



NHH

INSTITUTT FOR STRATEGI OG LEDELSE

DEPARTMENT OF STRATEGY AND MANAGEMENT

Ph.D. thesis

No. 2011/02

ISBN: 978-82-405-0231-7

En studie av mekleratferd i norske rettsmeklinger

**AV
SOLFRID MYKLAND**



CEMS



Ph.D. thesis

No. 2011/02

ISBN: 978-82-405-0231-7

En studie av mekleratferd i norske rettsmeklinger

AV
SOLFRID MYKLAND

En studie av mekleratferd i norske rettsmeklinger

Solfrid Mykland

Forord

*Eit ord
- ein stein
i ei kald elv.
Eg lyt ba fleire steinar
skal eg koma yver.
Olav H. Hauge (1966)*

Diktet fra Olav H. Hauge er et fint bilde på hvordan arbeidet med doktorgraden min har forløpt. Det har vært et langt løp, der stein på stein, ord på ord, til slutt har ført meg til veis ende, og over til den andre siden. Arbeidet med avhandlingen har vært utmattende, men spennende og lærerikt. Og nå er jeg ferdig, klar for å gå videre, og forhåpentligvis vil det også bli mye tid til å utforske meklingsfaget ytterligere i tiden som kommer.

Det er mange som fortjener en stor takk for hjelpen og støtten jeg har fått underveis i prosjektet. Særlig vil jeg takke Jørn Rognes som har vært min hovedveileder. Tusen takk for tålmodighet, inspirasjon og faglig støtte. Arbeidet hadde ikke blitt ferdig uten din hjelp. Takk for at du alltid har hatt troen på at avhandlingen skulle bli ferdig. Inger Stensaker og Vibeke Vindeløv har også vært med i veiledningskomiteen, og begge har vært gode støttespillere og læremestre. Inger har alltid hatt en åpen dør, både her på instituttet og når vi var samtidig på forskningsopphold i København. Tiden i København var også viktig for å få avhandlingen i havn, og takk til Vibeke for organisering og hjelp til det. Totalt fikk jeg syv uker ved juridisk fakultet i København, og det var verdifulle uker for prosjektet mitt på mange vis. Takk til deg Vibeke for fine diskusjoner og gode tilbakemeldinger på arbeidet mitt. Kjell Grønhaug kom også inn i siste fase av prosjektet. Tusen takk for grundige, nyttige og raske tilbakemeldinger. Jeg er veldig takknemlig for den hjelpen du bidro med under revideringen av kappen.

Vidar Schei har også spilt en viktig rolle i deler av prosessen, også som medforfatter på den ene artikkelen i avhandlingen. Vi har hatt mange nyttige og hyggelige samtaler underveis. Therese Kobbeltvedt, takk også til deg for viktige bidrag til det sosiale livet i slutfasene, men også for viktig motivasjon og gode samtaler om krevende doktorgradsprosesser. Ellers må nevnes støtten fra Institutt for Strategi og Ledelse. Både økonomisk og praktisk har det vært en bastion å ha i ryggen. Tor, Wenche, Mariann, Børge, Anne – og ikke minst May-Britt; tusen takk til dere alle.

Stipendatfellesskapet ved instituttet har også vært viktig for meg. Vi har hatt mange kjekke stunder sammen. I særdeleshet vil jeg likevel takke Birthe, Therese, Lars Jacob, Siv, Christine, Elin, Aleksander og Ole. Birthe, skjønn deg, jeg var veldig privilegert som fikk ha deg som nærmeste nabo i over ett år på kontoret. Therese, plutselig var du her, og tok oss alle med storm. Det har vært berikende og spennende å bli kjent med deg, og veldig kjekt med all din støtte. Selv i eksil i Afrika har du lest og kommentert tekstene mine. Lars Jacob; du stupte inn og fikk en solid “venninne-plass” i slutfasen av prosjektet. Våre faglige, overlappende interessefelt og hyggelige kaffekopper har gjort det til en glede å gå på jobb. Siv, Christine og Elin – det var hyggelig å ha noen å møte de lange kveldene og helgene i januar, februar og mars i år. Aleksander og Ole – takk til dere for mange fine diskusjoner om fag – og for mange artige sosiale sammenkomster.

Den jeg kanskje har diskutert arbeidet mitt mest med er nok likevel Camilla, stipendiat fra juridisk fakultet. Det har vært veldig spennende å jobbe sammen med deg om felles problemstillinger. Kurset vårt i meklings ved Universitetet har også vært et artig og utfordrende fellesprosjekt. Lin, fra juridisk fakultet i København; takk til deg også for inspirerende diskusjoner og samtaler om

mekling og konflikter. Jeg vil også takke Irene, som har vært både en god kollega og super venninne gjennom alle disse årene. Takk for god hjelp med Martin – og for mange fine stunder i denne prosessen.

I den lange takkerunden vil jeg også takke alle respondentene som har gitt meg så mange fine data. Uten velvilligheten fra både tingretter og lagmannsretter rundt omkring det ganske land ville ikke dette prosjektet ha blitt det samme. Og av alle disse har jeg lyst til å trekke frem meklerne fra Lagmannsretten som har gitt meg verdifull innsikt i meklingsens mystiske og spennende vesen. Takk til dere for mange fine diskusjoner, og for verdifulle kommentarer, også når selve artiklene ble skrevet ut.

Jeg vil også takke Riksmeklingsmannen og hans kontor – representert ved Geir Engebretsen og nå avdøde Svein Longva. Innpass i diverse lønnsmeklinger har gitt en ekstra innsikt i meklingsfaget og et nyttig komplementært syn på meklingsen utover det rent rettslige. Det var lærerikt og nyttig å følge med som ”lærling” i deres fotspor.

IRIS, min arbeidsgiver det siste året fortjener også en stor takk for fleksibilitet, velvilje og økonomisk støtte i slutfasen av prosjektet. Det har vært til uvurderlig hjelp.

I de siste fasene av avhandlingsarbeidet ble artiklene mine også ”oppdaget” av Arne Selvik ved Administrativt Forskningsfond (AFF). Takk for deg blir også nå avhandlingen bok, i omskrevet form, som utgis i AFFs lederbiblioteksserie. I den anledning har jeg også fått møte redaktør Knut Ebeltoft fra Fagbokforlaget. Takk til dere begge for flotte innspill til tekstene mine. Det har vært spennende og artig å samarbeide med dere.

Fredrik og Mårten, fedre til mine to barn, har også hjulpet meg i denne prosessen. Ingen har vel lært meg mer om konflikt og samarbeid enn dere – tusen takk til dere begge.

Mine foreldre fortjener også en stor takk for å ha gitt meg selvtillit, arbeidskapasitet og utholdenhet til å gjennomføre et prosjekt som dette. Dere har alltid vist stort engasjement og interesse for skriveriene mine, og det er jeg veldig takknemlig for.

Kenneth – takk til deg for motivasjon, omsorg og kjærlighet helt avslutningsvis i arbeidet. Du har gitt meg troen på at det vil gå bra til slutt!

Og endelig, Anne og Martin: Dere er de aller viktigste - mye viktigere enn en doktorgrad! Nå er mamma snart ferdig med å ”skrive bok”. Og forhåpentligvis er vi nå klar for en helt ny epoke i livet. Denne avhandlingen er dedikert til dere.

Bergen, August 2010
Solfrid Mykland

Innhold

1.0. Introduksjon	1
1.1. Hvorfor det er viktig å studere mekling.....	3
1.2. Hvorfor det er viktig å studere mekleratferd.....	4
1.3. Forskningsspørsmål	6
1.4. Avhandlingens perspektiv	8
1.5. Sentrale hovedfunn	9
1.6. Oppsummering og disposisjon.....	11
2.0. Begrepsavklaring.....	13
2.1. Konflikter	13
2.2. Ulike prinsipper for konfliktløsning	15
2.3. Forhandlinger	17
2.4. Mekling.....	18
2.5. Mekleratferd.....	22
2.6. Oppsummering.....	22
3.0. Litteraturgjennomgang	25
3.1. Klassifiseringer og modeller av mekleratferd	25
3.2. Den innledende fasen av meklingsprosessen	29
3.3. Meklernes språkbruk	32
3.4. Prosedyrevalg.....	34
3.5. Faktorer som påvirker mekleratferd	38
3.6. Avgrensninger.....	42
3.7. Oppsummering.....	43
4.0. Metode.....	45
4.1. Forskningsdesign	45
4.2. Domstolskonteksten	47
4.3. Datainnsamling	48
4.4. Databearbeiding og analyse.....	54
4.5. Validitet og reliabilitet	67
4.6. Oppsummering.....	71
5.0. Sammendrag, bidrag og drøfting av sammenhenger og overlapp mellom de fem artiklene	73
5.1. Artikkel 1; kapittel 6.....	73
5.2. Artikkel 2; kapittel 7.....	76
5.3. Artikkel 3; kapittel 8.....	77
5.4. Artikkel 4; kapittel 9.....	78
5.5. Artikkel 5; kapittel 10	79
5.6. Hvordan forskningsspørsmålene blir besvart	81
5.7. Oppsummering.....	83
6.0. Artikkel 1.....	85
7.0. Artikkel 2.....	103
8.0. Artikkel 3.....	119
9.0. Artikkel 4.....	137

10.0. Artikkel 5.....	159
11.0. Konklusjoner og implikasjoner	187
11.1. Hovedkonklusjoner.....	187
11.2. Praktiske implikasjoner.....	188
11.3. Teoretiske og forskningsmessige implikasjoner	194
11.4. Styrker ved studien.....	198
11.5. Svakheter ved studien.....	199
11.6. Avslutning.....	199
Referanser.....	201

Appendiks

<u>1.0. Introduksjon</u>	<u>3</u>
<u>1.1. Et nordisk fokus og mekling i forlikrådene</u>	<u>3</u>
<u>1.2. Konfliktrådene.....</u>	<u>6</u>
<u>1.3. En kort oversikt over utviklingen av den norske rettsmeklingsordningen.....</u>	<u>8</u>
<u>1.4. Den amerikanske ”mediation” ordningen som inspirasjonskilde for en norsk ordning med rettsmekling</u>	<u>10</u>
<u>1.5. Prøveordningen med rettsmekling</u>	<u>11</u>
<u>1.6. Evalueringen av prøveordningen med rettsmekling.....</u>	<u>12</u>
<u>1.7. Kommentarer til prøveordningen med rettsmekling i jordskifteretten.....</u>	<u>15</u>
<u>1.8. Lovrammene for den norske rettsmeklingsordningen.....</u>	<u>18</u>
<u>1.9. Noen refleksjoner knyttet til evalueringen av prøveordningen og innføringen av rettsmekling gjennom tvisteloven</u>	<u>21</u>
<u>1.10. Den danske rettsmeklingsordningen</u>	<u>24</u>
<u>1.11. Evalueringen av prøveordning med rettsmekling i Danmark</u>	<u>27</u>
<u>1.12. Den finske rettsmeklingsordningen</u>	<u>29</u>
<u>1.13. Svenske meklingsordninger</u>	<u>30</u>
<u>1.14. Noen avsluttende bemerkninger.....</u>	<u>31</u>
<u>1.15. Referanser.....</u>	<u>34</u>

Tabelloversikt:

Tabell 1.1.: Oversikt over artiklene.....	12
Tabell 4.1.: Oversikt over meklingene.....	50
Tabell 4.2.: Oversikt over meklinger hos Riksmeklingsmannen.....	51
Tabell 5.1.: Oversikt over artikler II.....	84

1.0. Introduksjon

“... civil case mediation – as with most mediations – is somewhat like aspirin: it works, but we don’t know exactly how or why. Therefore, additional observational research is required to address this enigma.”
James A. Wall and Suzanne Chan-Serafin, 2009:287

I denne avhandlingen utforsker jeg hva som kjennetegner mekleratferd i meklinger av sivilrettslige konflikter i norske domstoler.¹ Jeg bruker metafor-teori, ny-institusjonell teori og kognitiv problemløsningsteori, i tillegg til ulike meklings-teorier, for å forklare og utvikle forståelse for ulike typer mekleratferd og påvirkningen som disse synes å ha på partene i meklingsprosessen.

