visse steder fra USA

⁹² Evalueringsrapporten s. 119

Problemstillingen aktualiseres yderligere af, at mæglerne ofte er bedre til at udtænke løsningsforslagene. Dette skyldes utvivlsomt ofte deres erfaring, og det ville have været betænkeligt at afskære dette aktiv, der i mange sammenhænge kan være af vital betydning for konfliktens løsning.

En anden forklaring er mæglers neutralitet, der betyder at hans forslag pr. definition starter som neutrale, i modsætning til partsadvokaternes.

"Jeg kunne godt have ønsket, at det var fra mægleren, de kreative idéer kom. (...) [i stedet for] det er noget, jeg sidder og slynger ud. For så tror modparten jo straks, at nu prøver jeg at tage røven på dem. (Advokatmægler)"⁹³

Denne fordel ved mæglers neutralitet må - om end den naturligvis ikke må misbruges - efter min opfattelse ikke afskæres som en konsekvens af ufleksible regler og teoretiske mæglingsideologier.

Det kan konstateres, at neutraliteten er vurderet som værende i top, tilhiden har været høj, og anvendelsen af separate møder har ikke fjernet de transformative hensyn

Det kan også konstateres, at teoriens til tider meget facilitative tilgang, på nogle områder i væsentlig grad viger for hensyn, der umiddelbart fremtræder som pragmatiske, men også har en teoretisk forklaring.

4.1.6 Mediatoradvokater

Mediatoradvokater består af medlemmer, som naturligvis er fra advokatstanden og sideløbende virker som advokater. Her bliver det vigtigt at erindre litteraturens centrale udgangspunkt om betydningen af at fralægge sig sin særlige fagbestemte tilgang.

Da mediation har sine største rødder i jura, psykologi og forhandlings-teori, og da jurister udgør en stor gruppe af mediatorer, kan det ikke overraske, at netop juristers tilgang til mediationsfaget i de fleste fremstillinger er genstand for særlig opmærksomhed.⁹⁴

En anden grund er også juristers ufleksible og gennemregulerede arbejdsfacon, hvor der skal træffes beslutninger på baggrund af særligt udvalgte fakta, som har juridisk relevans. Dette udgør en skarp kontrast til mediationens mere uformelle metode med samtidig opprioritering af bløde værdier, som jurister ofte vil frasortere.

Det kan således næppe undre, såfremt Mediatoradvokaters vedtægter, etiske regelsæt m.v. bærer visse juridiske karaktertræk.

En gennemgang af de etiske regler afslører også, at der er en vis lighed med de for advokater almindeligvis berørte emner. De etiske regler anvendes i høj grad til at redegøre for juridiske fokusområder så som retfærdighed og pligter. Advokaten er ubetinget klientens mand, modsat mediatoren, som er neutral. Mediatorrollen skaber dermed et behov for helt at fralægge sig den sædvanlige advokatrolle.

⁹³ Evalueringsrapporten s. 61

⁹⁴ Eksempelvis Lin Adrian s. 98

4.1.7 Uddannelsen til mediator

Der er kun ganske små forskelle mellem den uddannelse der tilbydes af Advokatsamfundet og Danmarks Domstole⁹⁵. Af hensyn til overskuelighedens og da hovedindholdet og opbygningen i dem begge er meget ens, vil alene Advokatsamfundets uddannelse blive gennemgået her.

Indledningsvis bemærkes, at uddannelseskravene hos de danske mediatoradvokater er fastlagt i deres vedtægter i § 5, og at medlemmer skal have

”... gennemført Advokatsamfundets mediatoruddannelse, Foreningen af Familieretsadvokaters mediatoruddannelse eller anden tilsvarende uddannelse godkendt af foreningens Uddannelsesudvalg (§ 7)...”

Reelt foreligger der altså næsten et monopol på at uddanne mediatorer fra advokatstanden, hvilket gør uddannelsen meget betydningsfuld. Dette kan dog have den fordel, at der rettes særlig opmærksomhed på distancering fra den juridiske baggrund.

Ekspertise på mediation og alternativ konfliktløsning tilegnes ikke blot i løbet af nogle dages kursus. Valg af pensum og den enkelte undervisers overbevisning kan potentielt også have stor betydning for kursisterne og den følgende udviklingsretning.

Det forhold at mange af deltagerne formentlig har en frivillig og brændende interesse for området taler for, at de selv rent fagligt søger ud over uddannelsens rammer, men den typiske arbejdsbelastning og tidspresset i branchen taler imidlertid for det modsatte. Der kan altså være fare for, at kursisten ikke ser ”det hele billede”, men kun eksempelvis ”den danske model”.

Denne formodning forstærkes af, at det ikke nogen steder er oplyst hvilket pensum⁹⁶, der bruges til undervisning. Det er dog lykket mig grundigt at gennemgå de tre mapper fra uddannelsen⁹⁷

Advokatsamfundets mediatoruddannelse anvender navnlig Vindeløvs ”Konfliktmægling” eller den engelske udgave af samme. Mappen indeholdt de to nye kapitler fra den engelske bog, hvor ideen eller teorien om en non-model præsenteres. På 2. modul anvendes Henry Brown⁹⁸ og Arthur Marriotts ”ADR Principles and Practice” hovedsagelig. Endvidere anvendes som supplement ”Mediationsprocessen”, der tidligere har været en grundsten.

⁹⁵ Justitsministeriet Evalueringsrapport s. 13

⁹⁶ En opringning til Advokatsamfundet gav ikke umiddelbart yderligere information, men blot en henvisning til at kontakte underviserne

⁹⁷ I den forbindelse skal der lyde en stor tak til Mogens Yde Knudsen og resten af Zacco, Århus, der stillede lokale og mapper til rådighed

⁹⁸ Brown har tidligere undervist på uddannelsen og deltaget i den danske debat med artiklen ”Engelske erfaringer” i Advokaten nr. 7/8-2003 - og været hovedperson i ”Mr. Mediator vil glæde begge parter i en konflikt”, Advokaten 04/2003

Herudover indgår tilsyneladende alle artikler, som har været trykt i ”Advokaten”, dagspressen og lignende steder. Psykoterapi, praktiske opgaver, øvelser og kommunikationsrelateret materiale, samt beskrivelser af forskellige personlighedstyper udfra psykologiske adfærdsbetragtninger fandtes også i materialet.

Endeligt indgår perspektiverende betragtninger på menneskets sociale væsen i forhandlinger, der tilsyneladende skal underminere den illusion at vi optræder rationelt.⁹⁹

Uddannelsen vil ikke blive gennemgået nærmere på dette sted, men det skal bemærkes, at den forekommer gennemført og velafbalanceret i sin sammensætning. Materialet tager højde for vigtigheden af praktisk erfaring, menneskelige egenskaber, psykoterapi, mediationslitteratur, ADR-litteratur og bevidsthed omkring oplysning om de forskellige tilgange til problemstillingen facilitativ-evaluativ.

