

Denne artikel er oprindeligt publiceret i tidsskriftet Juristen, 2015, nr. 3 side 98-106, og her gengivet med venlig tilladelse fra Djøf Forlag. Projektet, som artiklen omhandler, er støttet økonomisk af Justitsministeriets Forskningspulje, men at resultater mv. er forfatterens ansvar.

Perspektiver på forligsmægling

Af lektor, ph.d. Lin Adrian, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet, dommer Sanne Bager, Københavns Byret, og lektor, ph.d. Clement Salung Petersen, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

Forligsmægling, jf. retsplejelovens kapitel 26, er tiltænkt en central rolle i den civile retspleje, og det er derfor overraskende, at der hverken i lovgivningen eller i den juridiske litteratur findes nogen klar opfattelse af, hvad der nærmere forstås ved forligsmægling. I denne artikel præsenteres en række perspektiver på forligsmægling, som bygger på en analyse af en undersøgelse af, hvad erfarne domstolsjurister og advokater forstår ved forligsmægling. Artiklen søger herved at identificere og beskrive mulige forligsmæglingsaktiviteter, fokus for forligsmægling, hensyn der kan varetages, og samspillet med domstolenes materielle procesledelse og vejledningspligt. Forfatterne argumenterer for, at der er behov for en nærmere afklaring af, hvad forligsmægling er og bør være, og de diskuterer herved fordelene ved at tildele advokaterne en mere præcis rolle og forligsmæglingsprocessen en større betydning, end det tilsyneladende sker i dag.

1. Indledning

Danske dommere har siden 1952 haft en generel pligt til at mægle forlig i civile retssager i 1. instans (forligsmægling).¹ Siden 2008 har domstolene (bortset fra Højesteret) tillige tilbudt retsmægling.² Forligsmægling og retsmægling er til trods for ligheden i navnet væsensforskellige processer: Forligsmægling foretages af retten som et integreret led i sagens almindelige behandling, typisk i et forberedende retsmøde eller i forbindelse med hovedforhandlingen. Hvis en sag overgår til retsmægling, sættes den retlige behandling af sagen derimod i stå, og en særlig mæglingsproces indledes med en specielt uddannet dommer eller en advokat som mægler. Denne mæglingsproces, som i andre sammenhænge går under betegnelserne mediation, konfliktmægling eller slet og ret mægling, er relativt grundigt behandlet både i lovens forarbejder og i den juridiske litteratur.³ Sådan forholder det sig

ikke med forligsmægling. Det fremgår således hverken af retsplejeloven eller dens forarbejder, hvad der mere præcist forstås ved forligsmægling, og svaret herpå findes heller ikke i den procesretlige litteratur, hvor forligsmægling traditionelt kun behandles kortfattet.⁴ Der er desuden meget begrænset tilgængelig viden om den forligsmægling, som i dag finder sted ved danske domstole,⁵ herunder omfanget heraf, da der ikke føres statistik.⁶ Disse forhold gør det vanskeligt at vurdere, hvilken rolle forligsmægling spiller – og bør spille – i den civile retspleje, herunder hvordan forligsmægling understøtter målsætningerne for domstolenes behandling af civile sager. Det er samtidig vanskeligt at udvikle forligsmægling som praksis. Disse forhold er problematiske i lyset af den centrale rolle, som forligsmægling er tiltænkt.⁷

Dette er baggrunden for, at vi har igangsat et forskningsprojekt om forligsmægling ved Københavns Universitet. Som led i dette forskningsprojekt har vi med støtte fra Justitsministeriets Forskningspulje gennemført en un-

2012; Jørgen Dalberg-Larsen, »Mægling, ret og samfund«, 2009, Lars Økjær Jørgensen og Martin Lavesen, »Mediation-ret og rammer«, 2006, Vibeke Vindeløv, »Konflikt, tvist og mægling«, 1997, og »Konfliktmægling«, 2013.

1. Jf. reglerne om forligsmægling i retsplejelovens kapitel 26 (§§ 268-270), der blev indført ved lov nr. 220 af 7.6.1952 på baggrund af Betænkning angående Forligsmægling i Borgerlige Retssager, 1951 og ikke er ændret siden.
2. Jf. reglerne om retsmægling i retsplejelovens kapitel 27 (§§ 271-279), der blev indført ved lov nr. 168 af 12.3.2008 på baggrund af Retsplejerådets betænkning 1481/2006 om Reform af den civile retspleje V (Retsmægling).
3. Henvvisninger til lovens forarbejder fremgår af forrige note. Fra den juridiske litteratur kan fx henvises til Lin Adrian, »Mellem retssag og rundbordssamtale – retsmægling i teori og praksis«,

4. En oversigt over den væsentligste litteratur om forligsmægling kan ses i Bernhard Gomard m.fl. (red.), »Kommenteret retsplejelov«, Bind I, 9. udg. 2013, s. 661. Det anføres i Bernhard Gomard og Michael Kistrup, »Civilprocessen«, 7. udg. 2013, s. 632, at retsplejeloven ikke indeholder regler om, hvordan forligsmægling skal foretages, uden at emnet forfølges yderligere. Fra speciallitteraturen kan navnlig henvises til Torben Goldin, »Forligsmægling i civile sager«, Fuldmægtigen 1999, s. 142 ff., og Henrik Rothe, »Forligsmægling, retsmægling og mediation« i Pernille Backhausen m.fl. (red.), »Proceduren«, 3. udg. 2009, s. 237 ff.
5. Med undtagelse af dommertilkendegivelser, som er grundigt behandlet af W.E. von Eyben, »Dommertilkendegivelser«, 1987.
6. Af Domstolsstyrelsens statistikker kan man se, at 22 % af almindelige civile sager, 21 % af boligretssager og 12 % af småsager blev afsluttet med forlig ved byretterne i 2014 – enten i forberedelsen eller i forbindelse med hovedforhandlingen, <https://www.domstol.dk/om/talofakta/statistik/Pages/civilesager.aspx>. Det er imidlertid ikke muligt på baggrund af disse tal at sige noget om, hvorvidt forligene kom i stand efter dommerens forligsmægling eller af andre grunde.
7. De økonomiske gevinster ved, at civile retssager forliges, fremhæves ofte, hvilket bl.a. har ført til anbefalinger om øget brug af dommertilkendegivelser, jf. rapporten »Bedre og mere effektiv behandling af civile retssager ved domstolene«, Justitsministeriet 2013, og rapporten »Analyse af civile sager«, Deloitte Consulting 2013, s. 18. Domstolsstyrelsen har samtidig udpeget forligsmægling som fokusområde i 2015-2016, se »Danmarks Domstoles Handlingsplan 2015«.

dersøgelse af, hvordan forligsmægling forstås blandt dommere og advokater, gennem fire fokusgruppeinterviews med erfarne retssagsjurister. Undersøgelsen er nærmere beskrevet i et appendiks til denne artikel. Afsættet for undersøgelsen har været en konstatering af, at forligsmægling tilsyneladende – i lighed med mange andre praksisfelter – i høj grad udøves på baggrund af egne erfaringer og uden tradition for at italesætte og begrebsliggøre viden herom. Vores undersøgelse bygger på den opfattelse, at beskrivelser og fortolkninger af disse erfaringer og forståelser kan danne grundlag for at indkredse, hvad forligsmægling er (eller kan være). Vi vil i denne artikel fremlægge vores analyse af de gennemførte fokusgruppeinterviews og diskutere nogle væsentlige aspekter heraf.