Studier av meklingsprosessen har avdekket at meklingsprosessen i hovedsak ”virker”; partene er i stor grad tilfredse og forliksprosenten er høy, gjerne 60-70 % (Wissler 2004; Kressel 2006). Etter en gjennomgang av meklingslitteraturen, konkluderer imidlertid Wall, Stark og Standifer (2001) med at vi vet mye om teknikker og strategier som kan finnes i meklingsprosessen, men vi vet enda lite om *hvordan* ulike teknikker, faser og strategier påvirker partene i selve meklingsprosessen, og utfall av disse prosessene. Studier som *har* utforsket mekleratferd i tilknytning til meklingsprosessen gir også svært ulike konklusjoner på hva som karakteriserer mekleratferd; noen finner at mekleratferden er svært rettslig fokusert (Welsh 2001), mens andre finner at det er stor variasjon og at det også finnes rettslige meklere som fokuserer på partenes interesser og behov, og ikke bare rettslige aspekter (Macfarlane 2002). Selv om man har forsket på meklingsprosessen siden 1970-tallet, så karakteriseres imidlertid meklingsprosessen fremdeles som en ”svart boks” (Wissler 2004; Wall og Chan-Serafin 2009).

Nyere studier har imidlertid startet med å utforske mikroprosesser i meklingsprosessen. Wall og Chan-Serafin (2009) finner i en omfattende studie av domstolstilknyttede meklingsprosesser at meklere bruker mer pressende teknikker når partene angir at de har høye mål, at saksøkerne typisk gir større innrømmelser enn saksøkte og at meklerne i større grad presser saksøkerne enn de saksøkte. Goldberg, Shaw og Brett (2009) finner også at parter og advokater i meklingsprosesser ønsker at meklere gir saksevalueringer i prosessen, særlig når meklerne egentlig er dommere. Denne studien viser også, i forlengelsen av flere andre studier (Goldberg 2005; Goldberg og Shaw 2007) at partene må ha tillit til mekler for at meklingsprosessen skal bli vellykket. Studier har derfor begynt å utforske dynamikken i meklingsprosesser i større grad de senere årene, men fremdeles er det mange ubesvarte spørsmål angående mekleratferd, og

¹ Det mekles ikke i strafferettslige saker i det norske domstolssystemet.

forskningen så langt gir svært sprikende svar angående både hva som kjennetegner mekleratferd (særlig i domstolene), men også hvilken type betydning mekleratferd kan ha for partene i meklingsprosessene, utover at *tillit* til mekler synes å være avgjørende for å få til gode meklingsprosesser.

Wall m.fl. (2001) finner videre at meklingslitteraturen er svært deskriptiv. Det finnes i liten grad eksplisitte teoretiske perspektiver som kan veilede oss ved bruk av meklingsprosesser, og som på gode måter kan bidra med innsikt i hva som gir oss konstruktive meklingsprosesser. Både teoretisk og praktisk vil det derfor være nyttig med innsikt i *hva som faktisk skjer* i ulike meklingsprosesser, og hvilken type mekleratferd som har sentral betydning for at vi får meklingsprosesser som ivaretar partenes behov på en best mulig måte.

I denne studien fokuserer jeg primært på hva som kjennetegner mekleres atferd, og hvordan ulike former for mekleratferd gir meklingsprosesser som ivaretar partenes behov. I norsk sammenheng er det ikke tidligere gjennomført observasjonsstudier av meklingsprosesser i domstolene og dette avhandlingsarbeidet vil derfor bidra med en innsikt i *faktisk* mekleratferd i denne konteksten, og en mulighet for å utforske partenes reaksjoner på meklernes ulike teknikker.

Avhandlingen består av totalt fem artikler, i tillegg til seks omkringliggende kapitler, og den etterfølges av et appendiks. I dette første kapitlet beskriver jeg formålet med avhandlingsarbeidet, og bakgrunnen for at temaet mekleratferd er valgt som fokus for dette prosjektet. Jeg presenterer også forskningsspørsmålene, og oppsummerer kort de viktigste funnene i prosjektet. I kapittel 2 foretar jeg en begrepsavklaring av de fenomenene som er relevante for dette prosjektet. I kapittel 3 utleder jeg forskningsspørsmålene og gir en oversikt over relevant litteratur og forskning for avhandlingens formål. I kapittel 4 beskriver og drøfter jeg metodiske valg, og i kapittel 5 gir jeg sammendrag av de fem artiklene, og drøfter hvordan de sammen og hver for seg bidrar til å svare på forskningsspørsmålene. I kapittel 6 til 10 er artiklene satt inn i kronologisk rekkefølge, ut fra når de er publisert, og i kapittel 11 konkluderer og oppsummerer jeg, og gir også en avsluttende drøfting av mulige rettsikkerhetsmessige utfordringer ved rettsmeklingsordningen i norsk sammenheng. I appendiks beskriver jeg hvordan og hvorfor rettsmeklingsordningen har blitt innført i norske domstoler, og gir en oversikt over rammevilkår for meklingsprosessen og hvordan dette også fungerer i de andre nordiske landene. Fremstillingen i appendiks gir en beskrivelse av rammene som rettsmeklingsordningen fungerer innenfor, og jeg drøfter muligheter og

utfordringer ved denne ordningen, sammenliknet med andre meklingsordninger som vi har i Norge i dag.

1.1. Hvorfor det er viktig å studere mekling

I sin enkleste forstand handler mekling om å legge til rette for kommunikasjon mellom parter som ikke evner, ønsker eller vil snakke sammen (Schulz 2006). Kommunikasjonsmessige utfordringer finner vi alle steder der mennesker samhandler, slik at behovet for mekling er stort, på de fleste felt i livet. Mekling som konfliktløsningsmetode har da også fått stor utbredelse, og finnes i dag blant annet internt i familier, i organisasjoner og mellom nasjoner (Kressel 2006). I 1992 fikk vi lovfestet en ordning med mekling i konfliktråd i Norge,² der hovedformålet var å gi konfliktene ”tilbake til folket”, etter inspirasjon fra kriminologen Nils Christie (se Christie 1977). I domstolene har dommerne hatt mulighet til å mekle mellom parter i konflikt under ordinær hovedforhandling siden tvistemålsloven (tvml.) ble innført i 1915. Lovhjemmelen, som den gang var tvml. § 99,³ lyder: *Retten kan paa ethvert trin av saken forsøke mægling mellem parterne.*⁴ Når dommere har meklet etter denne bestemmelsen har de imidlertid vært begrenset av at de i etterkant må kunne avsi dom mellom partene, dersom meklingen ikke fører frem.⁵ Utbredelsen av mekling i de ordinære domstolene, etter denne bestemmelsen har derfor vært begrenset.⁶ De siste tiårene har imidlertid mekling som *selvstendig* tilbud spredt seg til domstolene, og fra 1980-tallet fikk vi meklingsordninger i tilknytning til amerikanske domstoler (Menkel-Meadow 2005:19-23). I norsk sammenheng, etter inspirasjon fra blant annet USA, fikk vi innført en prøveordning med *rettsmekling* i 1997. I denne ordningen er mekleren vanligvis dommer, men hovedregelen vil være at mekleren (som egentlig er dommer) ikke *dommer* i saken dersom meklingen ikke fører frem. Rettsmeklingsordningen ble lovfestet ved innføringen av den nye tvisteloven i januar 2008, og parter i sivilrettslige konflikter får tilbud i dag om å møte til rettsmekling ved alle landets domstoler. Rettsmeklingsordningen har også spredd seg til de fleste andre nordiske landene, og både Danmark og Finland har innført rettsmeklingsordninger som i hovedsak bygger på de samme prinsippene som det den norske ordningen gjør.⁷ Den utstrakte meklingsvirksomheten gjør det derfor interessant å utforske fenomenet mekling nærmere, fordi vi trenger kunnskap om hvordan mekling kan gjennomføres på en best mulig måte. Fokus som er valgt for dette

² Lov om megling i konfliktråd (konfliktrådsloven). Lov av 15.3.1991 nr. 3. (konfrådl.)

³ Lov om rettergang for tvistemål (tvistemålsloven). Lov av 13.8.1915 nr. 6. (tvml.)

⁴ Denne bestemmelsen ble videreført i § 8-1 første ledd i den nye tvisteloven fra 2008: *Retten skal på ethvert trinn av saken vurdere muligheten for å få rettsvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling, om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrig taler imot en slik løsning.*

⁵ Se appendiks kapittel 1.3. for en nærmere redegjørelse av dette.

⁶ Studier viser at dette er annerledes i særdomstolen jordskifteretten, der man finner at dommerne mekler i utstrakt grad etter denne bestemmelsen (se for eksempel Rognes og Sky 2003).

⁷ Se appendiks, kapittel 1.7. – 1.9.

avhandlingsarbeidet er *mekleratferden* i meklingsprosessen, og jeg vil begrunne dette valget i det videre.