Det skal særligt til sidstnævnte bemærkes, at der i uddannelsesmateriale var gengivet en interessant artikel af Leonard L. Riskins’, ”The new new Grid”. Artiklen prøver at opstille et system til indplacering af, stærkt teoretiske, modeller til at indplacere forskellige tilgange til mediation. Derimod må der nok i undervisningsmaterialet siges at være et decideret fravær af synspunkter, der placerer sig mere evaluativt eller pragmatisk, end den meget facilitative og rigide værdisætsbaserede tilgang, der findes i Vindeløvs litteratur.

4.1.8 Ret og rammer

Bogen indeholder mediation forfattet af jurister til jurister - så simpelt kan det dybest set siges. Mads Bryde Andersen har anmeldt bogen i U.2007B.24.

Den advokatretlige tilgang, som bogen har, er måske – som Mads Bryde Andersen angiver - valgt mere eller mindre ubevidst. Forfatterne beskriver uddannelsen til mediator som spændende. Bogen tilslutter i vidt omfang Vibeke Vindeløv og Henry Browns teorier og holdninger og udtrykker ønske om, at der ”*værnes mod, at der i mediationens navn udøves mediationsfremmed virksomhed*” af frygt for udvanding. Selv om forfatterne af Ret og rammer senere selv har udviklet egne standpunkter på andre områder, kan læseren således ikke være i tvivl om, at forfatterne tilhører denne skole. Dette spor fortsættes bogen igennem, hvor henvisninger til andre værker om mediation næsten udelukkende sker til de nævnte forfatter af Vindeløv og Brown. På dette område er bogen ikke nyskabende.

Bogens styrke og svaghed består af en meget retlig (og endog advokatretlig) tilgang til mediation. Denne vinkel betyder i hvert fald, at bogen

⁹⁹ Tor Nørretranders, ”Det generøse menneske”: kapitlerne 1. eksperimenter og 2. spilteori

Teorien findes i den nævnte litteratur og støtter således betragtninger af den type som Claus Kaare Pedersen tidligere har fremsat, og skaber i et vist omfang problemer for eksempelvis Jeremy Bentham’s utilitaristiske lyst/ulyst-teori

enkelte steder kommer frem til nye perspektiver, som i denne sammenhæng ikke kan overses. Omvendt kan det med rette anføres, at den enkelte steder måske virker gennemregulerende på regler og vilkår for processen.

Først og fremmest bringer ”Ret og rammer” et frisk pust til begrebet frivillighed.¹⁰⁰ Dette sker ved overvejelser omkring mediationsklausuler, og hvorvidt en klausul indebærer en modificeret form for frivillighed. Endvidere må den saglige åbenhed der findes i følgende citat anses for positiv:

”Hertil gælder yderligere, at den blotte eksistens af en mediationsklausul kan facilitere en løsning, der kommer fra parterne, fordi parterne bliver >>tvunget<< til i hvert fald at forsøge mediation i henhold til forpligtelsen i kontrakten.”¹⁰¹

For første gang ses objektivt en mulighed for, at der *kan* komme noget positivt ud af en ”mild grad af tvang”, selv om den ikke i første omgang er kommet udefra. Det er imidlertid min opfattelse, at denne holdning hidrører fra deres ”indre jurister” og ikke er typisk for forfatterne generelt. Modsætningen kommer senere i bogen, hvor den i højere grad bærer præg af de tilgange, som Vindeløvs bøger og mediatoruddannelsen står for. Den meget skarpe holdning, der ligger i følgende citat, harmonerer eksempelvis mindre godt med førstnævnte:

”Parterne skal frivilligt vælge mediation som middel til behandling af deres konflikt. Ingen af parterne må på nogen måder tvinges eller presses til at deltage i mediationen. (...) parterne kan således på hvilket som helst tidspunkt afbryde mediationen.”¹⁰²

Det førstnævnte udsagn får hermed et noget tomt indhold. Også på andre områder genkendes mange af de synspunkter som især Vindeløv står for. Eksempelvis beskrives mediators påvirkningsmuligheder som ”markante, selv ved *faciliativ* mediation” og ”særligt stærke under separate møder”¹⁰³.

Det kan heller ikke overraske, at ”Ret og rammer” med den retlige kontekst og store inspiration fra Brown erkender, at mediationsprocessen foregår ”*in the shadow of law*”¹⁰⁴. Der må være tale om et sandt udsagn, som dog i større eller mindre grad er afhængig af eksempelvis sagsområde og andre faktorer. Men det er kun positivt, at dette erkendes direkte.

Læseren får i øvrigt ofte fornemmelse af, at forfatterne i en del situationer på den ene side stiller sig i advokatens favør og i andre situationer

¹⁰⁰ I tidligere fremstillinger har man mødt den holdning at frivillighed ikke kan gradbøjes og at der er tale om en ”hellig ko”

¹⁰¹ ”Ret og Rammer” s. 40

¹⁰² ”Ret og Rammer” s. 72

¹⁰³ ”Ret og Rammer” s. 80 og 81

¹⁰⁴ ”Ret og Rammer” s. 57, Note 90

støtter op om Vindeløv og Browns teorier og holdninger. Det lykkes ikke altid at forene disse to ofte divergerende synspunkter.

Et eksempel på dette, ses idet forfatterne erkender, at mediator gennem spørgsmål kan påvirke processen og parterne. Samtidig afvises det ikke helt, at mediator i nogle tilfælde kan evaluere juridiske spørgsmål, af både generel og konkret karakter. Adgangen hertil er imidlertid meget lille, - og måske endda ikke eksisterende - når det kort efter udtrykkes at:

*"(...) i alle former for mediation er det uacceptabelt, at mediator fremkommer med egne løsningsforslag. (...) ubrugelig krydsning mellem forhandling og rets-sagsbehandling.."*¹⁰⁵

Den, til tider, meget juridiske tilgang ses også i nogle let anstrengte paralleller til dispositions- og forhandlingsmaksimen.¹⁰⁶ Et eksempel på forfatternes juridiske tilgang findes i følgende citat:

*"Så længe parterne er i konflikt, hindres de i at komme videre i deres liv. Hvis konflikten vedrører en essentiel del af deres liv, vil enhver forsinkelse være alvorlig."*¹⁰⁷

Forfatterne fokuserer ikke på de menneskelige eller humanistiske aspekter, men koncentrerer sig i stedet om mediators forpligtelser udfra advokatretlige overvejelser. Det er forfatternes opfattelse, at parterne ikke skal vente unødigt længe på at påbegynde behandling af den pågældende konflikt. Der kan lige så vel argumenteres for, at der med henblik på at opnå en løsning tidligere i forløbet burde indgås et kompromis om, at der skulle være sanktioner for ikke at deltage eller endda pålæggelse af et mildt pres. I stedet vælger forfatterne en advokatretlig vinkel og argumenterer med praksis fra advokatnævnet og de advokatetiske regler for, at processen skal ske med "rimelig hurtighed".