2. Undersøgelsens resultater

2.1. Forsøg på en entydig begrebsdefinition

Alle fokusgruppeinterviews blev indledt med en redegørelse for forskningsprojektet, og det blev bl.a. præciseret, at projektet angår byretternes forligsmægling – ikke retsmægling⁸ – i civile retssager efter retsplejelovens § 268. Herefter fik deltagerne stillet et åbent spørgsmål om, hvad de mener, at forligsmægling er. Dette spørgsmål blev i alle interviews i første omgang mødt med tavshed, som formentlig for en del skyldes, at deltagerne skulle pejle sig ind på emnet og på hinanden. Da tavsheden blev brudt, fulgte en interessant diskussion blandt deltagerne om forligsmæglingens nærmere indhold, hvilket førte til overvejelser, som var behæftet med en høj grad af usikkerhed, som det fx fremgår af følgende udtalelser: »men er det forligsmægling?«, »jeg kunne også godt rode lidt rundt i begreberne«, »det er jo en løsning for begge parter, en aftale sammen med dommeren, ikke?«, og »jeg oplever ikke tilkendegivelser som forligsmægling. Det er det måske rent principielt«. I ingen af de gennemførte fokusgruppeinterviews førte disse diskussioner deltagerne til nogen klar og entydig beskrivelse af, hvad forligsmægling er. Disse vanskeligheder kan tolkes som udtryk for, at der blandt deltagerne ikke er en reel enighed om, hvad forligsmægling er, hvilket nogle af diskussionerne også tydede på. Det er samtidig nærliggende at fortolke disse vanskeligheder som udtryk for, at der i høj grad er tale om såkaldt *tavs viden*, dvs. en erfaringsbaseret viden, som man er i besiddelse af uden at være helt bevidst om eller har vanskeligt ved at give sprogligt udtryk for.⁹ Dette understøttes af, at flere dommere beskrev forligsmægling som en intuitiv praksis, som det fx kommer til udtryk i denne ordveksling:

Dommer 1: »Men jeg synes, at det er vanskeligt bare ud fra sagstypen at tænke eller faktisk sige, at den skal til forlig eller ej. Det beror også meget på parterne. Det beror meget på stemningen, snarere end hvad vi lige taler om og sagstypen. Så ja, det bliver et spørgsmål om intuition.«

8. Jf. ovenfor i afsnit 1.

9. Om tavs viden, se navnlig Michael Polanyi, »Den tavse dimension«, 2012, s. 27 ff.

Dommer 2: »Mm ja.«

Dommer 3: »Det er jeg er helt enig i.«

Dommer 4 + Dommer 2 nikker.

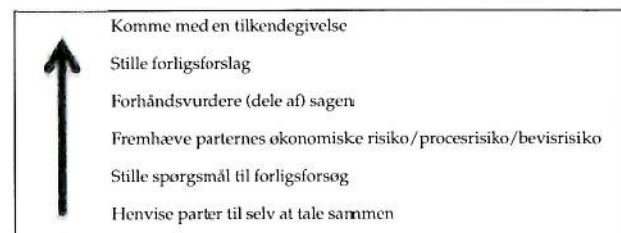
(FI 1)¹⁰

Det intuitive kan også spores i deltagernes sprogbrug, som – ud over den usikkerhed, som er beskrevet ovenfor – indeholdt ord som *fornemme, en eller anden følelse af, mærke, se, stemningen er i luften, det kommer pludseligt til en*.

Selv om de deltagende dommere og advokater havde vanskeligt ved umiddelbart at definere forligsmægling, giver diskussionerne i fokusgrupperne mulighed for at udlede en række væsentlige perspektiver på, hvad forligsmægling er (eller kan være). På baggrund af vores analyse af de transskriberede interviews vil vi i det følgende præsentere de væsentligste perspektiver, som kom frem i undersøgelsen, og som hver for sig kan bidrage til at indkredse forligsmæglingens begreb.

2.2. Mangeartede forligsmæglingsaktiviteter

Vores analyse viser, at forligsmægling kan omfatte mange forskellige aktiviteter, som vi har kategoriseret i figur 1 og placeret i rækkefølge efter, hvor intensivt aktiviteten er direkte rettet mod tvisten i sagen. I den ene ende af skalaen ligger det at henvise parterne til selv at tale sammen, og i den anden ende ligger dommertilkendegivelser:



Figur 1: forligsmæglingsaktiviteter

Når dommeren henviser advokaterne/parterne til selv at tale sammen uden for retsmødet, er der tale om minimal aktivitet og indblanding. Dommeren deltager her ikke selv i samtalen om forlig, men skaber nogle rammer for, at parterne selv eller deres advokater kan tale om det. En dommer kan fx bevidst være lidt forsinket til et telefonisk forberedende retsmøde i håbet om, at parterne (deres advokater) vil bruge tiden på at drøfte sagen. En dommer kan også eksplicit opfordre dem til at tale forlig, fx efter telefonmødets afslutning eller i en pause under hovedforhandlingen.

På det næste niveau, jf. figur 1, stiller dommeren spørgsmål til advokaterne/parterne om, hvorvidt de har

10. Citaterne i artiklen er omformet fra tale- til skriftsprog i overensstemmelse med de overvejelser, der fremgår af Lin Adrian, »Mellem retssag og rundbordssamtale – retsmægling i teori og praksis«, 2012, s. 161 f., hvortil henvises. Anvendelsen af »...« i citaterne markerer, at der er udeladt ord, og »[]« markerer, at vi har indsat for citatet meningsgivende ord. Fokusgruppeinterviewene er nummereret FI 1-FI 4 (fokusgruppeinterview 1-4) og angiver ved hvert citat, hvilket interview det stammer fra, så læseren kan følge med i, hvordan de fordeler sig på materialet.

overvejet eller kunne overveje en forligsmæssig løsning af sagen. Dette følges ofte ikke op af yderligere forligsaktivitet, uanset om svaret er »ja, men det er ikke muligt«, eller »nej, det er ikke aktuelt«. Som udtrykt af en advokat i undersøgelsen kommer det »mere som en floskel, end som en reel invitation til samtale«.

Forligsmægling kan også bestå i inddragelse af parternes økonomiske risiko, procesrisiko og bevisrisiko i den konkrete sag, som det fremgår af følgende tre eksempler:

Dommer: »Det er meget ofte bevisrisikoen, jeg bruger som løftestang, når jeg skal lave forlig.« (FI 1)

Dommer: »I forhold til sagsomkostninger går vi ind og taler om, hvad er det I kan risikere ved at føre denne sag videre.« (FI 2)

Advokat: »... at man [dommeren] bare siger til sagsøgeren: 'Jamen, altså, hvis du kommer videre med sagen, kan det da godt være, at du kan komme med noget mere eller andet, men du har altså ikke nogen særlig god sag efter den bevisførelse, der nu er lavet osv. osv.'« (FI 4)

Beviser og risiko vurderes ofte indirekte eller direkte af dommeren og kan efterfølgende være grundlaget for et forlig. Disse vurderinger kan også føre til en egentlig forhåndsvurdering fra dommeren, fx om hvorvidt der i den pågældende sag er et ansvar, en betalingspligt m.v.