1.2. Hvorfor det er viktig å studere mekleratferd

I denne avhandlingen vil jeg fokusere på ulike typer *mekleratferd* i meklingsprosessen, det vil si hva meklerin *gjør* i prosessen, herunder hvilke teknikker, tilnærminger og hvilke språklige valg meklerin tar (Folger og Jones 1994; Kressel 2006). I tillegg vil jeg undersøke hvilken påvirkning mekleratferden har på partene i meklingsprosessen. Meklerin regnes for å være en sentral aktør, siden det er meklerin som er *hjelperen*, den som faktisk bidrar til å legge til rette for at parter i konflikt får en mulighet til å kommunisere (Schulz 2006). I tillegg viser studier av meklingsprosesser (Pruitt, Pierce, McGillicuddy, Welton og Castrianno 1993) og av ulike intervensjonsprosesser i domstolene (Lind, Kulik, Ambrose og de Vera Park 1993; Lind og Tyler 1988) at parter vektlegger *behandlingen* de har fått som viktigere enn utfallet, når de i etterkant vurderer om de er tilfredse eller ikke. Tilfredshet med behandling i prosesser gir det som kalles prosedyremessig rettferdighet (Thibaut og Walker 1975). I studier av Lind m.fl. (1993) konkluderes det nettopp med at prosedyremessig rettferdighet brukes som en beslutningsheuristikk av parter som har fått behandlet konfliktene sine i domstolene. Dette betyr at dersom behandlingen i prosessen var bra, så godtok partene i større grad en avgjørelse ved voldgift av den aktuelle dommer, enn tilfellet var dersom de ikke følte seg behandlet bra. Studier fra både meklingsprosessen og ordinære domstolsprosesser indikerer derfor at parter i konflikt er vel så opptatt av å bli behandlet bra i prosessen, som å få gode avtaler. I meklingsprosessen er det på denne bakgrunn meklerin, og dennes teknikker og tilnærminger som vil være av sentral betydning for hvordan partene opplever seg behandlet.

Wissler (2004) beskriver mangfoldet i studier som er gjort av ulike meklingsordninger i USA. Det er store variasjoner mellom føderale og statlige regelsett som regulerer de alternative tvistehåndteringstilbudene. I tillegg står den enkelte domstol relativt fritt til å detaljregulere de enkelte tvisteløsningsordningene, og det typiske er at det finnes omfattende regelsett i tilknytning til de ulike, alternative tvisteløsningsordningene i USA (NOU 2001:32, s. 219). Av den grunn blir det vanskelig å generalisere fra funnene som er gjort der. Generelt synes imidlertid parter som har vært med i ulike meklingsprogram å være tilfredse med prosessene, og det oppnås vanligvis høye forlikspersenter (Wissler 2004). I noen studier er det også indikasjoner på at meklinger i tilknytning til domstolene er preget av at meklerne bruker sin rettslige kompetanse i utstrakt grad, og at dialogen i hovedsak foregår mellom advokatene og meklerin, heller enn meklerin og partene i konflikt (Welsh 2001). Samtidig indikerer andre studier at meklere i domstolstilknyttede

meklinger har en mer variert atferd, der også mange meklere inkluderer partene i prosessene og utvikler løsninger som ivaretar partenes behov (Macfarlane 2002). Man har imidlertid i hovedsak studert disse prosessene ved intervjuer eller spørreskjema (Wissler 2004). Ved å bruke observasjoner som tilnærming ville man fått utforsket hvilken atferd meklerne *faktisk* har i meklingsprosessene, og hvordan interaksjonen mellom parter og mekler foregår (Wall og Chan-Serafin 2009).

I norsk sammenheng finner vi svært få empiriske studier av mekleratferd, og den mest omfattende beskrivelsen av norske meklers atferd finnes i evalueringen av prøveordningen med rettsmekling, som ble gjort i 2001 (Knoff 2001). Evalueringen ble gjennomført ved intervju av parter, advokater og meklere, i tillegg til spørreskjema og statistikker fra de enkelte domstolene.⁸ I evalueringen ble det konkludert med at rettsmeklingsordningen var raskere, billigere og vennligere enn ordinær domstolsbehandling, men samtidig ble det påpekt sentrale utfordringer, blant annet knyttet til at meklerne i større grad syntes å være evaluerende enn tilretteleggende i sin atferd. Det ble konkludert med at det burde trekkes et klarere skille mellom meklerrollen og dommerrollen. En stor studie av jordskiftedommers meklingspraksis ble også utført i jordskifterettene på slutten av 1990-tallet, ved hjelp av intervjuer og spørreskjema av både meklere og parter. Studien viste at det ble meklet i utstrakt grad av dommerne i denne særdomstolsordningen og at meklerne var svært konsistente i sine tilnærminger. Meklernes tilnærminger ble delt i to hovedkategorier, den ene gruppen ble definert som saksorienterte og den andre gruppen ble definert som relasjonsorienterte, i tråd med en inndeling som ble gjort av Kolb (1983)(Rognes og Sky 1999; 2000; 2003).⁹ Utover dette finner vi lite dokumentasjon av mekleratferd i norske meklingsordninger fra et akademisk ståsted, mens det i større utstrekning er gjennomført fremstillinger av meklingsprosessen av praktikere (se for eksempel Austbø og Engebretsen 2006; Kjelland-Mørde, Rolland, Steen, Gammelgård og Anker 2008). Den foreløpige konklusjonen er derfor at mekleratferd er *viktig* og at det stadig etterlyses flere studier av mekleratferd og innsikt i hva som *faktisk* foregår i ulike meklingsprosesser.

Det er derfor flere grunner til at det er behov for forskning på rettsmekleratferd i norsk sammenheng; for det første har vi sett at det generelt etterlyses mer forskning på mekleratferd internasjonalt. For det andre er det begrenset med forskning på mekleratferd i norsk sammenheng, og spesielt er det mangel på studier som har observert meklingsprosesser. For det tredje er rammene for den norske rettsmeklingsordningen svært fleksible. Det er få begrensninger

⁸ Se appendiks kapittel 1.6.

⁹ Se kapittel 3.2. for en nærmere beskrivelse av dette skillet.

på atferden som rettsmeklerne kan utøve innenfor rammene av rettsmeklingsordningen, både fordi lovhjemlene er svært generelle, men også fordi vi mangler egne etiske retningslinjer for rettsmeklingsordningen. I evalueringen av prøveordningen med rettsmekling påpekes det flere utfordringer med at meklerrollen blandes for mye sammen med dommerrollen, men lite er gjort fra lovgivers side for å korrigere den evaluerende atferden som ble avdekket.¹⁰ Dette gjør det både viktig og nødvendig med et fokus på hva som faktisk kjennetegner (og kanskje bør kjennetegne) norske rettsmekleres atferd.

Jeg vil i neste kapittel beskrive utgangspunktet for syv forskningsspørsmål som skal besvares i denne avhandlingen som utforsker mekleratferd. Av disse syv spørsmålene er det to overordnede spørsmål, og fem delspørsmål.

1.3. Forskningsspørsmål

Vi har sett over at Wall m.fl. (2001) etterlyser mer innsikt i ulike faser eller teknikker i meklingsprosessene, for å legge grunnlaget for teoretisering av sammenhenger i disse prosessene. Vi ser også at det er store variasjoner i studier av mekleratferd i amerikanske, domstolstilknyttede meklingsprogrammer, og i norsk sammenheng er det begrenset med systematiske studier som utforsker dette. På bakgrunn av drøftingene over er derfor mine to overordnede forskningsspørsmål følgende: *1: Hva kjennetegner mekleres atferd i norske rettsmeklinger?* Og *2: Hvordan påvirker mekleres atferd partene i rettsmeklingsprosessen?* For å kunne besvare disse spørsmålene på en mer fruktbar måte har jeg valgt å bryte de to spørsmålene ned i mindre deler.¹¹

I meklingsforskningen har meklingsprosessen typisk blitt delt inn i ulike faser (Moore 1986), og meklingsprosessen deles da overordnet sett inn i en innledende fase, en problemutforskende fase og en løsningsfase. Dette likner på mange måter rasjonelle beslutnings- og problemløsningsmodeller (Simon 1955). Mekling kan defineres som en avansert problemløsningsprosess. Mekleren assisterer partene, som har et problem de ikke klarer å løse i fellesskap, med å komme frem til en avtale, dersom det er grunnlag for dette. I den kognitive problemløsningslitteraturen har man funnet at et fokus på problemdefinering er et viktig bidrag for å heve kvaliteten på utfallene (Runco 1994). Studier i meklingsprosessen indikerer også at meklere som fokuserer på å forstå problemet som partene har, før de forsøker å løse det, oppnår bedre og mer varige avtaler enn meklere som fokuserer utelukkende på å oppnå løsninger (Kressel, Frontera, Forlenza, Butler og Fish 1994). Problemutforskende aktiviteter foregår typisk

¹⁰ Se appendiks kapittel 1.9. for en nærmere beskrivelse av dette.

¹¹ En fullstendig utledning av disse forskningsspørsmålene vil bli gitt i kapittel 3.

tidlig i problemløsningsprosessene, og på bakgrunn av dette stilte jeg følgende spørsmål: *1a) Hva kjennetegner meklernes atferd i den innledende fasen av norske rettsmeklinger?*

I meklingsforskningen har det til nå i liten grad blitt lånt inn eksplisitte teoretiske perspektiver fra andre fagfelt for å utvikle innsikt i fenomener og sammenhenger i meklingsprosessen. Kommunikasjonsteorier er imidlertid foreslått anvendt i meklingsforskningen (Folger og Jones 1994), og meklernes metaforer har blitt trukket frem som et interessant fenomen å utforske nærmere (Haynes 1999; Smith 2005). Språkbruk regnes ikke som et nøytralt medium, men som et kraftfullt virkemiddel i seg selv (Krauss og Morsella 2006). Foreløpig har det imidlertid vært liten grad av studier som har analysert språklige vekslinger i selve meklingsprosessen. Mer konkret har det heller ikke blitt utført empiriske studier av meklernes bruk av metaforer. I denne studien valgte jeg å anvende kognitiv lingvistisk metafor-teori for å utforske meklernes språkbruk i de rettslige meklingsprosessen. Denne teoretiske retningen forklarer hvordan metaforer avdekkes i språket, og hvordan metaforene påvirker hvordan vi tenker og hvordan dette former samhandlingen med andre. På denne bakgrunn valgte jeg å stille følgende to spørsmål: *1b) Hva kjennetegner meklernes språkbruk i norske rettsmeklinger?* og *2b) Hvordan påvirker meklernes språkbruk partene i rettsmeklingsprosessen?*

Særmøtene er et fenomen i meklingsforskningen som har fått mye fokus, og det har blitt gjennomført noen omfattende studier som har utforsket hvor mye disse blir brukt, kriterier for når de velges og fordeler og utfordringer ved å bruke denne prosedyren (Welton, Pruitt og McGillicuddy 1988; Swaab og Brett 2007). Man har imidlertid ikke funnet noen klare svar på hvor utbredt dette prosedyrevalget er, og hvordan det påvirker rettsmeklingsprosessene. Dette fokuset på særmøter i meklingsforskningen bidro imidlertid til at de to siste forskningsspørsmålene ble stilt, nemlig: *1c) Hva kjennetegner meklernes prosedyrevalg i norske rettsmeklinger?* og *2b) Hvordan påvirker meklernes prosedyrevalg partene og rettsmeklingsprosessen?*

Kort oppsummert blir forskningsspørsmålene for denne avhandlingen følgende:

1: Hva kjennetegner meklernes atferd i norske rettsmeklinger?

1a) Hva kjennetegner meklernes atferd i den innledende fasen av norske rettsmeklinger?

1b) Hva kjennetegner meklernes språkbruk i norske rettsmeklinger?