4.1.9 Mediationsinstituttet

Mediationsinstituttet blev oprettet på stiftende bestyrelsesmøde af 13. december 2006. Oplysning herom fremgår af instituttets vedtægter på deres hjemmeside. Vedtægternes § 1 stk. 2 fastslår, at der er tale om en selv-ejende institution. Denne uafhængighed modificeres dog kraftigt af bestemmelserne i §§ 3, 11, stk. 2 og 12, der findes i bilag 4 (udeladt på rettid.dk).

Disse regler betyder, at alle væsentlige spørgsmål skal forelægges bestyrelsen. Denne er sammensat ensidigt af Advokatrådet og i vedtægtsændringsspørgsmål ganske enevældigt da det kræver at alle fire øvrige bestyrelsesmedlemmer møder op og går imod bestyrelsesformanden. Ad-

¹⁰⁵ "Ret og Rammer" s. 74-76

¹⁰⁶ "Ret og Rammer" s. 140

¹⁰⁷ "Ret og Rammer" s. 78

vokatrådet vil således såfremt de kan finde en ”tro væbner” til besættelse af bestyrelsesformandsposten indirekte have nærmest total magt over foreningens vedtægter.

Der er herved en tæt forbindelse mellem Mediationsinstituttet og Advokatrådet med en betydelig magt placeret hos sidstnævnte. Såfremt Advokatrådet måtte have ønske om påvirkning i en given retning, er det en nærliggende formodning, at rådet kan gøre sin indflydelse gældende via tilkendegivelser og henstillinger.

Markedet for mediation er stadig præget af, at de potentielle klienter har langt flere spørgsmål end sikker viden om mediationskonceptet. Såfremt Advokatrådet måtte være af den opfattelse, at det for at markere sig på et nyt marked, ville være en fordel at fremstå som en forenet front med et forenklet budskab. En anden mulighed er, at Advokatrådet blot er mere tilhænger af én mediationsmodel frem for en anden.

Alt i alt må det formodes, at Advokatrådet befinder sig i en indflydelsesrig position og har væsentlig medbestemmelse i forbindelse med praktisering af mediation inden for rammerne af Mediationsinstituttet..

Claus Kaare Pedersen er valgt som bestyrelsesformand for Mediationsinstituttet. Som det tidligere er nævnt, er han fortaler for en rent facilitativ model og endda i en sådan grad, at han fornægter visse andre stilarter som værende berettiget til at bære navnet ”mediation”. Med valget af Claus Kaare Pedersen som bestyrelsesformand er der således skabt sikkerhed for en klar profil for Mediationsinstituttet. Dette kommer også til udtryk på hjemmesidens beskrivelse af processen¹⁰⁸. Under ”Fase 5” står:

”Instituttets mediatorer er uddannet til at styre mediationsprocessen, afdække parternes interesser, facilitere en konstruktiv dialog og til at udvikle og formulere effektive og nye løsninger på konflikten.”

Der er såvel her som i beskrivelsen af de andre faser tale om anvendelse af generelle positive beskrivelser, fraser eller anprisninger. Disse søger naturligvis at beskrive den udbudte vare, en mediationsydelse, i et bredt positivt lys. Det eneste ordvalg der træder uden for den generelle beskrivelse er ordet ”facilitere”. Her kunne man også have anvendt et neutralt ord, som ”medvirke” eller ”fremme”. Alligevel er denne stil altså fraveget og der er fundet anledning til særligt at pointere mediators placering i en facilitativ rolle.

Mediationsinstituttets hjemmeside indeholder også en oversigt over tilknyttede mediatorer, der i kraft af Advokatrådets engagement, naturligvis alle er advokater. Da der ikke fra Mediationsinstituttet gives særlig begrundelse for, at der alene er tilknyttet advokater, må det implicit forstås således, at instituttets holdning er, at advokater har de bedste forudsætninger eller er den eneste profession der kan og bør udøve mediation. Dette forekommer dog hverken overraskende eller anstødeligt, da Media-

¹⁰⁸ www.mediationsinstituttet.com/mediationsprocessen.htm

tor ikke er en beskyttet titel i Danmark, og da instituttet - som ovenfor nævnt - blot prøver at udvide advokatens forretningsområde.

I øvrigt bemærkes det at profiler af de tilknyttede mediatorer er tilgængelige på hjemmesiden. Kun to af de 31 mediatorer har valgt at knytte en kommentar til deres mediationsstil. Den ene er Claus Spangenberg hvorom der står "*Hans mediatorstil er faciliterende*". Den anden er Mogen Yde Knudsen der "*er tilhænger af den facilitative aftalefokuserede mediationsmodel*". Det bemærkes således, at de eneste der knytter kommentarer til mediationsstilen også er tilhængere af den samme mediationsform, som Mediationsinstituttet synes at have ensrettet den praktiske anvendelse hen imod.

Slutteligt skal bemærkes at Mogens Yde Knudsen, der i øvrigt er uddannet på Advokatsamfundets første hold, med sin facilitative tilgang har undervist på samtlige efterfølgende hold¹⁰⁹.

4.1.10 Betænkning 1481, "Reform af den civile retspleje V"

Retsplejerådets betænkning behandler spørgsmål om indføring af mediation under de danske domstole, og den adskiller sig på et enkelt punkt markant fra anden litteratur, der er henvist til i dette speciale.

Det har i anden litteratur været specialisterne inden for mediation der gentagne gange i bøger, artikler og rapporter har givet udtryk for deres erfaringer med at afslutte konflikter i den praktiske virkelighed. I betænkningen er det derimod de kyndige generalister der skal give ordrer og udstikke retningslinjer for specialisterne fortsatte arbejde, som skal trække de afgørende konklusioner ud af Justitsministeriets evalueringsrapport med henblik på at:

*"at overveje udformningen [men ikke eksistensen] af en permanent, landsdækkende ordning vedrørende retsmægling, herunder overveje i hvilket omfang der bør indføres lovregler om retsmægling"*¹¹⁰

På denne baggrund er det naturligt at beslutninger træffes på grundlag af forsøget ved domstolene, og at der søges perspektiver dels fra lande vi normalt sammenligner os med på retsområdet, primært Norge og Sverige, og dels fra de førende lande på mediationsområdet som USA og England.

Som det ikke overraskende er udtrykt i flere artikler¹¹¹, har Retsplejerådet forstået, at mediationens smidige natur tilsiger, at en lovgivning på området skal have karakter af en rammelovgivning.

Det er imidlertid på flere punkter tydeligt, at indføringen af mediation under domstolene har betydning for overvejelserne omkring reglernes udformning. Dette ses i det følgende både i relation til mæglerens rolle, retsgarantier og mæglerens baggrundsprofession.