På det næste niveau, jf. figur 1, viser vores materiale, at en forligsmæglingsaktivitet også kan bestå af egentlige forligsforslag. Hvis vi ser bort fra dommertilkendegivelserne, som behandles særskilt nedenfor, kommer forligsforslag frem på forskellige måder:

Dommer: »Jo, men det kan man jo klare ved, at man ridser procesrisikoen op både fra den ene og den anden side, og så afvejer det og siger, af den grund synes jeg, at det er det her beløb vi rammer, ikke.« (FI 1)

Dommer: »Så nogle gange er det en holdning til, hvad man selv synes danner grundlag for et forlig. Andre gange hører man lidt, hvad parterne synes, og derefter drøfter man sig frem til et forlig.« (FI 1)

Dommer: »Det handler om at få kridtet banen op, så parterne ved, hvor de står, og de ved, hvad deres svaghed er. Så kan man begynde at snakke forlig, og så begynder jeg at sætte parterne i spil. Det er som regel den, der er lidt bagud på point, der får lov til at spille ud: 'Jamen, hvor synes du, at det skal ligge?'« (FI 2)

I det første eksempel bruger dommeren sin juridiske faglighed til at lave juridiske vurderinger og komme med forslag til selve forliget, mens det andet eksempel viser en dommer, der også forholder sig til indholdet, uden at man dog kan se på hvilket grundlag. I materialet findes der imidlertid mange flere eksempler på, at indholdet af forliget kommer frem ved, at advokaterne/parterne selv må på banen, som i både andet og tredje eksempel ovenfor, hvor dommeren aktivt spørger til parternes overvejelser og forligsforslag.

Øverst i figur 1 ligger tilkendegivelser, som er dommerens redegørelse for, hvordan sagen bør falde ud. Det almindeligste er, at tilkendegivelser er »på domsvilkår«, dvs. lig resultatet af en eventuel dom, men retten kan også komme med en tilkendegivelse, som ikke nødvendigvis er identisk med en eventuel dom. Der er i litteraturen ikke enighed om, hvorvidt en tilkendegivelse falder ind under

forligsmægling efter retsplejelovens § 268 eller ej.¹¹ En tilsvarende tvivl om tilkendegivelsernes retlige status afspejles i vores materiale under diskussionerne af, hvad forligsmægling begrebsmæssigt er. Nogle deltagere var helt sikre på, at tilkendegivelser hører under forligsmægling, mens andre satte spørgsmålstegn ved, om det er tilfældet. Sprogligt manifesterede denne ambivalens sig også ved, at tilkendegivelser i visse tilfælde omtales som noget, der »i gåseøjne« er et forlig, er et »statistisk« forlig, eller ikke er »et rigtigt forlig«. I de dele af fokusgruppeinterviewet, hvor der var fokus på andre aspekter af forligsmægling end en direkte indkredsning af selve begrebet, blev tilkendegivelser til gengæld hyppigt nævnt, uden at det var behæftet med nogen former for usikkerhed. Tilkendegivelser nævnes fx ubesværet på lige fod med andre forligsmæglingsaktiviteter, og det uanset om der tales om tilkendegivelser på domsvilkår eller ej, og om der er tale om mundtlige eller skriftlige tilkendegivelser. Så selvom der på den ene side luftes en vis tvivl om forholdet mellem tilkendegivelser og forligsmægling på det begrebsmæssige niveau, er der næppe tvivl om, at tilkendegivelser for hovedparten af fokusgruppedeltagerne opleves som en forligsmæglingsaktivitet, når det kommer til praksis.

Sammenfattende viser vores undersøgelse, at forligsmægling kan omfatte en række meget forskelligartede handlinger, jf. figur 1, men at den nærmere afgrænsning af disse handlinger i flere henseender fremstår uklar. Det bemærkes, at rettens forligsmægling i det enkelte tilfælde afhænger af en lang række konkrete omstændigheder, herunder hvornår under sagen forligsmæglingen finder sted, om det sker under et telefonisk eller fysisk retsmøde, om parterne er repræsenteret af advokat, om en advokat i givet fald giver møde med eller uden sin klient, osv. Vores undersøgelse har som anført ovenfor ikke haft til formål at belyse, hvordan disse rammer kan have betydning for rettens forligsmægling i det enkelte tilfælde, men derimod generelt at belyse hvad forligsmægling kan være i civile retssager.

2.3. Forligsmæglingens fokus

En anden måde at indkredse forligsmægling på som begreb og praksis er at undersøge, hvad der er fokus på under forligsmæglingen. Vores analyse viser her, at både dommere og advokater hovedsageligt beskrev forligsmægling som en aktivitet, der kan have fokus på *resultatet* (forliget). Med deltagernes ord skal »resultatet i kassen«, der skal findes »et andet ... udfald end det, som bare ligger for enden af den juridiske sti«, eller »forligsmægling ...

11. Jf. navnlig W.E. von Eyben, »Dommertilkendegivelser«, 1987, s. 16 f., Thorkild Bendsen og Tage E. Svendsen, »Civile retssager i praksis«, 1997, s. 152, Ejler Bruun, »Tilkendegivelser«, i Pernille Backhausen m.fl. (red.), »Proceduren«, 2009, s. 441 ff., Lin Adrian, »Mellem retssag og rundbordssamtale – retsmægling i teori og praksis«, 2012, s. 94 ff., Bernhard Gomard og Michael Kistrup, »Civilprocessen«, 2013, s. 630 (med en række yderligere henvisninger) samt Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen og Lasse Højlund Christensen, »Den civile retspleje«, 2015, s. 382.

træder i stedet for det, der ville blive resultatet af en dom«. Forligsmægling handler kort sagt om at få sagen sluttet, sådan at både parter, advokater og dommere kan komme videre. Flere advokater fremhævede, at retten ved sin forligsmægling også kan fokusere på at finde løsninger på enkelte af sagens problemstillinger.

Deltagerne beskrev forligsmægling som en aktivitet, der i høj grad kan have fokus på *det rimelige resultat*. Rimelighedsbetragtningerne blev omtalt som noget, der bruges til at nå et andet resultat end det, der følger af retsreglerne, og afspejler et modsætningsforhold imellem sagens (skønnede) juridiske udfald (»en stringent juridisk afgørelse«, »det strengt juridisk korrekte resultat«) og det rimelige resultat (»den praktiske og fornuftige måde, som alle kan leve med«, »et resultat, som er rimeligt set fra begge parter synspunkter«, og »de lidt rundere ting«). Dette modsætningsforhold er velkendt i civilprocessen.¹²

Flere dommere fremhævede denne mulighed for at fokusere på rimelighedsbetragtninger for at undgå, at sagen får et udfald, som den pågældende dommer finder uønsket.

Dommer: »Og det samme hvis der er noget, man synes, ser lidt urimeligt ud, ikke? ... Så kan det også være et punkt, som man kan hive fat i.« (FI 1)

Dommer: »Forliget er jo ofte ikke en stringent juridisk afgørelse, man kommer med. Det er jo også en rimelighedsvurdering, og det skal det i hvert fald være for at man går aktivt ind i et forlig. Der skal være noget, som jeg selv synes fremstår som en rimelig løsning af den tvist, som jeg har læst mig frem til og fået præsenteret.« (FI 1)

Mens dommerens subjektive rimelighedsopfattelse kan være afsættet for at fokusere på rimelighed som illustreret i de nævnte eksempler, lagde flere dommere vægt på at høre advokaterne/parterne om, hvori de mener, at en rimelig løsning på sagen kunne bestå. I materialet er der kun få mere konkrete eksempler på, hvad der lægges vægt på ved disse rimelighedsbetragtninger. Der blev her især peget på muligheden for at lægge (større) vægt på andre hensyn, end retsreglerne giver mulighed for. Som eksempler nævntes bl.a. kommercielle hensyn og hensyn til parternes fortsatte samarbejde. Muligheden for at lade parterne »mødes på midten« nævntes også, jf. nærmere nedenfor.