1c) Hva kjennetegner meklernes prosedyrevalg i norske rettsmeklinger?

2: Hvordan påvirker norske rettsmeklernes atferd partene og meklingsprosessen?

2a) Hvordan påvirker meklernes språkbruk partene i rettsmeklingsprosessen?

2b) Hvordan påvirker meklernes prosedyrevalg partene og rettsmeklingsprosessen?

Påvirkningen på parter og prosess fra meklernes atferd har blitt utforsket i forskningsspørsmål 2a og 2b. I 2a), har dette blitt vurdert ut fra partenes reaksjoner på meklernes utsagn i prosessen. Metaforteorien brukes for å forklare hvordan språkbruk generelt bidrar til å skape virkelighetsoppfatninger for partene. I 2b) vurderes påvirkningen av særmøter på rettsmeklingsprosessen ut fra kriterier som blant annet er gitt for rettsmeklingsprosessen i formålet med rettsmeklingsordningen. Blant annet utforsker jeg om prosedyrevalgene påvirker partenes mulighet til å bedre sin kommunikasjon, og om rettsmeklingsprosessene synes å være alternative eller rettslige i sin karakter.¹²

1.4. Avhandlingens perspektiv

I denne avhandlingen har jeg et atferdsmessig fokus, der det primære formålet har vært å utvikle innsikt i fenomenet mekleratferd. Jeg både beskriver og fortolker atferd, primært innenfor et avtalefokusert meklingsperspektiv. Dette perspektivet ser på mekling som en prosess, der mekleren er upartisk og skal legge til rette for at parter i konflikt kan oppnå løsninger som er basert på deres interesser og behov, dersom det er grunnlag for det (Pruitt og Carnevale 1993). Man tenker seg derfor at det kan finnes noen ”beste” løsninger og noen ”beste” prosesser, og måten man kan finne ut dette på er gjennom å bruke en positivistisk vitenskapstilnærming, der man er ute etter å få kartlagt sentrale dynamikker i meklingsprosessen, og effekter av disse, da typisk på utfall. En utfordring med meklingsfagfeltet er imidlertid, at det enda ikke er klarlagt hva som faktisk er de sentrale fenomenene og sammenhengene i denne prosessen, og derfor er en viktig del av forskningen å først kunne klarlegge hvilke aktiviteter i meklingsprosessen som har sentral betydning. Deler av meklingsforskningen er derfor i en tidlig fase av teoriutviklingen, og av den grunn har jeg valgt observasjoner som metodisk tilnærming i denne avhandlingen, slik at man kan få en konkret innsikt i hva det er som faktisk skjer i ulike meklingsprosesser, og i ulike faser av meklingsprosessen. Siden det er menneskelig atferd som er forskningsfokus må man imidlertid ta høyde for at mennesker har begrenset rasjonell kapasitet (Simon 1972), og at opplevelsen av verden kan påvirkes av at man som menneske bruker forenklingsstrategier når man prosesserer informasjon. Dette kan også forsterkes når det er flere personer skal samordnes om en felles virkelighetsoppfattelse. Jeg anvender derfor sosialkonstruktivistiske tilnærminger (Berger og Luchmann 1966), blant annet for å utvikle forståelse for språkbruken som meklerne bruker i disse prosessene, og jeg utforsker innflytelsen som språket synes å ha på partene i

¹² Se tabell 1.1. for en oversikt over hvor forskningsspørsmålene er besvart i de enkelte artikler.

meklings situasjonene. Den kognitive psykologien er derfor sentral, både i studiet av språkbruk (der jeg anvender kognitiv lingvistisk metafor teori) og ved utforskningen av den innledende fasen av meklingsprosessen. Teori om problemdefinerings fra den kognitive psykologien har nettopp som fokus hvilken betydning mangel på utforskning av problemer kan ha for beslutningskvalitet (se for eksempel Runco 1994). I denne avhandlingen argumenterer jeg for at mekling som konfliktløsning kan sammenliknes med en form for assistert problemløsning, og at disse teoriene dermed blir veldig relevante i en meklings sammenheng.

Rettsmekling kan tenkes å ha en betydning på samfunnet og rettsutviklingen som sådan, men også på aktørene som bruker ordningen. Studien i dette doktorgradsprosjektet er utført innenfor rammene av den norske rettsmeklingsordningen. Formålet med meklingsprosessene og definisjonen av ”gode” meklingsprosesser er gitt i lovforarbeider¹³ og forskriften knyttet til prøveordningen med rettsmekling,¹⁴ men også i lovforarbeidene og forskriften til den nye tvisteloven,¹⁵¹⁶. I appendiks blir det drøftet hvordan rettsmeklingsordningen kan ha betydning i det norske tvisteløsningssystemet mer generelt, men det drøftes også hvordan ordningen kan påvirke og utfordre partenes rettsikkerhet. Studien vil derfor også kunne ses i et retts sosiologisk perspektiv. Retts sosiologien fokuserer blant annet på hvordan lovgivning påvirker samfunnet (Habermas 1981), men også på et mikronivå, der man utforsker betydningen av ulike konfliktløsningsformer for enkeltaktørene som bruker disse institusjonene (Aubert 1976).

I denne avhandlingen trekker jeg derfor på ulike perspektiver og teorier, slik at jeg til sammen kan utvikle en forståelse for mekleratferd i en norsk meklingsordning, som er integrert i de norske domstolene. På denne måten kan avhandlingen gi et bidrag til en forståelse av meklers atferd, men den kan også bidra til innsikt i lovreguleringens betydning for rettsmekleratferden som utøves i det norske domstolssystemet, og for rettsmeklingsordningens betydning for det norske samfunnet mer generelt.

1.5. Sentrale hovedfunn

I denne avhandlingen presenteres de empiriske hovedfunnene i tre forskjellige artikler (artikkel 1, 4 og 5). Jeg vil kort oppsummere disse funnene innledningsvis. Funnene vil presenteres og diskuteres grundigere senere i avhandlingen, og en grundig gjennomgang vil gjøres i kapittel 5, og selvsagt også i de tre respektive artiklene.

¹³ Ot.prp. nr. 41 (1995-1996). Om lov om endringer i tvistemålsloven (rettsmekling).

¹⁴ FOR 1996-12-13 nr. 1144: Forskrift om forsøksordningen med rettsmekling.

¹⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005). Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

¹⁶ FOR 2007-12-21 nr. 1605: Forskrift til tvisteloven (tvistelovforskriften).

I artikkel 1¹⁷ avdekkes og presenteres tre forskjellige, sentrale aktiviteter i den innledende fasen av meklingsprosessen; (1) meklernes innledningsforedrag, som varierer mellom å være informerende og pedagogiske. (2) Meklernes definering av konfliktene, som varierer mellom å være innskrenkende og utforskende, og endelig: (3) Meklernes prosedyrevalg innledningsvis, som varierer mellom særmøter, fellesmøter og kombinasjoner av disse.

I artikkel 4¹⁸ utforskes meklernes språkbruk ved å se på meklernes bruk av metaforer i språket. Det avdekkes åtte forskjellige metaforer; krig, reise, gave, fest, maskin, handel, rollebytte og domstol. Metaforene fremheves som et viktig verktøy for meklerne, og det avdekkes at metaforene bidrar til å tydeliggjøre og skape gjensidig forståelse mellom partene, men metaforbruken kan også frustrere partene og bidra til et for enkelt bilde av meklingsprosessen. Metaforene hevdes å være et viktig hjelpemiddel for å utforske meklernes språkbruk, og den fleksibiliteten eller mangelen på fleksibilitet som finnes i juridiske meklernes språkbruk. Analysen illustrerer også hvor utbredt den juridiske diskursen er i meklernes språk.

I artikkel 5¹⁹ utforskes både bruken av særmøtene som prosedyrevalg, men det utforskes også hva det er som kjennetegner meklingsprosesser mer overordnet. Det utvikles en modell som bidrar til å forklare de ulike atferdsvalgene som identifiseres i studien. På bakgrunn av analysene hevder jeg at særmøtene har fått en status som rasjonelle myter i norske rettsmeklinger; de anvendes i hovedsak ukritisk uten at det i særlig grad knyttes hensiktsmessighetsvurderinger til bruken av dem. I modellen som utvikles forklares valg av mekleratferd ut fra om meklerne fokuserer på behov eller løsninger på den ene siden, og om de bruker høy eller lav grad av makt på den andre siden. Dette kan forklare om meklerne bruker utforskende-, tilretteleggende-, prutende-, rettslige – eller utforskende prosesser med tilbud om voldgift.

Et overordnet funn i denne studien er imidlertid betydningen som de rettslige rammene synes å ha for mekleratferd i norske domstoler. Den juridiske tilnærmingen viser seg både i meklernes introduksjoner, definisjoner, språkbruk – og som oftest i kombinasjon med særmøtene. Samtidig ser vi at prosessene ofte preges av gode relasjoner mellom mekler og parter, gjerne på bekostning av relasjonen mellom partene. Meklerne synes også i stor grad å legge til rette for utforskende

¹⁷ Artikkel 1: ”Hvorfor problemet er løsnings: Rettsmeklingens innledende fase”

¹⁸ Artikkel 4: ”Språklige bilder i rettsmeklinger, - en analyse av metaforer i meklingsprosessen”

¹⁹ Artikkel 5: ”Særmøter som rasjonelle myter? – En analyse av omfang og innhold i særmøter i rettslige meklinger”.

meklingsprosesser. Det er imidlertid stor variasjonsbredde i meklernes tilnærminger. Dette viser til betydningen av å klarlegge hvilken type – eller hvilke typer rettsmeklingsprosesser man egentlig ønsker skal finne sted innenfor rammene av norske domstoler. Dagens rettsmeklinger synes i stor grad å foregå i særmøteform, og det er indikasjoner på at kombinasjonen mellom særmøter og rettslige tilnærminger kan være uheldige for rettsmeklingsordningen.

1.6. Oppsummering og disposisjon

I dette kapitlet har jeg gitt en oversikt over formålet med avhandlingen og hvorfor det er viktig å studere mekling og mekleratferd: Vi trenger innsikt i mekleratferd for å kunne utvikle meklingsteorien videre, og kunne gi føringer for god mekleratferd i praktisk sammenheng. Jeg har også presentert forskningsspørsmålene og helt kort bakgrunnen for at de er valgt som fokus i denne avhandlingen. Endelig gir jeg en kort oversikt over sentrale hovedfunn i avhandlingen. I kapittel 2 beskriver jeg de begrepene som er relevante for denne studien, og i kapittel 3 gir jeg en oversikt over relevant litteratur for forskningsspørsmålene som skal besvares. I kapittel 4 presenterer og drøfter jeg metodiske valg, og i kapittel 5 oppsummerer jeg de fem artiklene. I kapittel 6 til 10 er artiklene satt inn i kronologisk rekkefølge, med utgangspunkt i når de er publisert. I kapittel 11 kommer jeg med noen oppsummerende og konkluderende betraktninger på bakgrunn av den gjennomførte studien. I tabell 1.1., som er inkludert under, er det gitt en oversikt over tittel på artiklene som danner kjernen for dette avhandlingsprosjektet, artiklens innhold, hvor de er publisert, og hvilke forskningsspørsmål som er besvart i de forskjellige artiklene.