¹⁰⁹ www.mediationsinstituttet.com/tilknyttede_mediatorer_myk.htm

¹¹⁰ Bet. 1481/2006, s. 13

¹¹¹ "Mediation bør med i reformovervejelserne", Claes Nilas, Lov&Ret nr.8, Dec. 2001

Som eksempel herpå kan ses Retsplejerådets opfattelse:

”klare udgangspunkt for retsmægling at retsmægleren skal være tilbageholdende med at blande sig i den indholdsmæssige løsning af konflikten (den faciliterende mæglerrolle). (...) Ved at opretholde dette udgangspunkt tydeliggøres også, at retsmægling er væsensforskellig fra traditionel forligsmægling ved domstolene”¹¹²

Uafhængigt af hvilken stil eller model der er tale om, bliver der her brugt argumenter for, at mægling skal antage en given form, der reelt ikke er et mæglingshensyn, men et indpasningshensyn i forhold til resten af domstolene. Man kan således sige at der anvendes falske lodder i vægtskålen til at fastlægge mediationens virke i domstolsregi.

Uanset om man måtte finde det ”retfærdigt” kan særlige retsgarantier og pålæggelse af krav om overholdelse af love m.v. i en løsning siges at være irrelevante hensyn. Det kan overvejes, om de forvaltningsretlige principper er i modstrid med kompetencereglerne. Anses mæglingsvirksomhed for retsanvendelse, må det være i overensstemmelse med de forvaltningsretlige grundsætninger, men man kunne også forestille sig andre indgangsvinkler, der ville betyde, at forsøg på at varetage komplicerede regler fra eksempelvis statslige skatte- eller miljøorganer ville være en utidig sammenblanding af myndighedskompetencer.

Endvidere kan det konstateres, at Retsplejerådet ikke ser mulighed for, at andre professioner end jurister kan være mødeleder indenfor væggene af en retsbygning, heller ikke i forhold til mediation. Den gentagne henvisning til særlige retsgarantier viser også her, at der kommer falske lodder i vægtskålen. Retsplejerådet henviser til, at der fortsat kan søges andre mediatorer uden for domstolsregi, hvilket da også er rigtigt, så længe de kan eksistere sideordnet. En model med mediation løsrevet fra retsvæsenet havde imidlertid ikke haft disse ulemper, hvilket også kunne have givet fokus på det forhold, at jura spiller en mindre eller ingen rolle i mediation. Det findes også interessant, at andre professioner er afskåret fra at være co-mæglere¹¹³ i sager ved domstolene. Realisering af ovennævnte formål havde måske ikke krævet så vidtrækkende foranstaltninger som afskæring af co-mæglere, der ikke er jurister.

Det skal ligeledes bemærkes, at den der ikke kan være co-mægler, ej heller kan optræde som vidne¹¹⁴ og være underlagt de almindelige regler fra den borgerlige retspleje om vidner. Dennes rolle må derved anses som indskrænket, og der kan dermed stilles spørgsmålstejn ved, om de ellers højt prioriterede hentydninger til retssikkerhed og retsgarantier i virkeligheden har været præget af andre ønsker.

¹¹² Bet. 1481/2006, s. 155

¹¹³ Bet. 1481/2006, s. 152

¹¹⁴ Bemærkningerne til lovforslagets § 275. Bet. 1481/2006 s. 181

Placeringen af de fysiske rammer, der i forsøgsordningen i praksis blev negligeret eller blot ikke fandtes at have indflydelse på processen¹¹⁵, ophøjer altså nu mægling til en proces, hvortil der fordres visse krav med hensyn til ”kvalitet og agtelse”, fordi den skal foregå i det formelt og institutionaliserede domstolsregi.

De teoretiske rammer ses også påvirket i en facilitativ retning af frygt for forvirring mellem dommer- og retsmæglerrollen.

Det skal dog bemærkes, at vidnefritagelsesgrundene skal udvides til at omfatte retsmæglere. Dette må anses for en forudsætning for, at retsmæglingen kan fungere, da næppe mange advokater ellers vil henvise klienter til at ”lægge kortene på bordet”¹¹⁶. Derudover skal muligheden for at anvende separate møder lovfæstes. En kodificering heraf er fundet nødvendig for at opretholde de positive tilbagemeldinger der i testperioden har været, trods dele af teoriens skepsis.

4.2. Sammenfatning

Ved siden af den netop gennemgåede litteratur er der de sidste godt 10 år skrevet en del artikler i fagblade og i dagspressen. Kun få af dem har dog et dybere indhold med en værdi så de kan danne grundlag for et nærmere studie. Deres berettigelse består i, at de ganske godt beskriver den løbende udvikling og de skift, der løbende har været i diskussionsemner. Af denne litteratur refereres under denne sammenfatning alene til enkelte af artiklerne.

Mediation kom til Danmark i starten af 1990’erne, hvor Boserup var en af de drivende kræfter. Der var fra starten store forventninger baseret på de lovende amerikanske erfaringer. Alligevel har mediation op gennem 1990’erne været ukendt for den brede offentlighed og nærmest levet en græsrodstilværelse. Den helt primære, men stærkt begrænsede, udfoldelse er sket i form af private initiativer, der på basis af de frie markedskræfter har søgt at udbrede konfliktløsningsformen til den bredere offentlighed.

Et godt pejlemærke for metodens udbredelse ses i ændringen af tema for de mange artikler, der har været bragt i fagblade og siden hen også i dagspressen.

Først indeholdt artiklerne forklaring om mediation og ADR. Et eksempel herpå er ”Mediation i praksis og Multi-door Courthouse” af Jens Smedegaard Andersen i ”Lov & Ret” i september 1995. Meget beskrivende for formålet med artiklen har dens ene illustration en taleboble med teksten ”mediation – ikke meditation”.

Omtalen og kendskabet til mediation bliver dog først for alvor øget med forsøgsordningen ved domstolene, der sker efter at Retsplejerådet, tilsyneladende efter norsk inspiration har iværksat forsøget. Således synes

¹¹⁵ Evalueringsrapporten, s. 37

¹¹⁶ Se eksempelvis ”Retsmægling ctr. Retssikkerhed” af advokat Poul Gudberg i Advokaten 7/8-2003

denne udvikling at være hjulpet stærkt på vej af erfaringer i vore nabolande på samme måde som anden lovgivning ofte bliver til.

Tina Monbergs artikel i Berlingske tidende i 2002, med overskriften ”Kun vindere” har allerede her indikeret, at Boserup stadig på dette tidspunkt har et stort præg på den teoretiske baggrund. Herefter og i umiddelbar forlængelse af domstolsforsøget trykkes der adskillige artikler forfattet af Advokatsamfundets medlemmer og praktiserende advokater, der deltager i forsøget.

Med juristers ønske om at opstille regler kombineret med udgivelsen af ”Konfliktmægling” aktualiseres hermed for alvor debatten om, hvorledes mediation skal udøves i Danmark.