Kun få af fokusgruppedeltagerne beskrev forligsmægling som en aktivitet, der kan have fokus på forligsmæglingsprocessen. Når der lægges vægt på processen, fremhævedes især parternes behov for at føle sig hørt af dommeren. En advokat beskrev det således:

»... men er jo ret vigtigt, når man går fra en hovedforhandling ... – hvad enten man vinder eller taber – at klienten har en fornemmelse af,

at det har været en god og ordentlig proces. At dommeren hørte mig og forstod mig, og at der kommer et rigtigt resultat ud af det.« (FI 4)

Enkelte dommere fremhævede, at forligsmæglingen kan have fokus på at få parterne til at tale sammen.

»Oftentimes er det en god idé at få en hurtig afslutning, men ikke altid i familiesagerne. Der kan det faktisk være godt med en længere proces. Nogle gange kan det, at de får snakket sammen, og det udvikler sig, ende med et forlig. Men i mange af de almindelige sager, der er det altså godt med en hurtig afgørelse.« (FI 1)

»Noget af det bedste er at tage en besigtigelse. Så får man fat på folk, der hvor de er. Man kan trække lidt uformelt rundt og kigge ... Selv om sagen var berammet til hovedforhandling, og retsmægling skulle de ikke nyde noget af, så løber man alligevel rundt og kan få den uformelle føling og snak ...« (FI 1)

Særligt i forhold til dommertilkendegivelser fremhævede flere dommere, at tilkendegivelser giver dommeren mulighed for at formidle sagens udfald på en måde og i en form, som er henvendt mere direkte til parterne, end en dom vil være det. Hvor en dom er skrevet i et juridisk sprog til jurister, er tilkendegivelsen ikke bundet af den juridiske form. Dommertilkendegivelsen kan samtidig omfatte andet og mere end det, der vil indgå i præmisserne i en dom. Set i dette perspektiv kan dommertilkendegivelser som forligsmæglingsaktivitet også have fokus på processen, nemlig på at *forklare* og *formidle* sagens udfald på en måde, som er lettere forståelig for sagens parter.¹³ Vi vil nedenfor i afsnit 3.2 diskutere perspektivet i at øge forligsmæglingens fokus på processen.

Både deltagende dommere og advokater beskrev desuden forligsmægling som en aktivitet, der kan have fokus på *kompromisset* (»få synspunkter til at mødes«, »bøje synspunkter mod hinanden«, »komme parterne lidt i møde på hver side«, »få folk til at mødes«, »få enderne til at mødes«, »hugge den lidt over«). En dommer fremhævede, at formålet med forligsmæglingen er, at parterne »kan gå fra retten med en følelse af, at de begge har vundet lidt, et eller andet sted«, mens en advokat beskriver det således:

»Jeg tror bare, at man skal erkende, at forudsætningen for at finde et forlig er at finde det sted, hvor de to cirkler, der afspejler de synspunkter, der er repræsenteret, krydser hinanden. Og i det krydsfelt skal man finde løsningen.« (FI 3)

Disse beskrivelser synes at afspejle en klassisk forståelse af begrebet *forhandling*, hvor genstanden for mæglingen/forhandlingen opfattes som en fast størrelse, der skal fordeles mellem parterne (nul-sums perspektiv, fixed pie).¹⁴ Vi vil nedenfor i afsnit 3.2 diskutere mulighederne for at anlægge et andet perspektiv med inspiration fra nyere mæglings- og forhandlingsteori.

12. Retten er forpligtet til at afgøre en civil retssag efter gældende ret inden for de rammer, som følger af sagens processtof, og parterne kan ikke – som i en voldgiftssag, jf. voldgiftslovens § 28, stk. 3 – bemyndige retten til at træffe afgørelse i sagen efter billighed (ex æquo et bono), jf. fx Bernhard Gomard & Michael Kistrup, »Civilprocessen«, 7. udg. 2013, s. 623 f.

13. Jf. nærmere herom nedenfor 3.4.

14. Jf. Vibeke Vindeløv, »Konfliktmægling«, 3. udg. 2013, s. 128 f.

2.4. De mange forskellige hensyn

Man kan også søge at indkredse forligsmægling som begreb og praksis ved at udforske deltagernes beskrivelser af de hensyn, som forligsmægling varetager. Analysen af de gennemførte fokusgruppeinterviews viser, at deltagerne i denne forbindelse henviste til en række forskellige hensyn. Nogle af disse hensyn er allerede beskrevet i litteraturen om forligsmægling.¹⁵ Det drejer sig om hensyn til en hurtig afslutning af sagen, rimelighedsbetragtninger, bevisvanskeligheder, parternes fortsatte samarbejde, og domstolens ressourcer. Vi vil derfor her fokusere på de øvrige hensyn, som blev fremhævet.

Flere dommere i undersøgelsen fremhævede, at der gennem en mundtlig tilkendegivelse er mulighed for at henvende sig direkte til parterne og tale til dem på en måde, som de bedre forstår (»tale uden om juraen«), og dermed give dem en bedre forståelse af dommens resultat, jf. også ovenfor 2.3. Dette hensyn kan have en vis sammenhæng med et andet hensyn, som flere dommere fremhævede: At det er en bedre oplevelse eller mere tilfredsstillende for en dommer, hvis en sag forliges, som det bl.a. fremgår af følgende citater (kursiveringerne i citaterne er vores):

»Det bedste er at slutte to telefonmøder med to forlig. Så sparer man rigtig mange ressourcer og rigtig lang tid – også for parterne – fordi det er på et tidligt stadie. Så har man det rigtigt godt. Navnlig hvis det udvikler sig fra at være lidt vejledning om bevisspørgsmål, som går over til regulær forligsforhandling mellem parterne, hvor man bare er lidt med på sidelinjen. Det er jo det bedste af det hele.«

»Det vigtigste er nok følelsen. Den følelse bygger på mange ting, både at der er mindre arbejde og ressourcebesparelse, men også at det bare giver en bedre fornemmelse, at parterne er mødet et eller andet sted.« (FI 1)

»Det er en tilfredsstillelse, hvis man kan snakke parterne hen til et resultat, som nok også ville være dommens resultat, men hvor de går derfra med en forståelse for, hvorfor resultatet er, som det er. Det gør de ikke altid ved en dom. Det er lidt af en hobby for mig at prøve at få parterne til at forstå, hvorfor de ikke har ret.« (FI 2)

»Sådan helt grundlæggende vil jeg sige, at man som domstolsjurist synes, at man har gjort sit arbejde godt, når man forliger en sag.« (FI 2)

Som det fremgår af citaterne, udspringer denne tilfredsstillelse ved forligsmægling blandt andet af nogle af de andre hensyn, som forligsmægling tilgodeser (fx muligheden for gennem en tilkendegivelse at give parterne en bedre forklaring på dommens resultat, eller muligheden for at slutte sagen hurtigt for parterne, spare ressourcer mv.), men det fremstår i materialet som et selvstændigt hensyn.