Tabell 1.1.: Oversikt over artiklene

Tittel på delene i prosjektet		Innhold i de ulike delene	Publisert	Forskningsspørsmål
PhD		En studie av mekleratferd i norske rettsmeklinger	Presentasjon av formål med prosjektet, litteratur og metodegjennomgang og en drøfting av sammenheng mellom artiklene. Totalt 11 kapitler der fem av kapitlene utgjøres av artiklene som er nevnt nedenfor	
Kapittel	Artikkel			
6	1	Hvorfor problemet er løst: Rettsmeklingens innledende fase	Boken <i>Areal og Eiendom</i> , s. 467-482 (2007). Universitetsforlaget.	Svarer på forskningsspørsmål 1a): Hva kjennetegner meklernes atferd i den innledende fasen av norske rettsmeklinger?
7	2	Effektiv meklingsprosess: Kan større problemfokus gi mindre problemer?	Kart og Plan (4), s. 253-267 (2007). Fagbokforlaget. Medforfatter: Vidar Schei, NHH.	Tilrettelegging av litteratur slik at det kan utforskes hvilken betydning konfliktdefinering har på meklingsutfall. Selve utforskningen av dette er utenfor rammene av denne avhandlingen.
8	3	Konflikthåndtering og retorikk	Oversikt over teori og forskning fra meklings- og kommunikasjonsteori som gir bakgrunn for systematiske studier av språkbruk i meklingsprosessen.	Beta, 1, s. 64-77 (2007). Tilrettelegging av litteratur for forskningsspørsmål 2a). 2a) Hvordan påvirker rettsmeklernes språkbruk partene i meklingsprosessen?
9	4	Språklige bilder i rettsmeklinger, - en analyse av metaforer i meklingsprosessen	Utforskning av meklernes språkbruk, med utgangspunkt i meklernes bruk av metaforer og deres implikasjoner. Beskrivelse av åtte metaforer og deres betydning for meklingsprosessen.	Lov og Rett (47), s. 615-634 (2008). Besvarer forskningsspørsmål 1b) og 2a). 1b) Hva kjennetegner meklernes språkbruk i norske rettsmeklinger? 2a) Hvordan påvirker rettsmeklernes språkbruk partene i meklingsprosessen?
10	5	Særmøter som rasjonelle myter? – en analyse av omfang og innhold i særmøter i rettslige meklinger	Utforskning av utbredelse av særmøtene og implikasjoner av meklernes atferd i disse særmøtene. Utvikling av ny modell for mekleratferd. Kategorisering av fem ulike meklingsprosesser.	Tidsskrift for rettsvitenskap (2), s. 288-326 (2010). Besvarer forskningsspørsmål 1c) og 2b). 1c) Hva kjennetegner rettsmeklernes prosedyrevalg i norske rettsmeklinger? 2b) Hvordan påvirker rettsmeklernes prosedyrevalg partene og meklingsprosessen?

2.0. Begrepsavklaring

I dette kapitlet vil jeg beskrive og forklare de sentrale begrepene som dette avhandlingsprosjektet bygger på. Begrepsavklaringen er gjort ut fra fruktbarhetsbetraktninger i forhold til det som skal studeres, og det har derfor ikke vært noe mål å gi uttømmende avklaringer av de aktuelle begrepene. Begrepsavklaringen vil være til hjelp for å forstå rammene for avhandlingsprosjektet, og hvordan jeg har valgt å bruke begrepene som er relevante for dette prosjektet. Begrepene som gjennomgås er følgende; (2.1.) konflikter, (2.2.) prinsipper for konfliktløsning, (2.3.) forhandlinger, (2.4.) mekling og (2.5.) mekleratferd. Jeg starter først med konfliktbegrepet, som kan sies å være en viktig forutsetning for at det er behov for mekling.

2.1. Konflikter

Utgangspunktet for dette avhandlingsarbeidet er at konflikter defineres på en verdinøytral måte. Det betyr at konflikter verken er negative eller positive, og det innebærer også at det vil være håndteringen som avgjør om utfallet av konfliktene blir konstruktivt eller destruktivt (Ury, Brett og Goldberg 1988). Flere konfliktteoretikere har definert konflikt med dette utgangspunktet, og en mye sitert definisjon kommer fra Deutsch (1973:10), som sier at det er konflikt; ”*whenever incompatible activities occur*”. I forlengelsen av dette har Rognes (2008:161) definert konflikt som en situasjon der en part opplever at en annen part står i veien for noe som er viktig for ham. Det må fremsettes av krav fra den ene parten, og konflikten blir åpen når kravet blir imøtegått av den andre part. Konflikt handler derfor om opplevelsen av at noen står i veien for at vi skal oppnå noe som er viktig for oss. Selv om konfliktbegrepet defineres verdinøytralt, så vet vi likevel at det ofte er sentrale utfordringer knyttet til å være i konflikt. Teorier om opptrapping av konflikter viser for eksempel hvordan konflikter utvikler seg raskt fra å være en uenighet til å ende opp som krig (se for eksempel Glasl 1999; Vindeløv 2008). I dette avhandlingsprosjektet er konfliktene som er studert, kjennetegnet ved at de har blitt uhåndterlige for de involverte partene. Av ulike grunner klarer ikke partene å håndtere sine uenigheter på egen hånd, og de har tatt konfliktene til domstolene for å få hjelp. Det som typisk skjer når konflikter trappes opp er at partene får et stadig mer polarisert og forenklet syn på konfliktene som er mellom dem (Vindeløv 2008:82-86). I konflikter kommer man raskt til en situasjon der man inntar posisjoner og kjemper om hvem som har rett og hvem som har galt. I artikkel 3, s. 64-67 er det gitt en grundig gjennomgang av

dette. Når konfliktnivået stiger og blir tatt til domstolene, så endrer typisk konfliktene seg til å bli tvister, og det er også beskrevet i artikkel 3, side 73-74. Jeg viser derfor til artikkel 3 for en ytterligere klargjøring av konfliktbegrepet. I det videre vil jeg imidlertid gi en kort oversikt over hvordan konflikter typisk blir kategorisert i konfliktforskningen.

Et vanlig skille i konfliktforskningen er mellom saks- og relasjonskonflikter (De Dreu og Weingart 2003). Relasjonskonflikter knytter seg nettopp til det relasjonelle og følelsesmessige mellom mennesker. Sakskonflikter er gjerne mer kognitive i sin natur, og handler typisk om ulike interesser eller uenigheter knyttet til sak. Prosesskonflikter er også nevnt som en egen type konflikt (Jehn og Mannix 2001), og en slik konflikt relaterer seg typisk til arbeidsdeling eller arbeidsform (Rognes 2008). Endelig kan også nevnes verdikonflikter. Aubert (1976) skiller mellom verdikonflikter og interessekonflikter. Vi har alle verdier som vi er forankret i. Disse kan være av etisk, moralsk, religiøs, sosial eller psykologisk karakter (Nordhelle 2006). Verdier kommer ofte til uttrykk gjennom prinsipper, som da ofte gjenspeiler grunnleggende verdier. Prinsipper som er uttrykk for verdier er svært vanskelige å forhandle om. Hvordan skal man for eksempel få en abortforkjemper til å enes med en abortmotstander om det skal være fri rett til abort eller ikke? Verdikonflikter regnes derfor som utfordrende konflikter å håndtere gjennom mekling eller forhandlinger. Nordhelle hevder at det ofte er nødvendig å transformere verdiene til interesser og behov, for at man skal kunne håndtere dem gjennom mekling (Nordhelle 2006). I meklingslitteraturen kalles slike konflikter for ”intractable conflicts”, eller ”uløselige” konflikter. Burgess og Burgess (2006) gir en oversikt over hva som kjennetegner slike konflikter og hvordan dialogen kan være et hjelpemiddel for parter til å utvikle forståelse for hverandre og leve med disse konfliktene, uten at det utvikler seg til krig.²⁰ Saunders (2003) beskriver hvordan dialogen ble brukt i praksis for å håndtere konflikten internt i Tadjikistan. Dette fokuset på dialog er også i tråd med hva dialogforskere anbefaler i verdikonflikter, se for eksempel (Isaacs 1999). For en oversikt over grunnprinsippene i dialogen, slik jeg definerer det her, se artikkel 3, side 69-70.

Dersom partene i konfliktene ikke evner å håndtere dem selv, så blir en bevissthet rundt disse konfliktkategoriene et viktig hjelpemiddel for en hjelper, som typisk kan være en

²⁰ En rekke forskere behandler dette temaet i ulike artikler, både prinsipielt og teoretisk, og særlig nyere forskning på etniske og internasjonale konflikter bruker dette begrepet. Ett fellestrekk ved litteraturen er betydningen av *dialog* som blir understreket, og dermed fokuset på partenes utvikling av gjensidig forståelse og respekt for å få til gode prosesser og varige løsninger. Mekleres oppgaver blir dermed typisk mer prosessorientert enn løsningsorientert.

mekler. Hva handler egentlig konflikten om? Er det en uavklart sak? Er partene uenige om prosessen som har vært brukt? Er det prinsipielle uenigheter som kanskje ikke egner seg for mekling? Ulike konflikttyper kan kreve ulike strategier for selve håndteringen, og dette vil få betydning for om det for eksempel er hensiktsmessig å fokusere på relasjonen mellom partene eller ikke. I artikkel 5, der bruken av særmøter utforskes, er det beskrevet hvordan det relasjonsmessige fokuset typisk kan forsømmes dersom partene ikke møtes direkte.

2.2. Ulike prinsipper for konfliktløsning

Det er i prinsippet flere ulike måter å håndtere konflikter på. I konflikthåndteringsteorien anbefales ofte en "lavterskel" tilnærming, der formålet er at konflikter skal behandles på et så lavt og enkelt nivå som mulig, og da fortrinnsvis av partene som selv er berørte av konflikten (Ury m.fl. 1988). Dette betyr at tredjeparter, som advokater, meklere eller dommere, ikke bør kobles inn før man selv som part har forsøkt å ordne opp. Kostnadene, både personlig og økonomisk ved konflikthåndtering, kan reduseres ved å tilpasse prosedyrene til den konflikten som er til behandling. Dette utgangspunktet gjenspeiles også i forarbeidene til prøveordningen med rettsmekling (Ot.prp. 41 (1995-1996)). Et viktig formål med rettsmeklingsordningen er, og har vært, å etablere et tilbud som gir partene mulighet for å få en rimeligere og mindre komplisert tilnærming, som de også blir mer involvert i selv (Ot.prp. 51 (2005-2006)).