Indtil dette tidspunkt må det konkluderes, at Boserups litteratur har været næsten ene om at bidrage med de teoretiske betragtninger i debatten. Hans forfatterskab er imidlertid meget åbent overfor forskellige teorier og modeller. Boserup fremhæver ikke den ene models kvaliteter over den anden, men værdsætter tværtimod alsidigheden og styrken ved kombinationsmulighederne de enkelte modeller i mellem. Erindrer man samtidig Lin Adrians mere fleksible tilgang, må man sige at det i starten af det nye årtusinde var ”god skole” at anvende teorien efter et mix’n’match-princip.

Domstolsforsøget inddrog for alvor juristerne. Med Justitsministeriets diktering af en ordning, der udelukkende inkluderede jurister, var der lagt op til en udvidelse af forretningsområdet for advokatstanden.

Men nok var juristerne blevet inddraget i mediation, de skulle bare i vidt omfang selv udvikle den. Med de positive erfaringer fra USA har det været forventet at mediation ville brede sig, men det var ikke sket på dette tidspunkt. Vindeløv beskrev situationen i forordene til ”Konfliktmægling” således, at ”*flere og flere er interesseret i mægling uden at vide, hvad det egentligt er for noget*”. Der manglede således stadig et, længe ventet, gennembrud.

Hvor der måske tidligere var en skepsis blandt advokater af frygt for, at mediation betød færre retssager og dermed mindre arbejde, er der pludselig sket et holdningsskifte til, at der er mulighed for at udvide forretningsgrundlaget.¹¹⁷

Med dette skifte, når kendskabet ud til et større antal af også de mere skeptiske advokater. En større gruppe forholder sig nu til indholdet, og det kan således ikke undre, at der fremkommer kritiske, eller blot skeptiske, artikler. Som tidligere nævnt møder man mediation med udgangspunkt i sin egen profession. Retssikkerheden i mediation er således en typisk jurist-tilgang.¹¹⁸

¹¹⁷ Eksempelvis ”Konfliktmægling har stor succes” med Advokat Keld Pagh, i Børsen 2/11 2004. ”Fremtiden advokatvirksomhed” af Tina Monberg i Advokaten 2/2004 og ”Retsmægling og mediaton” af Advokatrådet formand Sys Rovsing Koch i Advokaten 6/2004

¹¹⁸ ”Retsmægling ctr. Retssikkerhed?” af advokat Poul Gudberg, Advokaten 7/8-2003

Med udgivelsen af Vindeløvs ”Konfliktmægling” betød det også enden på ”enevælden” i form af Boserups lærebøger. Med den øgede praktiske anvendelse var det også pludselig nødvendigt med en stillingtagen til, hvilken mæglingsstil eller model der var den rigtige eller den bedste.

Dette bliver forstærket af advokaternes forsøg på at indtage mediationsmarkedet og øge kendskabet i befolkningen eller i det mindste blandt advokater med henblik på et fremtidigt større marked. Således har der fra advokatstanden i form af mediatoradvokater og siden hen Mediationsinstituttet været udpræget mest sympati for den facilitative model. Mads Bryde Andersen og Claus Kaare Pedersens diskussion er en glimrende dansk illustration af den debat vedrørende valg af holdning og teori, der til stadighed består, også på internationalt niveau.

Dannelsen af Mediationsinstituttet foregiver at være en udløber af debatten om rigtigheden af planerne om at etablere mediation i domstolsregi¹¹⁹.

Udgivelsen af bogen ”Ret og Rammer” i 2006 må ses som et udtryk for, at jurister har stiftet bekendtskab med mediation, og at de ser det som et fremtidigt beskæftigelsesområde, hvortil forfatterne mener, at der kræves svar på de spørgsmål den nævnte juridiske tilgang fordrer.

Med betænkning 1481/2006 har Retsplejerådet med formulering af visse krav af juridisk karakter sagt god for, at mediation kan blive fast inventar i samtlige retskredse, som en integreret del af domstolene.

4.3. Diskussion og retlig perspektivering

I det foregående har været fokuseret meget på de tilgange og forskelle der ses i den danske tilgang til mediation. Dette har givet sig til udtryk i forskellige syn på facilitativ/evaluativ og bred/snæver som det kendes fra Riskins Grid. Endvidere har det betydet forskelle i syn på de enkelte modeller, separate møder og den grundlæggende holdning til mediation.

Ligeledes er det påvist, at juristerne har søgt at sætte sig på mediation i Danmark og som en følge heraf kommer der et øget fokus på juridiske termer og elementer. Eksempelvis er begreberne retssikkerhed og retsgarantier gjort genstand for undersøgelser. Der kan således ses paralleller til Voldgiftsinstitutionen, der også startede som en ganske hurtig og uformel måde at løse konflikter på, men processen er med tiden er blevet tung og formaliseret.¹²⁰

En dansk udviklingsretning fastlægges imidlertid ikke kun i de spørgsmål, der diskuteres og efterfølgende udstikker en fremtidig retning,

¹¹⁹ ”Offentlig mediation er et vildskud” af Claus Kaare Pedersen, Berlingske Tid., 24/11 2005

¹²⁰ Se eksempelvis Vindeløvs omtale heraf ”Konfliktmægling” s. 259, og ”Ret og Rammer” s.90 der henviser til at man tidligere accepterede delvist partiske voldgiftsdommere som en del af processens opbygning, men at juristers krav om neutralitet m.v. ikke længere tillader dette og dermed har flyttet processen mere i retning af et domstolspræg

men også i de emner der *ikke* diskuteres men som måske fra starten tages for givet. Således findes i den danske debat visse underliggende karakteristika, som ikke tidligere har fået megen opmærksomhed, men som jeg ikke desto mindre mener, kan indeholde visse paradokser.

Ingen dansk forfatter eller praktiserende mediator har således turde stille spørgsmålstejn ved det frivillige element i mediation. Med eksempelvis Claus Kaare Pedersens reaktion på begrebet ”juridisk mediation” forstår man hvorfor. Det forekommer imidlertid tankevækkende og lettere selvmodsiggende, at Claus Kaare Pedersen i positive vendinger om metoden og dens fordele henviser til engelske domstoles praksis, hvor en vindende part ikke tilkendes sagsomkostninger. Denne pression for anvendelse af mediation begrænser frivilligheden. Vindeløv afviser også konsekvent andet end frivillighed som basis for mediation, da det vil være i strid med hendes opfattelse af grundlæggende værdier.

Men kunne man forestille sig tvungen mediation? Det er et lovkrav og helt almindeligt led før en domstolsbehandling på flere sagsområder i USA. Som netop beskrevet i eksemplet om sagsomkostninger er der også mulighed for mildere grad af tvang. I ”Ret og rammer”¹²¹ redegøres for, hvorfor en mediationsklausul er frivillig selv om den, i sagens natur, er indgået før tvistens opståen. Begrundelsen er, at parterne kun forpligtes til at ”forsøge”.