Både dommere og advokater fremhævede desuden, at dommerens forligsmægling kan bruges som løftestang for forligsdrøftelser, navnlig når advokaterne skal drøfte forlig med deres klienter. En advokat udtrykker det således:

15. Thorkild Bendsen og Tage E. Svendsen, »Civile retssager i praksis«, 1997, s. 150 ff., og Henrik Rothe, »Forligsmægling, retsmægling og mediation« i Pernille Backhausen m.fl. (red.), »Proceduren«, 3. udg. 2009, s. 237 ff.

»Nogle gange kan det være givende, hvis en dommer siger, at her er beviset vel gået tabt. Nogle gange har man forsøgt at forklare klienten det et par uger i forvejen og nu kan man sige: Dommeren sagde også i det forberedende møde, at sådan og sådan ...« (FI 3)

Sammenfattende pegede de deltagende dommere og advokater på, at forligsmægling især varetager en række hensyn, som vedrører *parterne*, herunder psykologiske faktorer (at parterne får en bedre følelse bagefter, at parterne kan komme videre, at de kan gå fra retten med en følelse af, at de begge vandt lidt, at parterne er mere tilfredse) og hensyn til parternes ressourcer (omkostninger ved retssagen, herunder udgiften til syn og skøn). Forligsmægling kan dog også varetage andre hensyn som fx hensynet til dommerens eller rettens ressourcer, men sådanne andre hensyn blev nævnt i meget mindre omfang.

2.5. Uklare grænseflader mellem forligsmægling, materiel procesledelse og vejledning

Rettens pligt til forligsmægling suppleres af rettens muligheder for at stille afklarende spørgsmål og komme med opfordringer vedrørende sagens processtof, med det formål at tilvejebringe et sikrere grundlag for at træffe en rigtig afgørelse i sagen (materiel procesledelse).¹⁶ Byretterne skal desuden vejlede en part, der ikke møder ved advokat (»selvmøder«) om, »hvad han bør foretage sig til oplysning af sagen og i øvrigt til varetagelse af sine interesser under denne«.¹⁷ Det er velkendt, at der ikke findes nogen fast grænse mellem klagørende spørgsmål (materiel procesledelse) og spørgsmål, som »indeholder eller dog virker som et råd eller en henstilling« (vejledning).¹⁸ Vores undersøgelse viser, at der findes tilsvarende uklare snitflader mellem materiel procesledelse, vejledning af selvmødere og forligsmægling.

Mange fokusgruppedeltagere fremhævede, at rettens materielle procesledelse kan være et vigtigt afsæt for forlig. Dette er navnlig tilfældet, når retten hjælper parterne med »at skære sagen til« gennem spørgsmål til parternes processtof. Rettens indsats kan føre til, at dele af sagen – både processuelle og materielle spørgsmål – falder bort (»forliges«), og at der opnås større klarhed om den resterende del af sagen. Flere dommere fremhævede, at en sådan tilskæring af sagen både kan have karakter af materiel procesledelse og forligsmægling, og at der således ikke altid kan skelnes skarpt mellem de to ting, som det bl.a. fremgår af følgende ordveksling:

16. Jf. nærmere RPL § 339, stk. 1-3, betænkning 1401/2001, s. 311, lovforslag nr. 168 af 1.3.2006 (2005-2006), almindelige bemærkninger, afsnit 5.2.4, og Bernhard Gomard & Michael Kistrup, »Civilprocessen«, 7. udg. 2013, s. 582 ff.

17. Jf. RPL § 339, stk. 4, betænkning 1401/2001, s. 317 ff., lovforslag nr. 168 af 1.3.2006 (2005-2006), almindelige bemærkninger, afsnit 5.2.5. Vejledningspligten spiller en særlig rolle i småsager, jf. bl.a. almindelige bemærkninger til førnævnte lovforslag, afsnit 8.2.4 og 8.2.5.

18. Jf. Bernhard Gomard & Michael Kistrup, »Civilprocessen«, 7. udg. 2013, s. 585.

Moderator: »Men indeholder det at skære sagen til også noget forligsmægling, eller er det bare ren afklaring?«

Dommer 1: »Begge dele.«

Dommer 2: »Du kommer med nogle begreber, og virkeligheden er jo ikke så begrebsdefineret, vel? Det er man jo ikke engang klar over, når man selv sidder med sagen. Altså, det er jo halvt vejledning og halvt tilskæring, og så kan du kalde det forlig eller ej.« (FI 2)

Tilsvarende gråzoner blev beskrevet i forhold til vejledning. Mange fokusgruppedeltagere beskrev rettens vejledning af selvmødere som noget, der finder sted før en forligsmægling, men som i mange tilfælde kan udgøre et vigtigt afsæt for et forlig. Det gælder fx ved rettens vejledning om bevisbyrde og procesrisiko. Én dommer fremhævede i den forbindelse, at retten er forpligtet til at vejlede en selvmøder om vedkommendes retsstilling forud for rettens forligsmægling. Herved bliver rettens vejledning en afgørende forudsætning for, at forligsmægling kan finde sted.

Deltagerne var imidlertid ikke enige om, hvorvidt der kan (eller bør) skelnes mellem forligsmægling og vejledning. En dommer bemærkede således, at det var »meget akademisk« at søge at skelne mellem disse to ting, fordi det i praksis »glider ud i et«, og en anden dommer gav følgende eksempel på vanskelighederne ved at skelne:

Dommer: »Hvor grænsen mellem vejledning og forligsmægling går? Mit bud er, at den er meget flydende, for det ligger i selve afklaringen af standpunkterne og reglerne. Så lyser der nogle gange en pære og folk siger: 'Vil det sige, at jeg ikke kan komme videre, selv om både min svigermor og jeg hørte denne her aftale blive indgået?' Det er jo også en slags forligsmægling, eller hvad er det egentlig?« (FI 2)

Vanskelighederne ved at skelne opstår bl.a. ved vejledning om bevisbyrde og procesrisiko, som traditionelt anses for omfattet af vejledningspligten. Én dommer nævnte således vejledning om bevisrisici som eksempel på forligsmægling. En anden dommer fremhævede, at det ene ofte helt automatisk fører over i spørgsmålet om forlig:

Dommer: »Når de ikke har advokater, skal vi jo vejlede dem, og det er jo bl.a. om procesrisiko og bevisbyrde og om de retsregler, der gælder. Det kommer automatisk som et led i vores arbejde, at vi kommer til at se på, om vi kan finde en løsning.« (FI 2)

En tredje dommer mente derimod godt, at man kunne skelne mellem vejledning og forligsmægling:

Dommer: »Jeg synes, at forligsmægling mere er, hvor man forsøger at få nogle synspunkter til at mødes så sød musik opstår, hvorimod vejledning er lidt mere, at sådan og sådan er reglerne, og din situation ser sådan og sådan ud, og så kan du selv prøve at se, om du synes det matcher, og om der kan komme noget godt ud af det. Det har ikke meget med en forligsmægling at gøre.« (FI 1)

Flere dommere fremhævede, at vejledningen i nogle tilfælde kan bestå i en ret konkret forhåndstilkendegivelse om sagens forventede udfald med henblik på at få en part til som sagsøger at frafalde sit krav eller som sagsøgt at tage bekræftende til genmæle. Omvendt kan vejledningspligten måske også i nogle tilfælde indskrænke mulighederne

for forligsmægling i form af fremsættelse af konkrete forligsforslag.