Ury m.fl. (1988) illustrerer hvordan konflikthåndteringsprosedyrer kan tilpasses konflikter, på bakgrunn av en rekke studier og konkrete prosjekter knyttet til den amerikanske kullindustrien. På bakgrunn av studiene som ble gjort ble det utledet følgende prinsipper: I enhver konflikt vil det være en dynamikk mellom interesser, rettigheter og makt (Ury m.fl. 1988:4). Mennesker har visse interesser de vil ha ivarettatt. I tillegg vil det være relevante standarder eller rettigheter som fungerer som en guide for hva som vil kunne være et rettferdig utfall. Endelig vil det være et maktforhold mellom partene, som enten kan være balansert eller ubalansert. I en konflikt har man derfor flere muligheter: Man kan prøve å forene de ulike interessene gjennom direkte kommunikasjon (forhandlinger) eller assistert kommunikasjon (mekling), man kan få en avgjørelse på hvem som har rett (for eksempel i domstolene)²¹, eller man kan avklare hvem som har mest makt, der den med mest makt typisk "vinner". Et siste alternativ er

²¹ I domstolene er det også knyttet tvangskraft til avgjørelsene, slik at det er sanksjoner i tilknytning til de beslutningene som treffes, jf. tvl. § 19-13.

at man ikke tar opp konflikten i det hele tatt (unngåelse) eller at man kutter avhengigheten mellom de to aktørene i konflikten, for eksempel gjennom omplassering eller flytting (Rognes 2008:165).

En funksjonell, lavterskeltilnærming til konflikter, ut fra denne modellen, vil innebære at partene selv, eventuelt med hjelp fra en mekler, forsøker å løse konfliktene. Partene har da selv kontroll med utfallet, og at de kan utvikle gode løsninger basert på hva som er best for dem selv fremover. I meklingsforskningen har man også fokusert på hvordan opplæring av parter i konfliktforståelse og konflikthåndtering kan bidra til bedre konflikthåndteringsevner og til mindre konflikter. En meta-analyse av ulike konflikthåndteringsprogram i amerikanske skoler, viste for eksempel at elever som hadde deltatt i slike program hadde redusert antisosial atferd sammenliknet med kontrollgrupper som ikke hadde fått slik opplæring (Garrard og Lipsey 2007).²² I Norge ble det innført en prøveordning med elevmekling i 1995 ved et utvalg norske skoler (både i grunnskole og videregående skole), der det ble gitt undervisning om konflikter og konflikthåndtering, og der utvalgte elever ble opplært til å ha rollen som elevmekler. En evalueringsrapport konkluderte blant annet med at med at det var mindre konflikter ved disse skolene sammenliknet med før ordningene ble innført, og at både meklere og de som var blitt meklet mellom i hovedsak var fornøyde med ordningen (Hansen 1998).²³

Internasjonalt har man også forsøkt slike lavterskeltilbud ved å tilby opplæring til ungdommer i land som er i langvarige konflikter med hverandre, for eksempel i tilknytning til midtøsten-konflikten der ungdommer fra Palestina og Israel har blitt involvert. Maoz (2000) fant for eksempel at organiserte møter ("workshops") mellom slike ungdommer, der man fokuserte på at partene ble kjent med hverandre og man hadde undervisning, både om hverandres kulturer, konflikten mellom dem, og et fokus på dialog og konflikthåndtering, medførte at disse ungdommene endret holdninger til hverandre på en positiv måte. Dette blir kalt for en grasrot-tilnærming til fredsarbeid (Maoz 2000:732). En overordnet konklusjon fra ulike case-studier synes derfor å være at *opplæring* i konfliktforståelse og konflikthåndtering synes å ha en positiv effekt for evnen til å håndtere konflikter på egen hånd. Mekling er regnet for å være et lavterskeltilbud, siden formålet er at partene selv skal løse konflikten, men med assistanse fra en

²² Analysen ble gjort på bakgrunn av en 25 års periode med slike konflikthåndteringsprogram (ibid).

²³ I 2001 var ca. 25 % av elevene i Norge omfattet av denne ordningen (Hareide 2006:112).

tredjepart. Jeg vil gå gjennom typiske kjennetegn ved mekling under, men først vil jeg beskrive typiske kjennetegn ved forhandlinger.

2.3. Forhandlinger

Rognes (2008:13) definerer forhandlinger slik: *Når to eller flere parter med delvis motstridende interesser prøver å komme frem til en felles beslutning, forhandler de.* I forhandlinger, slik det defineres her, er det overordnede formålet å komme frem til en avtale. For å komme frem til gode resultater i forhandlinger vil det typisk være to sentrale utfordringer: (1) mellom sak og relasjon og (2) mellom konflikt og samarbeid (Rognes 2008:21). En forhandler skal både håndtere det man forhandler om (saken), men man skal også håndtere og bevare relasjonen til motpart. Samtidig er det grunnlag for både konflikt og samarbeid i prosessen, siden partene typisk har noen motstridende og noen felles interesser. Forhandlingsprosesser som ender i konflikt er kjennetegnet ved at konfliktene har tatt overhånd, og at samarbeidet og det relasjonelle har brutt sammen. For å kunne håndtere slike konflikter (for eksempel for en mekler) er det sentralt med en innsikt i hvordan ulike forhandlingssituasjoner kan karakteriseres. I forhandlingsforskningen er det vanlig å skille mellom forhandlingssituasjoner med fordelingsorientert (distributivt) og integrativt (kreativt) potensial (Walton og McKersie 1965).

Fordelingsorienterte forhandlinger har typisk kun én dimensjon, som f.eks. i en erstatningssak der konflikten kan knytte seg til utmålingen av et akseptabelt beløp. Hindringen mellom partene vil da ofte være av pengemessig art, selv om også disse konfliktene kan tenkes å ha flere dimensjoner. De fordelingsorienterte sakstypene løses best gjennom å analysere og avdekke forhandlingsrommet og finne løsninger for partene som er innenfor deres smertegrenser. I fordelingsorienterte konflikter har partene ofte en relasjon som avsluttes når konflikten er løst, og løsningene har typisk form av et kompromiss, der man gir og tar for å komme frem til en løsning. En tvist vil typisk se ut som en fordelingsorientert forhandlingssituasjon.

Integrative forhandlingssituasjoner karakteriseres ved at selve forhandlingstemaet har flere dimensjoner eller at partene har bakenforliggende interesser. Et klassisk eksempel på en konflikt med bakenforliggende interesser er situasjonen mellom Egypt og Israel knyttet til Sinai-halvøyen. Begge land krevde full eiendomsrett over landområdet. Det viste seg imidlertid gjennom meklingen på Camp David at det som var viktig for Egypt

var å *ei* området, for det hadde de alltid gjort. Det viktige for Israel var imidlertid en form for sikkerhet, de ønsket ikke å ha fienden så tett innpå seg. I mekling endte saken med at Egypt beholdt eiendomsretten til Sinai-halvøyen, mens hele området ble demilitarisert. Begge parter gikk seirende ut av konflikten fordi begge oppnådde det som var viktig for dem, og i litteraturen kalles dette for vinn-vinn løsninger (Fisher, Ury og Patton 2001:148). Potensialet for slike vinn-vinn løsninger var det som ble fremhevet som et viktig argument for å innføre rettsmekling som alternativ i norske domstoler. I ordinær domstolsbehandling er det ikke mulighet for å utvikle kreative løsninger som går utenfor partenes krav og de juridiske rammene.²⁴

Vi ser her at disse ulike konflikttypene krever ulike strategier for å kunne komme frem til de beste løsningene. Integrative sakstyper løses best ved å avdekke underliggende interesser, eller gjennom å avdekke partenes eventuelle ulike prioriteringer, slik at de kan kapitalisere på ulikheter i avtalen (Rognes 2008:71). I konflikter der partene har en varig avhengighet (for eksempel mellom naboer eller skilte par med felles barn), vil relasjonene i seg selv kunne håndteres som en ekstra dimensjon. Parter som er knyttet til hverandre har en varig utfordring i forhold til *hvordan* kommunikasjonen skal foregå, slik at man unngår fremtidige konflikter som kommer av selve interaksjonsformen mellom partene. I meklingssituasjoner vil det derfor være svært viktig for en mekler å få oversikt over hva de ulike partene trenger, og hvilken type forhandlingssituasjon det skal assisteres i.

2.4. Mekling

Mekling innebærer helt overordnet at en *tredjepart* kommer inn som hjelper i en situasjon der ulike parter ikke evner, kan eller vil kommunisere på egen hånd. I en avtalefokuset meklingstilnærming defineres mekling som assisterte forhandlinger (Pruitt og Carnevale 1993:165; Rognes 2008:95). Dette innebærer at det forhandlingsteoretiske grunnlaget er gyldig i en slik meklingstilnærming. I forhandlingsteorien har vi sett at et viktig formål er å avdekke partenes interesser og behov, og av den grunn blir også en meklingstilnærming som bygger på forhandlingsteorien, noen steder i teorien definert som *interessebasert* mekling. I forarbeidene til prøveordningen med rettsmekling, og i forarbeidene til tvisteloven, er det uttrykkelig påpekt at rettsmeklingsordningen bygger på et forhandlingsteoretisk grunnlag (se Ot.prp. nr. 41 (1995-1996), s. 2, 7 og Ot.prp. nr. 51

²⁴ Jf. disposisjonsprinsippet som er uttrykt i tvisteloven § 11-2 første ledd, og forhandlingsprinsippet som er uttrykt i tvisteloven § 11-2 annet ledd og § 11-1 tredje ledd.

(2004-2005), s. 119), og det er derfor denne typen mekling som er hovedfokuset i dette avhandlingsprosjektet.