Allerede her er man imidlertid, efter min opfattelse, inde på en glidebane. Synspunktet om at frivilligheden er intakt holder måske i nogen grad ved ligeværdige kontraktsparter. Eneste udgift vil her være mediators betaling, der i form af et startgebyr skal afholdes uanset hvad.

Problemet bliver imidlertid større ved kontrakter med ulige styrkeforhold, eksempelvis under en udbudsforretning, hvor det fremgår af udbudsmaterialet, at tvister løses ved mediation. Ved afgivelse af bud, må man tilslutte sig vilkåret, og frivilligheden er dermed gjort illusorisk. Endersagen siden hen i en retssag, fremstår parten således allerede som ikke-forhandlingsvillig.

Flere forfattere har gennem tiden hævdet, at dommere træffer afgørelser efter deres mavefølelse frem for juraen¹²². Fremstår parten som ikke-forhandlingsvillig, som følge af en uopfyldt påtvungen mediationsklausul, kan dette have negativ betydning i dommerens sind.

En part, som har en sikker sag, og af den grund afviser mediation og retsforlig, men i stedet vælger at lade sagen afgøre ved dom, kan retssikkerhedsmæssigt komme i klemme. I tilfælde hvor dommeren ”*er meget lidt for at skrive domme*”¹²³ og derfor frustreres af partens manglende forligsvilje, og i øvrigt ”*ikke er glad for at få [sine] afgørelser indbragt for*

¹²¹ ”Ret og Rammer” s. 40

¹²² Torsten Iversen har eksempelvis i ”Erstatningsberegning i kontraktforhold”, s. 55-56 argumenteret dygtigt for synspunktet generelt. Endvidere kan henvises til Peter Højlunds ”Den forbudte retsfølelse” og Alf Ross’ prognoseteori

¹²³ Torsten Iversen i ”Erstatningsberegning i kontraktforhold”, s. 55-56

en højere instans¹²⁴” kan det tænkes, at dommeren vælger juridisk tvivlsomme kompromisløsninger. Der er således stor risiko for, at afgørelserne bliver påvirket af falske lodder.

Argumentationen viser, at man meget hurtigt kan gradbøje det frivillige element, som de danske forfattere værner så hårdt om.

Det er naturligvis korrekt, at mediation bygger på viljen til at forhandle, og at frivillighed - i en udstrækning - er et grundlæggende element. Man kan så sige ”trække hesten til truget, men ikke tvinge den til at spise”. Jeg mener imidlertid end ikke, man trækker hesten til truget på nuværende tidspunkt, men spørgsmålet er, om en form for pålæggelse af mediation ikke kunne være en relevant ambition - i det mindste i et fremtidsperspektiv - hvis metoden er så fortræffelig. Det kan jo tænkes ”at hesten bliver sulten når den ser menuen”.

Den omfattende fokus i litteraturen på 100% frivillighed, harmonerer heller ikke helt med empirien. Evalueringsrapporten henviser til, at et pres fra mediator på parterne for få en aftale i stand, har været modtaget positivt langt oftere end negativt¹²⁵. Da et pres for at indgå aftale må siges at have relation til spørgsmålet om frivillighed, kan der argumenteres for, at denne frivillighed heller ikke i en dansk kontekst er så altafgørende, som den ellers fremstilles i teorien.

Udenlandsk litteratur kan yderligere så tvivl om kravets berettigelse.

“(...) whether mandatory mediation programs have achieved a lower settlement rate than their voluntary counterparts. One might assume that if individuals are forced to mediate they will be less prone to settle than if they have chosen the process. But the evidence is otherwise. (...) Perhaps this is because [they] are unfamiliar with the process”¹²⁶

Boserup viser kendskab til lignende tal¹²⁷. Kun med et meget transformativt sigte kan man være rigtig skeptisk over for den empiri. En mere aftalefokuseret tilgang vil nærmest fuldstændig aflive et krav om frivillighed. Tværtimod er succesen et tegn på, at metoden blot skal udbredes.

En anden måde at belyse, at der er flere grader af begreberne frivillig og tvang, kan opnås ved at se på Michigan mediation. Processen ligger på grænseområdet af en evaluativ mediation og ”neutral-evaluation” og er under navneforandring til sidstnævnte. Der kan her pålægges sanktioner, hvis en part forkaster løsningsforslaget, men ved en retssag efterfølgende

¹²⁴ Torsten Iversen i ”Erstatningsberegning i kontraktsforhold”, s. 55-56

¹²⁵ Evalueringsrapporten s. 66. ”40 % finder det positivt mod kun 12 % der finder det negativt”

¹²⁶ Dispute resolution, s. 395, der videre henviser til: Goldberg and Brett: “Disputants’ Perspectives on the Differences Between Mediation and Arbitration” (1990), McEwen and Maiman: “Mediation in Small Claims Court: Consensual Processes and Outcomes” i “Mediation research” (1989) og Pearson and Thoennes: “Divorce Mediation: Reflections on a Decade of Research” i “Mediation research”, (1989)

¹²⁷ “Mediationsprocessen”, s.180 note 104

ikke forbedrer sit resultat med mindst 10 %¹²⁸. Beslutningskompetencen er således stadig kun parternes, da de kan forkaste alle forslag.

Sammenholder man de samfundsmæssige og ikke mindst personlige fordele, der vil være ved en hurtig proces, kan det moderate pres for at lukke konflikten inden en retssag virke lige så velbegrunderet som det engelske initiativ som går ud på at udvise tilbageholdenhed ved tilkendelse af sagsomkostninger.

Der udtrykkes fra flere forfattere bekymring ved at lade mediationens udbredelse være motiveret udelukkende i sparede omkostninger og hurtigere sagsbehandlingstider. Jeg kan kun tilslutte mig, at mediation fortsat skal være en fleksibel proces, som ikke må påtvinges snævre bånd fra juristers side. Derimod anser jeg ikke den nævnte motivation som direkte skadelig for processens udvikling, da jeg mener den er kongruent, med de øvrige ønsker.

Med juristernes øgede virke på mediationsområdet er det også vigtigt at være opmærksom på den påvirkning, der kan komme herfra. Dette kan ske på flere måder, men jurister er typisk meget skeptiske overfor retssikkerheden i mediation, hvorfor det er særligt oplagt at forvente tiltag rettet mod afhjælpning af denne bekymring. Det beskrives som en fare, fordi begrebet retssikkerhed har et helt andet indhold i en mediationsproces. Det er blandt andet nødvendigt at erkende, at psykologer har en anden forståelse af begrebet.

Ingen jurist vil eksempelvis i kraft af deres profession se en retssikkerhedsmæssig fordel i det i afsnit 4.2.5.1 nævnte citat omhandlende vigtigheden af at begge køn var repræsenteret i mæglingprocessen.