Dommer 1: »... hvis man skal vejlede folk om, hvor de står, skal man passe på ikke at undergrave det ved bagefter at sige: 'Jamen så synes jeg, at vi skal slå halv skade eller lignende.' Man skal passe på og holde tungen lige i munden i forhold til, hvad man kaster sig ud i, ikke?«

Dommer 2: »Jo, men det kan man jo klare ved, at man ridser procesrisikoen op både fra den ene og den anden side, og så afvejer det og siger, af den grund synes jeg, at det er det her beløb vi rammer, ikke.«

Dommer 1: »Jo.« (FI 1)

Sammenfattende viser vores undersøgelse, at byretternes forligsmægling kan indgå i et tæt samspil med retternes materielle procesledelse og (hvis relevant) deres vejledningspligt, og at dette samspil i praksis er præget af et betydeligt overlap.¹⁹

2.6. Initiativet er hos dommeren

Pligten til at mægle forlig ligger ifølge retsplejelovens § 268 hos retten. Dette er ikke til hinder for, at advokater kan bede retten om at foretage forligsmægling, hvis den ikke automatisk finder sted.²⁰ Det samme gælder selvmødere, men man må formode, at de som lægpersoner har et begrænset indblik i domstolsprocessen og derfor generelt forholder sig reaktivt til dommerens udspil og procesledelse. Her ser vi derfor kun nærmere på, hvem der tager initiativet til forligsmægling af dommere og advokater.²¹ Analyser af vores materiale viser, at at dommere har teten, og at advokater generelt forholder sig afventende. En del advokater oplever, at der kun finder begrænset forligsmæglingsaktivitet sted ved domstolene, og selvom nogle advokater gav udtryk for, at dommere kunne tage for meget initiativ i deres forligsbestræbelse, efterlyste flere advokater mere aktivitet fra dommerside, hvilket fx kom til udtryk gennem følgende udsagn:

»I de almindelige pengesager er det meget begrænset, hvor meget vi oplever en opsøgende holdning til forlig før efter hovedforhandlingen.« (FI 3)

»Jeg synes, at jeg oplever flere og flere sager, hvor der slet ikke kommer noget forslag om, at man tager en forligsdrøftelse under telefoni.« (FI 3)

»Jeg ville synes, at det var helt fint, hvis det var struktureret, og de tog § 353, pkt. 21 eller hvad det hedder, pkt. 20, alvorligt. Det irriterer mig, at de ikke tager det alvorligt.« (FI 4)

Efterlysningen af forligsmægling var ikke koblet med overvejelser om, hvad advokaterne selv kunne gøre. Ingen advokater nævnte, at de som forberedelse til et rets-

19. Finn Taksøe-Jensen, »Materiel procesledelse i borgerlige sager«, 1975, behandler også forligsmægling i sin undersøgelse af domstolenes materielle procesledelse.

20. Retsplejeloven indeholder udtrykkelig hjemmel til, at parterne kan anmode retten om, at forligsmægling skal drøftes på det forberedende møde, jf. RPL § 348, stk. 1, nr. 6, og § 351, stk. 2, nr. 6, jf. § 353, stk. 1, nr. 19.

21. Desuden har vi i undersøgelsen kun indirekte viden om selvmødere, da den gruppe ikke var repræsenteret i fokusgrupperne.

møde havde drøftet forligsmuligheder med deres klienter, og ingen advokater gav udtryk for, at de forgæves havde forsøgt at få forligsaktiviteter i gang under fx det forberedende møde eller hovedforhandlingen. Advokaterne synes således ikke at opfatte domstolenes forligsmægling som noget, der stiller særlige krav til dem.²² På samme måde talte ingen af dommerne om, hvordan advokater kunne spille en rolle i forhold til forligsmægling. Der var hverken udtalelser om advokater, der skubbede for meget på, eller efterlysninger af proaktive advokater fra dommerside.

Sammenfattende synes både advokater og dommere således at forstå forligsmægling som en ensidig dommerinitieret aktivitet. Vi vil nedenfor i afsnit 3.3 diskutere advokatens rolle i forbindelse med forligsmægling nærmere.

2.7. Sammenfatning af undersøgelsens resultater

Vores undersøgelse viser på tværs af alle fokusgruppeinterviews, at de deltagende dommere og advokater generelt havde vanskeligt ved at beskrive, hvad de forstår ved forligsmægling, og vores analyser giver ikke grundlag for at identificere nogen klar og entydig forståelse af forligsmægling som begreb og praksis. Vores analyse har imidlertid afdækket en række væsentlige perspektiver på forligsmægling. Vi kan konstatere, at de professionelle aktører primært forstår forligsmægling som en ensidig dommerinitieret aktivitet, der kan omfatte en række meget forskelligartede handlinger, jf. figur 1 ovenfor, hvis nærmere afgrænsning i flere tilfælde er uklar. Forligsmægling udøves først og fremmest af hensyn til sagens parter, men kan dog også varetage andre hensyn, og forligsmægling har primært fokus på resultatet (*forliget*) og kun i mindre grad på processen (*mæglingen*).

3. Diskussion af undersøgelsens resultater

I det følgende vil vi drøfte betydningen af, at der ikke foreligger en klar og entydig forståelse af forligsmægling, og argumentere for, at der er behov for at sætte mere fokus på forligsmæglingsprocessen og at afklare advokaters rolle heri.

3.1. Konsekvenser af et uklart forligsmæglingsbegreb

Som nævnt i indledningen til artiklen er der hverken i lovgivningen eller den juridiske teori taget stilling til, hvad der nærmere forstås ved forligsmægling. Vores undersøgelse viser, at der heller ikke blandt en række af de relevante professionelle aktører på området kan identificeres nogen klar og entydig forståelse heraf. Hermed kommer det i meget høj grad an på den enkelte dommers subjektive forståelse, præferencer og intuition, om og hvordan forligsmægling udøves i konkrete sager. Dette styrkes ved, at forligsmæglingspligten ikke er absolut, og

at en tilsidesættelse af pligten ikke umiddelbart er forbundet med nogen sanktion.²³

På den ene side giver dette den enkelte dommer mulighed for at være kreativ i sin praksis og løbende tilpasse sine forligsmæglingsbestræbelser til situationen, herunder til den konkrete tvist og til de tidsmæssige ressourcer. På den anden side medfører den manglende fælles forståelse af forligsmægling efter vores opfattelse en række problemer. Det overlades således til den enkelte dommer at beslutte, hvad der er god forligsmæglingspraksis, herunder hvilke (etiske) grænser der gælder for rettens forligsmægling. Det bliver tillige op til den enkelte dommer at vurdere, om der overhovedet skal ske forligsmægling, uden nogle klare holdepunkter og kriterier for at foretage denne vurdering. Praksis bliver på den måde frit flydende og uforudsigelig. Det er endvidere vanskeligt for den enkelte dommer at udvikle en hensigtsmæssig professionel praksis, når der er uklare forventninger til, hvad der er »god forligsmægling«. Samtidig gør den manglende viden om forligsmægling som begreb og praksis det vanskeligt at forholde sig *retspolitisk* til den rolle, som forligsmægling spiller og bør spille i den civile retspleje. Udtalelser om, at forligsmægling i civile retssager med fordel kan øges, fremstår fx i sig selv uden noget entydigt meningsindhold.²⁴