Mekling i domstolene innebærer imidlertid at vi har fått en interessebasert tilnærming innenfor rammene av en rettighetsbasert ordning. Partene som er i konflikt må derfor først kreve sak for domstolene (en rettighetsorientert tilnærming), før de får et interessebasert tilbud (rettsmekling), som alternativ *før* de kommer til ordinær hovedforhandling. Rettsmeklingsordningen gir derfor en ekstra mulighet for partene til å utvikle løsninger basert på interesser. Vi ser derfor at rettsmeklingsordningen i prinsippet bidrar til å utvikle et funksjonelt konflikthåndteringssystem i tråd med teorien til Ury m.fl. (1988). En bred beskrivelse av rettsmeklingsordningen gis i artikkel 3, side 70-72, og i appendiks. Meklingsordninger i domstolene benevnes internasjonalt som "Alternative Dispute Resolution" eller ADR, og dette oversettes typisk med *alternativ tvisteløsning* i norsk sammenheng. Det er *alternativt*, nettopp fordi man kan bruke en annen tilnærming enn den rettslige, og som nevnt over; det er en ekstra mulighet for partene til å beholde kontrollen med utfallet i konfliktene selv. I ordinære domstolsprosesser vil det være en dommer som bestemmer hva utfallet i konfliktene blir ved å avsi en dom. Begrepet ADR ble første gang brukt i et foredrag i 1976 av professor Frank Sander, og dette blir av mange kalt for "the big bang" i konfliktløsningslitteraturen (Gray 2006; Moffit 2006). Sander lanserte ideen om et rettssystem med ulike dører ("Multidoor courthouse"), der men kunne velge ulike "dører" avhengig av hvilket problem man hadde som part. I mange amerikanske domstoler i dag finnes det varianter av slike ordninger (Gray 2006:446). I det norske rettssystemet ble imidlertid konklusjonen at vi trengte kun én ekstra "dør", og i vårt system er derfor rettsmekling vårt eneste alternative tvisteløsningstilbud, så langt.²⁵

I meklingslitteraturen brukes begrepene *avtalefokusert mekling*, *interessebasert mekling*, *tilfredsbetsmekling* og *mekling* om hverandre. Når det skal avklares hvilken meklingsform det er snakk om må man derfor se på hvilke egenskaper ved meklingen det er fokusert på i de enkelte forskningsbidragene. Jeg har primært valgt å bruke begrepet "avtalefokusert mekling", men dette regnes som synonymt med interessebasert mekling, og dette begrepet er valgt i artikkel 5. Følgende kjennetegn for en slik meklingsform er følgende: Formålet med meklingen er å utvikle avtaler for partene, dersom det er grunnlag for det,

²⁵ Se appendiks kap 1.4. for en nærmere beskrivelse av dette.

på en slik måte at begge partenes interesser blir ivaretatt på best mulig måte. Slike prosesser går gjennom et sett med faser, fra introduksjon til løsning.²⁶ Sentrale egenskaper ved meklerin er at denne skal være en nøytral/upartisk aktør, som har prosesskontroll (styrer prosessen), men ikke beslutningskontroll (partene inngår selv avtalen). I tillegg skal mekleratferden tilpasses til konflikten som er til behandling (Kressel 2006:726).

I følge Pruitt (2006:860) er majoriteten av den empiriske forskningen knyttet til det som kan kalles for den avtalefokuserte meklingstilnærmingen, men de senere årene har det også blitt lansert flere alternative meklingsmodeller. De ulike meklingsmodellene har forskjellige formål, og kan på mange måter sies å være komplementære til den avtalefokuserte tilnærmingen. Ofte snakkes det imidlertid om konkurrerende meklingstilnæringer ("rival approaches"; Pruitt 2006:859), men jeg mener at det er nyttig å utforske hvordan de ulike meklingstilnærmingene utfyller hverandre, og at de ulike tilnærmingene understreker betydningen av ulike fenomener i meklingsprosessene. En innsikt i ulike meklingsperspektiv kan derfor bidra til en utvidet innsikt i hvilke potensial som meklingsprosessen besitter. I det videre har jeg derfor valgt å presentere sentrale kjennetegn ved den transformative-, narrative- og reflektive meklingsmodellen. Det finnes enda flere meklingsmodeller presentert i litteraturen, men det er disse tre modellene som oftest synes å være diskutert i tilknytning til meklingsforskningen i den avtalefokuserte tilnærmingen, og som synes å ha mest relevans for mitt avhandlingsarbeid. Jeg vil i korte trekk beskrive disse tre alternative meklingstilnærmingene i det videre.

Bush og Folger (1994) lanserte et alternativ til den avtalefokuserte meklingstilnærmingen, der hovedformålet var å bedre *relasjonen* og *kommunikasjonen* mellom partene, og der en avtale var å regne for et positivt biprodukt av meklingen (Bush og Folger 2005:21). En sentral måte for å få dette til er gjennom å styrke partene ("empower") og hjelpe dem til å ta hverandres perspektiv ("recognition") (ibid:13-14). En viktig årsak til at denne reaksjonen kom mot det avtalefokuserte paradigmet, var blant annet fokuset på *avtalene*, som Bush og Folger mente ofte kom på bekostning av relasjonene mellom partene (ibid:21). Denne meklingsmodellen har ingen faser, og det legges vekt på at meklerin ikke skal være styrende, men partene selv, gjennom direkte interaksjon, skal utvikle en

²⁶ Se kapittel 2.6. for en nærmere beskrivelse av dette.

forståelse for hverandre gjennom prosessen, men da selvsagt med meklerens hjelp dersom det er behov for det.

Den narrative tilnærmingen blir også beskrevet som en slags protest mot den avtalefokuserte tilnærmingen, blant annet på grunn av det individuelle fokuset som avtaletilnærmingen bygger på. I den narrative tilnærmingen tas det utgangspunkt i at vi lever i språket og i historier, at virkelighetsoppfatningene våre påvirkes av hvordan disse historiene fortelles, og at derfor den relasjonelle dynamikken i kommunikasjonen blir viktig (Cobb 1994). Dette bærer derfor preg av en sosialkonstruktivistisk tilnærming, der virkeligheten blir en relativ størrelse, som innebærer at virkeligheten blir skapt og kan bli gjenskap avhengig av hvilke aktører som er til stede og hvilke historier som fortelles. Man tar utgangspunkt i at partene konstruerer virkelighetsbildene gjennom språket som bruker og historiene som fortelles, og at det sammen utvikler en felles forståelse av hva som har skjedd. Denne meklingsstilnærmingen har vokst frem på bakgrunn av narrativ familierapi som ble utviklet på 1980-tallet (Winslade og Monk 1996). Særmøtene er utbredt i de innledende fasene av denne meklingsmodellen, men deretter er det dialogenes utvikling som preger prosessen, og ikke et fokus på faser i prosessen. Mekleren har også en fremtredende rolle, og vil jobbe aktivt med å få utviklet en felles historie for partene. Hovedformålet med denne meklingsstilnærmingen er å utvikle en relasjon mellom partene som inkluderer respekt, forståelse og samarbeid.

Den refleksive meklingsmodellen er utviklet av Vindeløv (2008). Denne modellen har et eksplisitt verdigrunnlag, og tar utgangspunkt i at konflikter er et livsgrunnlag, at partene vet best hva som er godt for dem, at dialog er ønskelig i enhver konflikt og at individualitet og relasjon henger sammen. Meklingsprosessen er inndelt i faser, og mekleren skal ha en tilbaketrukket rolle. Formålet med prosessen er både relasjons- og produktorientert, det betyr at det relasjonelle mellom partene vektlegges (lite særmøter), og samtidig er det fokus på å oppnå en løsning, dersom partene ønsker det. Mekleren skal ha forskjellige roller avhengig av hvordan konflikten utspiller seg i meklings situasjonen. Mekleren skal imidlertid aldri gi uttrykk for sin egen oppfattelse av konflikten eller mulige løsninger. Denne meklingsstilnærmingen er svært sentral i opplæringen av de danske rettsmeklerne.²⁷

²⁷ Se appendiks kapittel 1.10.

Disse ulike meklingsmodellene illustrerer at avhengig av hvilken ”skole” mekleren hører til, så vil prosessene kunne utvikle seg på svært forskjellige måter, og med svært varierende inngrep fra meklers side. Den avtalefokuserende meklingsmodellen vil kunne hente inspirasjon fra de tre andre meklingsmodellene her, særlig for å finne tilnærminger til relasjonelle og kommunikasjonsmessige utfordringer i meklings situasjonene. Jeg vil komme tilbake til dette i litteraturgjennomgangen i kapittel 3. Jeg vil se litt nærmere på mekleratferdsbegrepet før jeg avslutter dette kapitlet med en kort oppsummering.

2.5. Mekleratferd

Vi ser at mekleratferd er sentralt i alle meklings tilnærminger, siden det er *mekleren* som er hjelperen for partene. Mekleratferd kan defineres som hva meklere *gjør*, det vil si hvilke strategier og teknikker meklere bruker (se for eksempel Kressel 2006:738). På bakgrunn av særlig den narrative meklings tilnærmingen ser vi også at meklernes språk kan regnes som et eget aspekt ved mekleratferden, og i dette avhandlingsarbeidet vil meklernes språkbruk regnes for å være en sentral del av deres atferd. Mekleres atferd utgjøres derfor av de atferdsmessige valg som meklere gjør i prosessen. Dette inkluderer både prosedyremessige valg (som kombinasjoner av særmøter og fellesmøter), overordnede strategier, som om meklere er løsningsorienterte eller behovsorienterte i meklingsprosessen (Kressel, Frontera, Forlenza, Butler og Fish 1994), og det inkluderer det mangfold av enkeltteknikker som er avdekket i meklingsprosessen (Wall 1981; Wall og Lynn 1993). Når det gjelder mekleratferd innenfor en avtalefokuserende modell, er en av de mest kjente (og kanskje debatterte) inndelingene av mekleratferd, beskrevet første gang av Riskin (1996).²⁸ Han delte mekleratferd inn i fire kvadranter, der atferden ble bestemt av om meklere var enten fasiliterende eller evaluerende på den ene siden, og om de definerte konflikter smalt eller bredt på den andre siden. Dette vil bli grundigere beskrevet når forskningsspørsmålene blir utledet i neste kapittel.

2.6. Oppsummering

I dette kapitlet har jeg gitt en kort gjennomgang av de mest sentrale begrepene i dette prosjektet. Konfliktbegrepet er sentralt siden dette på mange måter er råmaterialet i meklings situasjonene. Ulike prinsipper for konflikthåndtering er sentralt å ha en oversikt over, blant annet for å forstå hvordan rettsmeklingsordningen kan være et lavterskeltilbud innenfor et rettighetsbasert system. Forhandlingsbegrepet har særlig

²⁸ Se for eksempel Kovach og Love (1998) sin kritikk.

sentral relevans, siden den avtalefokuserede meklingsstilnærmingen bygger videre på dette teorigrunnlaget, og avslutningsvis er det selvsagt sentralt med en oversikt over hvordan ulike skoler innenfor meklingsfaget kan ha ulike bidrag, også til å videreutvikle en avtalefokuseret meklingsstilnærming. I det neste kapitlet vil jeg nå gi en oversikt over forskning som er spesielt relevant for fokuset på mekleratferd, og jeg vil også utlede de totalt syv forskningsspørsmålene som besvares i de ulike artiklene.

3.0. Litteraturgjennomgang

“There is no best third-party approach to conflict resolution, because the function of third parties is to compensate for the deficiencies of the disputants themselves”.

Dean G. Pruitt, 2000:245

I dette kapitlet vil jeg gi en gjennomgang av relevant litteratur for denne avhandlingens formål. Jeg vil starte kapitlet med å gi en oversikt over ulike klassifiseringer og modeller av mekleratferd i kapittel 3.1., som også danner en teoretisk bakgrunn for utledning av de to overordnede forskningsspørsmålene. Jeg utleder de fem delspørsmålene som studien i avhandlingen bygger på i kapittel 3.2. til 3.4. Deretter beskriver jeg faktorer som typisk regnes for å påvirke mekleratferd, nemlig omgivelser, egenskaper ved mekler og egenskaper ved partene (kapittel 3.5.). Avslutningsvis beskriver jeg de avgrensninger som er gjort i denne litteraturgjennomgangen (kapittel 3.6.). Litteraturgjennomgangen bidrar til å vise hvordan min studie bidrar til meklingslitteraturen.