Jurister må imidlertid lære, som Boserup skriver,¹²⁹ at selv om en retssag kan have et nogenlunde sikkert fordelagtigt udfald kan den rette løsning godt være en anden. Udsagnet styrkes empirisk af den part der i evalueringsrapporten strækker sig langt for at få lukket sagen¹³⁰

”Modparten fik cirka det dobbelte [af en retssags forventede udfald], men vi vurderede, at det var det værd. Nu ville vi have den her sag bragt til afslutning.”

En jurists betragtning der fornægter øvrige forhold end retssikkerhed og resultater bevæger sig således væk fra befolkningens almindelige virkelighed på samme måde, som det frygtes af Habermas.

Retssikkerhed er kun noget værd i den udstrækning den bliver opfattet af parten der skal besidde følelsen af tillid og retssikkerhed.

Princippet om at den almene borgers opbakning er nødvendig, ses også andre steder eksempelvis i lægmandsinstitutionen i strafferetsplejen.

¹²⁸ Dispute resolution, s. 296

¹²⁹ ”Mediationsprocessen” s.110

¹³⁰ Evalueringsrapporten, s 74

Den allermest indgribende dom, samfundets idømmelse af straf til en borger, kræver medvirken af repræsentanter¹³¹ for det brede samfund.

Der er også tale om en anvendelse af princippet når Gorm Toftegaard i ”ansvaret” erindrer om at:

”når juraen kommer i klemme med sund fornuft, er det værst for juraen”¹³²

Set i dette lys er der ikke megen berettigelse i at få at vide, at man har fået en fair behandling i en retssag hvis man ikke har følelsen heraf. På denne måde kan mediation være langt mere tilfredsstillende, trods de traditionelle indvendinger fra jurister om den manglende retssikkerheden ved mediation.

5. Konklusion

Det må konkluderes, at mediation i Danmark frem til for få år siden har været baseret fortrinsvis på Boserups forfatterskab. Det vil nok være forkert at antage, det var præget heraf, da han netop argumenterede for fordelene ved hver enkelt model, erfaringsudveksling og bibeholdelse af bredden i mediation.

Hans skepsis mod fastlåsning af processen er stor, og hans tilgang må karakteriseres som pragmatisk, da han netop definerede en given handling i et mediationsforløb ud fra dens konsekvenser. Samtidig har ”Mediationsprocessen” vist sig at være så fagligt stærk, at den stadig på flere områder er mere dybdegående end ”Konfliktmægling”, og at den også på det teoretiske plan er meget velfunderet. Boserups parløb med den psykologiske verden og indflydelse på den danske mediation genkendtes også i anvendelsen af relevante co-mæglere i forsøget ved statsamtene.

Allerede siden Boserups bøger har den danske litteratur været præget af en erkendelse af, at der for at blive en god mediator ud over uddannelse, også kræves erfaring i mediation samt nogle menneskelige egenskaber, der ikke let lader sig indlære, hvis man ikke på forhånd har dem fra naturens hånd.

I de senere år er provinsadvokaten Boserup imidlertid, måske også i kraft af uheldig omtale¹³³, blevet noget fortrængt af Vindeløvs bidrag på den litterære front. Med faglig agtelse i form af et professorat fra Københavns Universitet er ”Konfliktmægling” nu pensum på eksempelvis mediatoradvokatuddannelsen. Ved anvendelse af bogen også på universiteterne og med undervisning på mediatoruddannelserne har Vindeløv angit-

¹³¹ Diskussionen om hvorvidt lægdommerne rent faktisk også er repræsentative skal ikke tages her

¹³² ”Strafferet 1 – Ansvar” s. 252 – Gorm Toftegaard Nielsen

¹³³ Advarsler fra Advokatnævnet, <http://avisen.dk/flygtningeadvokat-faar-gult-kort-240407.aspx>

veligt meget stor indflydelse på mediationens retning i Danmark. Dette bekræftes deri, at det er Vindeløv og Lin Adrian, der på to møder har bistået Retsplejerådet ved spørgsmål om ”uddannelse af mæglere og mæglingsteori”¹³⁴.

Der er næppe tvivl om, at Boserups dominans i væsentlig grad må siges at være overtaget af Vindeløv, der har en form for parløb med Adrian. Den transformative tilgang som især Vindeløv står for er i nogen grad blevet udbredt til andre.

Det er muligt at dette skyldes, at der i den danske debat ikke har været så meget fokus på ADR, men kun på mediation. Derved mangler overblikket, perspektiveringen og de fleksible rammer nemt, hvorfor retsvæsenets normale rigide struktur flyttes over på mediation, der søges klart og fast defineret. Da mediation lanceres som et nyskabende alternativ til domstolene låses den dermed nemt fast i den procesform der ligger længst herfra, den facilitative.

Der ses en meget stærk forankring i den facilitative indstilling til mæglerens rolle hos både Lin Adrian, Claus Kaare Pedersen og forfatterne til ”Ret og Rammer”. Som en følge heraf er både Mediatoradvokaterne og deres uddannelse samt Mediationsinstituttet i overvejende grad tilhængere heraf. Evalueringsrapporten nævner gentagne gange, at mæglerens svar bærer præg af, at uddannelsen er facilitativ. Retsplejerådet udtrykker også dette ønske som et klart udgangspunkt.

Den klare definition har også været en fordel på den måde, at det er nemmere at markedsføre et simpelt budskab, når man som advokatstanden gerne vil trænge sig ind på eller skabe et marked.

Det er imidlertid bemærkelsesværdigt at empirien i evalueringsrapporten ikke støtter en så definitiv stillingtagen og støtte til den facilitative tilgang. Milde former for pres og fremsættelse af løsningsforslag er generelt modtaget positivt af de involverede parter og partsadvokater. Retsplejerådet har således heller ikke kunnet se bort fra de stærkt positive tilkendegivelser omkring separate møder. Fra en bredere betragtning kan anføres, at mæglerne generelt har opnået positive resultater, når de har vovet sig uden for de opstillede rammer.

Det er forståeligt at der fra visse sider er ytre ønske om en tilbageholdende mediatorrolle, men man må efter min opfattelse være klar til at fravige udgangspunktet. Det er ønskværdigt at konflikter løses ved så lille en indsats fra mægler som muligt, men der er såvel teoretisk som empirisk grundlag for, at fastslå at det ofte, for alle parter, kan være ganske fordelagtigt, at gå langt for at få parterne til at lægge konflikten bag sig.

Det er på tide at anerkende, at dette synspunkt kan være berettiget også ud fra et alment humanistisk synspunkt og ikke kun i den aftalefokuserede model.

¹³⁴ ”Reform af den civile retspleje”, s. 15

Vindeløvs såkaldte ”non-model” findes ikke at være banebrydende. Det kan anføres, at den ikke i idé adskiller sig fra Boserups pragmatiske tilgang. Den væsentlige forskel ligger deri, at Vindeløv til stadighed er transformativt præget i sit værdigrundlag for mægling, og at de ydre grænser for hvad der kan betegnes som mægling er snævrere, end de var hos Boserup.