Det uklare forligsmæglingsbegreb har også betydning for parternes *retssikkerhed*. Forligsmægling tager sigte på at få afsluttet den verserende retssag på en for parterne bindende måde, og dommeren indtager i denne forbindelse en magtfuld rolle i forhold til parterne.²⁵ Vores undersøgelse viser, at med et flydende forligsmæglingsbegreb kan også aktiviteter, som gør dommeren inhabil i forhold til at kunne *dømme* i sagen, regnes som forligsmægling, og reglerne om inhabilitet sætter således ingen grænser for, hvor langt en dommer kan gå i sine mæglingsbestræbelser. Det gælder fx tilfælde, hvor dommeren som led i sin forligsmægling under forberedelsen tilkendegiver sin opfattelse af, hvordan sagen må forventes at falde ud. Undersøgelsen viser endvidere, at forligsmægling i praksis flyder sammen med materiel procesledelse og rettens vejledningspligt over for selvmødere, og der er ingen klarhed om de grænser, som gælder for retten i denne henseende. Det er tillige et retssikkerhedsmæssigt problem, at det er uforudsigeligt for parterne og deres advokater, hvad de mødes med af forligsmægling fra domstolens side. Den manglende beskrivelse i lovgivningen af forligsmægling koblet med, at der heller ikke findes en form for vejledning eller »etiske retningslinjer«

23. Jf. herved retsplejelovens § 268, stk. 2 og 4. Det forekommer utænkeligt, at domstolene skulle kunne ifalde erstatningsansvar for manglende forligsmægling.

24. Ifølge »Domstolsstyrelsens Handlingsplan 2015« er rets- og forligsmægling udpeget som et særligt fokusområde, og det fremgår bl.a. heraf (s. 6), at man ønsker at udbrede brugen af forligsmægling.

25. Jf. hertil bl.a. Henrik Rothe, »Forligsmægling, retsmægling og mediation« i Pernille Backhausen m.fl. (red.), »Proceduren«, 3. udg. 2009, s. 245.

22. De advokatetiske regler (vedtaget på Advokatrådets møde den 7. april 2011) indeholder følgende bestemmelse om advokatens pligt til at arbejde for en forligsmæssig løsning (punkt 16.9): »Advokaten bør på passende tidspunkter foreslå klienten at overveje at indgå forlig eller henvise sagen til mediation eller lignende.«

for domstolenes forligsmægling i stil med dem, der er udarbejdet for retsmægling,²⁶ gør sammen med de mange forståelser af forligsmægling, som vores undersøgelse har afdækket, det umuligt på forhånd at vide, hvad man kan forvente af forligsmægling især i de forberedende møder, men til dels også i forbindelse med hovedforhandlingen.

Efter vores opfattelse er der således et behov for at arbejde mere systematisk med forligsmægling, og herunder afklare hvad forligsmægling er og bør være. En sådan afklaring er tillige en forudsætning for en målrettet indsats i forhold til anvendelsen af forligsmægling. Så længe der ikke findes en fælles forståelse af begrebet, risikerer man at tale forbi hinanden uden at være opmærksom herpå med risiko for en utilsigtet begrænsning af forligsmæglingsaktiviteterne til følge. Det kan herved noteres, at Domstolsstyrelsen for nylig har meddelt, at forligsmægling vil være et væsentligt fokusområde i de kommende 1½ år.²⁷

3.2. Advokaters rolle

Vores undersøgelse viser, at både de deltagende dommere og advokater opfatter forligsmægling som en ensidig dommerinitieret aktivitet, der primært er rettet imod (og foretages af hensyn til) sagens parter. I ingen af fokusgrupperne blev advokaterne tillagt nogen betydning for forligsmæglingen, og undersøgelsen efterlader et generelt indtryk af, at forholdet mellem dommere og advokater er uklart, når det gælder forligsmægling. Mens nogle af de deltagende dommere gav udtryk for, at der bør udvises en vis tilbageholdenhed i forhold til advokater, gav nogle af de deltagende advokater udtryk for frustration over dommers forligsmæglingsbestrebelse med eksempler både på sager, hvor de efter advokaternes opfattelse fyldte for lidt, og hvor de efter advokaternes opfattelse fyldte for meget. Undersøgelsen giver herved grund til at overveje, hvilken rolle advokater kan og bør spille i forhold til forligsmægling. En advokat har ikke i kraft af sin almindelige rettergangsfuldmagt nogen bemyndigelse til at indgå forlig, men derfor kan advokaten alligevel indtage en væsentlig rolle i forhold til at understøtte rettens forligsmægling og derigennem varetage deres klienters interesser.

3.3. Et bredere perspektiv på forligsmægling

Vores undersøgelse viser, at hensynet til parterne har en fremtrædende plads for de professionelle aktører i forhold til forligsmægling. Det er både hensyn, der umiddelbart er bundet op på selve fremgangsmåden ved forligsmægling, jf. eksemplerne ovenfor (formidle resultater, få parterne til at føle sig hørt mv.), men også mere generelle

hensyn til parternes følelser, til deres mulighed for at komme videre, og til et ønske om at gøre dem tilfredse. Disse hensyn er af deltagerne i undersøgelsen ikke koblet umiddelbart sammen med bestemte processkridt, men de har en nær sammenhæng med *måden*, hvorpå forligsmægling praktiseres.

Mange antager fejlagtigt, at tilfredshed med et resultat primært er knyttet til at få ret, men forskning viser, at tilfredshed også i meget høj grad udspringer af den måde, de processer, der fører frem til resultater, opleves på.²⁸ Oplever man sig fair behandlet, bliver man mere tilfreds med resultatet – uanset om det er i ens favør eller ej. Den seneste brugerundersøgelse ved domstolene fra 2013 peger også på betydningen af en fair behandling.²⁹ Meget taler således for, at forligsmægling bør praktiseres på en måde, som fremmer oplevelsen af fair behandling.

I lyset heraf er det bemærkelsesværdigt, at analysen af vores materiale viser, at forligsmæglingens professionelle aktører i vidt omfang sætter lighedstegen mellem forligsmægling og resultatet (forliget). Vejen frem til forliget indgår kun i forståelsen af forligsmægling i meget begrænset omfang, mens fokus helt overvejende er på sagen og dens juridiske aspekter med henblik på at opnå et forlig. Ikke hermed sagt, at processen ingen opmærksomhed har. Vi har i analyseafsnittet vist, hvorledes der i forbindelse med dommernes og advokaternes samtaler også blev lagt vægt på, at parterne skulle mødes på midten, at formidle resultater, at få parter til at føle sig hørt mv., men vores undersøgelse viser samtidig, at det ikke indgår som et centralt aspekt af forligsmægling. Inden for mæglings- og forhandlingslitteraturen lægges der generelt stor vægt på, *hvordan* man når frem til et resultat, og *hvordan* man når frem til det bedste resultat, dvs. fokus på processens betydning for det indholdsmæssige i en forhandlings- eller konfliktsituation.³⁰ Processen består af mange elementer, herunder kommunikationsform, taletid, fysiske rammer og rækkefølgen emner behandles i.³¹ Hvis forståelsen af forligsmægling i højere grad inddrog processen og balancerede *forlig* (indhold) og *mægling* (proces), ville det potentielt muliggøre en udvikling af praksis, hvor der kunne

26. Jf. <http://www.domstol.dk/saadangoerdu/retsmaegling/Pages/Etiskeretningslinjerforretsmaegling.aspx>.

27. »Danmarks Domstoles Handlingsplan 2015«, s. 5 ff. <http://www.domstol.dk/om/publikationer/HtmlPublikationer/Handlingsplaner/Danmarks%20Domstoles%20handlingsplan%202015/kap04.htm>.