Det må konkluderes, at her omtrent 15 år efter mediation blev bragt til landet mangler stadig det solide gennembrud. Ganske vist er domstolene på vej og et forsikringselskab¹³⁵ anerkender anvendelsen til retshjælpsforsikring, men det folkelige kendskab er ikke kommet endnu.

Med overflytningen til domstolene ses imidlertid også en indskrænkning i fleksibiliteten i mediation. Anvendelsen af Co-mæglere afskæres og kun den juridiske profession har adgang til at udøve under disse rammer.

Jeg mener, at fokus skal flyttes væk fra nogle fastlåsende værdisæt omkring hvad der er rigtig mediation. I denne kamp har det i Danmark de seneste år været den facilitative og i vid udstrækning transformative tilgang der har været ”stueren”.

Med Vindeløvs egne ord kan jeg frygte mediationens fremtid hvis fokus flyttes fra den konkrete opgave som mediationen skal løse til hvorledes processen skal foregå.

Den pragmatiske baggrund der tillader bredden og inddragelse af forskellige relevante videnskaber og kreative tankegang til processen skal fortsat være styrende for mediationens fremtidige udvikling.

Der er behov for en åben meningsudveksling, der tillader andre ønsker end den facilitative tilgang, der også har sine begrænsninger, selv om markedsføringen de seneste år har søgt at vise noget andet.

Der er en general tilbageholdenhed med at fremsætte løsningsforslag. Denne stærkt teoretisk funderede tilbageholdenhed fra aktivt at tage del i processen findes at være overdrevet og det er ønskværdigt at den i nogen grad begrænses, således at mediators erfaring, om nødvendigt, kan bruges i større omfang end nu.

Det vil formentligt i adskillige sammenhænge være ønskværdigt og for såvel klienter som mediators bedste, om denne indtog en mere aktiv rolle og drog nytte af den konfliktløsningserfaring, som denne har i kraft af sin mediatorrolle.

Litteraturliste

Systematiseret efter emne og kronologi

BØGER

¹³⁵ Tryg Forsikring – Pressemeddelelse i Advokaten 1/2006

Mediationsfremstillinger

Dansk

- "Én konflikt, to vindere", Hans Boserup, 1993 1. udg.
- "Konflikt, tvist og mægling", Vibeke Vindeløv, 1997, 1. udg.
- "Mediationsprocessen", Hans Boserup og Susse Humle, 2001, 1. udg.
- "Konfliktløsning ved mediation", Lin Adrian, 2001, 1. udg.
- "Konfliktmægling", Vibeke Vindeløv, 2004, 1. udg.
- "Mediation – Ret og rammer", Lars Økjær Jørgensen og Martin Lavesen, 2006, 1. udg.
- "Mediation – a non-model", Vibeke Vindeløv, 2007, 1. udg.

USA/Engelsk

- "ADR Principles and Practice", Henry Brown & Arthur Marriott, 1993, 1. udg
- "Making Settlement Work", Stacy Lee Burns, 2000
- "Becoming a mediator", Peter Lovenheim, 2002
- "The Mediation Process", Christopher w. Moore, 2003, 3rd edition
- "Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes" Goldberg, Sander Rogers & Cole, 2003, 4th edition,
- "Mediation – Principles and practice", Kimberlee K. Kovach, 2004, 3rd edition.

Perspektiverende eller opgrænsende litteratur

Retsteori

- "Den forbudte retsfølelse: om lov og moral", Peter Høilund, 1992
- "Lovene og livet", Jørgen Dalberg-Larsen, 1999, 4. udg.
- "Retsvidenskaben som samfundsvidenskab", Jørgen Dalberg-Larsen, 1977,
- "Pragmatisk retsteori", Jørgen Dalberg-Larsen, 2001,
- "Retsmisbrug i formueretten", Jens Evald, 2001

Hjælpevidenskaber til mediation

- "Getting to yes", Roger Fisher og William Ury, 2. udg., 1991
- "Relationer i organisationer", Gitte Haslebo, 2004, 1. udg
- "Centrale psykologiske betingelser for mægling af konflikter ved mediation", Dorthe Sund From, 2002

Juridisk

- "Forligsmægling", Deuntzer, 1887
- U1970B245-56, 261-72 og s. 277-80, U1971B65-68 og s. 85
- "Erstatningsberegning i kontraktsforhold", Torsten Iversen, 2000.
- "Strafferet 1 – Ansvar", Gorm Toftegaard Nielsen, 2001, 1. udg.

EMPIRISK MATERIALE

- "Konfliktmægling i Statsamtterne"/CASA-rapporten, Claus Syberg Henriksen, Marianne Malmgren og Mette Marie Juul, 2004.
- "Justitsministeriets Evalueringsrapport", Jakob Roepstorff & Britta Kyvsgaard, 2005
- "Reform af den civile retspleje V" Betænkning 1481/2006. Retsplejerådet.

DANSKE ARTIKLER M.V. (kronologisk)

Mediationsdebatten

- "Mediation bør med i reformovervejelserne", Claes Nilas, Lov&Ret nr.8, Dec. 2001
- "Retsmægling ctr. Retssikkerhed?", advokat Poul Gudberg, Advokaten 7/8-2003
- "Konfliktmægling har stor succes" advokat Keld Pagh, Børsen 2/11 2004.
- "Fremtiden advokatvirksomhed", Tina Monberg, Advokaten 2/2004
- "Retsmægling og mediaton" Sys Roving Koch, Advokaten 6/2004
- "Mediation, voldgift eller juridisk mediation", Mads Bryde Andersen, Advokaten nr. 1/2005.
- "Misforståelser om mediation – kommentar til MBA", Claus Kaare Philip, Advokaten nr. 1/2005.
- "Mediationens varebetegnelse og anvendelighed – replik til CKP", Mads Bryde Andersen, Advokaten nr. 3/2005.
- "Mediation - duplik", Claus Kaare Philip, Advokaten nr. 3/2005.
- "Offentlig mediation er et vildskud" af Claus Kaare Pedersen, Berlingske Tid., 24/11 2005
- "Regeringen på vej med omvendt udlicitering", Jes Anker Mikkelsen, Børsen 9. juni 2006,
- "Drop retsmægling – brug mediation" Allan Ohms i Børsen 25. juli 2006 s.3
- "Forsikringsselskab vil dække mediation" – Pressemeddelelse i Advokaten 1/2006

Øvrige

- www.mediationsinstituttet.com/mediationsprocessen.htm
- www.mediationsinstituttet.com/tilknyttede_mediatorer_myk.htm
- <http://www.mediator.dk/index-dansk.html> under "detaljer", Boserups praktiske vilkår for mediation.