28. Jf. Lin Adrian, »Procesretfærdighed – det er også måden, der tæller«, *Juristen* 3/2013, s. 107 ff., med en række henvisninger til yderligere litteratur særligt E. Allan Lind og Tom R. Tyler, »The Social Psychology of Procedural Justice«, 1988, samt Lawrence B. Solum, »Procedural Justice«, 78 s. Cal. L. Rev. 181-321 (2004). Den samme tankegang kan bl.a. også siges at ligge bag kravet om »fair trial«, jf. bl.a. EMRK art. 6 og EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder art. 47, og bag kravene i voldgiftslovens § 18 om ligebehandling af sagens parter og fuld lejlighed til at fremføre sin sag.

29. Undersøgelsen, som findes på www.domstol.dk, viser bl.a., at tilfredsheden med resultatet har betydning for, hvor tilfreds man er med retten generelt, men også at tilfredsheden med den måde, man bliver behandlet på, ligger højere end tilfredsheden med resultatet, og altså ikke kun har med resultatet at gøre.

30. Se fx Vibeke Vindeløv, »Konfliktmægling«, 3. udg., 2013; Søren Viemose, »Konstruktive forhandlinger – på arbejdspladsen«, 2013; og Roger Fisher og William Ury, »Få ja når du forhandler«, 2000.

31. Søren Viemose, »Konstruktive forhandlinger – på arbejdspladsen«, 2013, p. 75.

trækkes på viden om processer fra såvel forhandling og mægling (herunder retsmægling) som andre relevante fagområder.

Vores undersøgelse har også vist, at genstanden for forligsmægling synes at blive opfattet som en fast størrelse, der skal fordeles mellem parterne (nul-sums perspektiv), som i klassisk standpunktsforhandling.³² I nyere forhandlingsteori betones en interessebaseret tilgang til forhandling, hvor fokus på parternes krav afløses af et fokus på de bagvedliggende interesser, og hvor genstanden for forhandling potentielt kan udvides med tilsvarende mere at fordele mellem parterne. Om man forstår forhandlings-situationen på den ene eller den anden måde, smitter af på forståelsen af forligsmægling. Hvis man forstår forhandlingsgenstanden som en fast størrelse, vil forligsmægling tilsvarende forstås som en aktivitet, der handler om at afdække parternes standpunkter og fordele de tilstedeværende ressourcer evt. i form af et kompromis. Hvis man forstår forhandlings-situationen som en mulighed for at skabe mere værdi, vil man forstå forligsmægling som en situation, hvor man gennem afdækning af parternes standpunkter og interesser forsøger at udvide forhandlingsfeltet, før man lægger sig fast på en løsning.

4. Afsluttende bemærkninger

Selv om domstolenes forligsmægling har en central rolle i den civile retspleje, findes der hverken i lovgivningen eller i den juridiske litteratur nogen klar opfattelse af, hvad der nærmere forstås ved forligsmægling. Vores undersøgelse har afdækket, at der findes meget relevant viden om forligsmægling blandt dommere og advokater, men også at der ikke er nogen entydig fælles forståelse af denne aktivitet. Tværtimod viser undersøgelsen, at begrebet forligsmægling er flertydigt og vidt favnende, og vi har i diskussionen peget på det problematiske heri og argumenteret for, at der herved er et helt grundlæggende behov for en afklaring af, hvad forligsmægling er og ikke mindst bør være. Selv om analyserne i denne artikel forhåbentlig kan bidrage hertil, er det klart, at de ikke kan stå alene. Der er et generelt behov for meget mere viden om forligsmægling, end vi har i dag. Det vil bl.a. muliggøre udvikling af forligsmæglingskompetencer hos dommere (og advokater) samt danne grundlag for overvejelser om, hvordan forligsmægling bedst kan understøtte målsætningerne i den civile retspleje, og hvordan fremtidens forligsmægling kan udvikles til gavn for retssagens parter.

Appendiks: Den gennemførte undersøgelse

Undersøgelsen har bestået i fire fokusgruppeinterviews med deltagelse af i alt 15 erfarne domstolsjurister og i alt 13 advokater med betydelig erfaring med praktisk behandling af retssager. Adskillelsen af domstolsjurister og advokater skyldes et ønske om at skabe størst mulig åbenhed blandt deltagerne.

Dommerfokusgrupperne blev sammensat af retspræsidenten ved en byret med central forberedelse og retspræsidenten ved en byret med decentral forberedelse ud fra vores anmodning om, at de deltagende domstolsjurister skulle have erfaring med forligsmægling og repræsentere alle grupper af domstolsjurister (dommere, retsassessorer og dommerfuldmægtige). Den ene fokusgruppe bestod af domstolsjurister fra en byret på Sjælland, mens den anden fokusgruppe bestod af domstolsjurister fra en byret i Jylland (stednavne er udeladt af hensyn til deltageres anonymitet). De deltagende domstolsjurister havde i gennemsnit arbejdet 13 år i retsvæsenet, og enkelte deltagere havde desuden erfaring fra advokatbranchen.

Ved sammensætning af *advokatfokusgrupperne* lagde vi afgørende vægt på, at deltagerne havde betydelig erfaring med at give møde i retten i civile retssager, og de deltagende advokater havde i gennemsnit været advokater i 14 år (regnet fra opnået bestalling). Enkelte havde desuden arbejdet som domstolsjurister. Det ene fokusgruppeinter-

view bestod af advokater fra en jysk retskreds, mens det andet fokusgruppeinterview bestod af advokater fra Storkøbenhavn. Kontakten til advokater det ene sted skete via den lokale advokatforening samt forfatterens egne kontakter, og til det andet via en advokat og forfatterens egne netværk.

Hvert fokusgruppeinterview blev indledt med en kort redegørelse for forskningsprojektet og undersøgelsens formål. Deltagerne fik oplyst, at vores lydoptagelse af interviewet ville blive behandlet fortroligt og slettet efter transskriberingen, at transskriberingen ville blive anonymiseret, og at enhver offentliggørelse af resultater også ville ske anonymt. Alle fire fokusgruppeinterviews varede 1½-2 timer og blev gennemført som semistrukturerede interview med tre hovedspørgsmål: Hvad er forligsmægling, hvordan foregår det, og hvornår er det aktuelt? Moderatorrollen blev varetaget af to af denne artikels forfattere, mens den tredje forfatter var diskret til stede i rummet som observatør. Desuden deltog en jurastuderende, som efterfølgende har transskriberet interviewene. Vores analyse har taget udgangspunkt i disse transskriberede interviews, som har et betydeligt omfang (mellem 31 og 49 sider hver). For at gøre dette omfattende datamateriale mere håndgribeligt på en systematisk analytisk måde har vi anvendt det kvalitative databehandlingsprogram HyperRESEARCH.

32. Roger Fisher og William Ury, »Få ja når du forhandler«, 2000, p. 17 ff.