3.1. Klassifiseringer og modeller av mekleratferd

Meklingslitteraturen har primært vært kjennetegnet av at den har vært deskriptiv i sin karakter (Wall m.fl. 2001). Dette innebærer at teoretisering av sammenhenger i meklingsprosessen har vært lite utbredt. Denne studien er gjort innenfor rammene av den avtalefokuserte meklingsstilnærmingen. En slik meklingsmodell bygger på den forhandlingsteoretiske tankegangen som er beskrevet i kapittel 2.3. Det er på denne bakgrunn at formålet med avtalefokuserte meklingsstilnæringer er å utvikle løsninger som er baserte på partenes interesser og behov. I forhandlingsforskningen finner man også at de beste løsningene typisk utvikles gjennom samarbeid og ikke konkurranse (Lax og Sebenius 1986), og dette betyr at *måten* man forhandler på vil ha betydning for hvilket utfall man oppnår (Pruitt og Carnevale 1994). I meklings situasjonene vil altså meklerens atferd også kunne ha betydning, og det har vært noe fokus i meklingslitteraturen, på å utvikle klassifiseringer og modeller for mekleratferd. I dette kapitlet vil jeg gi en oversikt over forskning som har bidratt til å identifisere og utforske sammenhenger mellom mekleratferd, meklingsprosess og meklingsutfall. Denne gjennomgangen vil være viktig for å få en oversikt over hvilke sammenhenger som har vært gjenstand for utforskning i meklingsforskningen så langt, og hvilke som fortsatt gjenstår å forske på.

Kolb (1983) var en av de første som klassifiserte mekleratferd. Gjennom observasjoner og intervjuer av 10 meklere i totalt 16 meklinger utviklet hun et skille mellom saksorienterte ("dealmakers") og relasjonsorienterte ("orchestrators") meklere. Saksorienterte meklere fokuserte i hovedsak på å komme frem til løsninger i konfliktene. De relasjonsorienterte meklerne fokuserte i større grad på utfordringer ved partenes relasjon og kommunikasjon, før de fokuserte på løsninger. Inndelingen som Kolb utførte, ble også funnet i en studie av meklere i norske jordskifteretter (Rognes og Sky 2003). I den norske studien ble 23 av totalt 90 jordskiftedommere intervjuet, og 727 spørreskjema knyttet til saker som hadde vært behandlet i jordskifteretten ble besvart av både dommere og parter, av totalt 992 mulige (ibid).

Kolb fant, på bakgrunn av sine observasjoner, at meklerne var svært stabile i sine atferdsmessige tilnærminger, og at de atferdsmessige valgene var stabile på tvers av ulike sakstyper. Dette var i strid med hvordan idealet for mekleratferd ble beskrevet i teorien, nemlig at meklernes atferd skal tilpasses til de konfliktene som er til behandling. Denne konsistensen i meklernes atferd er imidlertid også bekreftet i flere studier i ettertid (Kressel m.fl. 1994; Rognes og Sky 2003), og dette illustrerer et viktig gap mellom teori og praksis i meklingsfaget.

I forlengelsen av studien fra 1983, gjennomførte Kolb, sammen med flere, 12 dybdeintervjuer av erfarne meklere, alt fra konfliktrådsmeklere til fredsmeklere. Konklusjonen etter disse intervjuene er at meklere skiller seg i to grupper; enten har de en løsningstilnærming-, eller så har de en kommunikasjonsmessig tilnærming til konflikter (Kolb 1994:468-479). På bakgrunn av Kolb sine studier synes det å være et skille mellom meklere som på den ene siden fokuserer på sak og/eller løsninger, og på den andre siden meklere som fokuserer på kommunikasjon, relasjon og behov hos partene. Wall m.fl. (2001) finner i gjennomgangen av meklingslitteraturen, at studier indikerer at meklere som fokuserer på å bedre partenes relasjon synes å få bedre og mer varige avtaler enn de meklerne som i større grad fokuserer på kun sak og løsninger.

Kressel m.fl. (1994) utvikler også to klassifiseringer av mekleratferd, som kan sammenliknes med funnene til Kolb m.fl. (1994). På bakgrunn av observasjoner og intervjuer med meklere i totalt 32 skilsmisssaker, klassifiseres to grupper meklere; én gruppe som utforsker konfliktene og partenes behov *før* de fokuserer på løsninger

(behovsorienterte meklere) og én gruppe som i hovedsak fokuserer på løsninger, *uten* å utforske hva problemet *egentlig* handler om (løsningsorienterte meklere). I oppfølgingsintervjuer med partene fant man at de behovsorienterte meklerne hadde oppnådd mer varige løsninger for de involverte partene enn de løsningsorienterte meklerne.

I meklingsforskningen har det også vært gjort forsøk på å lage modeller som kan systematisere, forklare og forutsi mekleratferd. Carnevale (1986) utviklet det han kalte en ”strategisk valg” modell (”strategic choice”), der mekleratferd kunne forklares ut fra om meklerne på den ene siden oppfatter at det er liten eller stor mulighet for vinn-vinn løsninger (”opplevelse av felles interesser”), og på den andre siden om mekleren bryr seg i liten eller stor grad om at partene får tilfredstilt sine ønsker og behov. Dersom mekleren vurderer begge deler som lite sannsynlig blir det antatt at mekleren vil *presse* partene. Dersom mekleren vurderer begge deler som svært sannsynlig blir det antatt at mekleren vil jobbe med problemløsning der partenes interesser og behov legges til grunn. Dersom mekleren opplever i høy grad at partene har felles interesser, men at han samtidig i liten grad bryr seg om partene oppnår sine behov, så sier modellen at mekleren ikke vil foreta seg noe særlig. Det siste alternativet, at mekleren i høy grad bryr seg om at partene skal oppnå sine ønsker, men at mekleren i liten grad opplever felles interesser, da sier modellen at mekleren vil bruke kompensierende tilnærminger. Ut fra denne modellen ser man at det slett ikke er noen selvfølge at meklere jobber aktivt med å løse partenes problemer, tvert i mot må da særlige forhold være til stede, og en viktig forutsetning at mekleren er motivert for oppgaven. Avhengig av meklerens motivasjon og persepsjon, så vil man kunne få ulike typer meklingsprosesser. Studier viser også at tidspress øker graden av pressende teknikker fra meklers side (Carnevale og Conlon 1988). En forutsetning i modellen er at meklingsprosesser blir forskjellige avhengig av egenskaper ved mekleren. Modellen forklarer imidlertid ikke hvordan meklerens oppfatning (persepsjon) av konflikten utvikles. Dette forklares bedre i en modell av Leonard Riskin fra 1996.

Riskin (1996) utviklet en modell for mekleratferd som hadde som overordnet formål å systematisere ulike former for mekling, primært med et pedagogisk formål for øye. På bakgrunn av de ulike kategoriene kunne nye meklere opplæres i meklingsfaget og gjøres kjent med ulike måter å mekle på. Riskin deler meklere inn i kategorier avhengig av om

de er evaluerende eller tilretteleggende på den ene siden, og om de definerer konflikter smalt eller bredt på den andre siden. Riskin utvikler de ulike kategoriene primært på bakgrunn av sin erfaring som mekler. Inndelingen ("Riskins grid") har fått mye kritikk, og særlig gikk kritikken på at noen av kategoriene egentlig ikke var å regne for mekling, for eksempel i situasjoner der konfliktene blir definert smalt (rettslig) og mekleren var evaluerende i sin tilnærming. I følge Kovach og Love (1998) har ikke dette noe med mekling å gjøre. Riskin har flere ganger modifisert sin modell, og har forsøkt å gjøre den mer fleksibel, for eksempel på grunn av at ulike situasjoner krever ulike meklingstilnærminger. I sitt siste bidrag (Riskin 2005)²⁹ fokuserer Riskin på hvordan partene og advokatene også kan påvirke meklerens tilnærming i meklingsprosessene. Et gjennomgående kjennetegn ved Riskin sine bidrag er fokuset på *opplæring*, og hvordan meklerne kan bevisstgjøres og forbedre sin atferd, spesielt da i domstolstilknyttede meklingsprogrammer. Like fullt har Riskins modell, og særlig skillet mellom evaluerende og tilretteleggende tilnærminger, blitt mye anvendt i en rettslig sammenheng. I norsk sammenheng blir det spesifikt referert til skillet mellom evaluerende og tilretteleggende mekling når ønsket mekleratferd drøftes i lovforarbeidene til den nye tvisteloven (Ot. prp. 51 (2004-2005), s. 124). I de norske lovforarbeidene ble det presisert at norske rettsmeklere skulle bruke en tilretteleggende atferdsstil.

Alle disse modellene beskriver mekleratferd, men på litt forskjellige måter. Ut fra studiene til Kolb (1983; 1994) og studien til Kressel m.fl. (1994) kan det konkluderes med at en fellesnevner er at meklere ser ut for å fokusere på enten sak eller relasjon. Meklere som i stor grad fokuserer på løsninger, synes å være primært opptatt av saken, mens meklere som fokuserer på relasjonen ser ut for å være opptatt av å legge til rette for kommunikasjon, og partenes behov. Press, eller bruk av makt er også sentrale elementer av modellen til både Carnevale (1986) og Riskin (1996). Kritikken mot Riskins modell har nettopp vært at en smal konfliktdefinisjon, kombinert med en evaluerende tilnærming, vil innebære stort press på partene (Kovach og Love 1998). Denne gjennomgangen indikerer at modeller for mekleratferd i hovedsak inkluderer varierende grad av press, sak/løsning og relasjon/kommunikasjon/behov. I artikkel 5 (kapittel 10) utvikler jeg en modell for mekleratferd, på bakgrunn av denne teorigjennomgangen, men også på bakgrunn av atferden som ble observert i studien. Modellen er en videreutvikling av Kressel m.fl. (1994) sin modell, der meklere kategoriseres som behovsorienterte vs.

²⁹ "Riskins new new grid"

løsningsorienterte, der mitt bidrag er å inkludere en maktdimensjon i denne modellen, slik at meklerne også forutsettes å variere mellom å bruke lav og høy grad av makt.

Riskins (1996) modell brukes ofte som utgangspunkt for å diskutere ønsket mekleratferd i norsk rettsmeklingsammenheng, men vi vet likevel ikke konkret hva som kjennetegner mekleratferd i norske domstoler. På bakgrunn av evalueringen av prøveordningen med rettsmekling vet vi at det var indikasjoner på at meklerne brukte evaluerende teknikker i utstrakt grad, men evalueringen tok kun utgangspunkt i spørreskjema og intervjuer med aktørene i prosessen. Vi vet derfor ikke konkret hvordan rettsmeklingsprosessene utviklet seg, og hva som skjedde i ulike faser av prosessen. På bakgrunn av de ulike modellene og kategoriene av mekleratferd vet vi imidlertid at det er store variasjoner i mekleratferd generelt sett. Både på bakgrunn av internasjonale studier og på bakgrunn av variasjonene i mekleratferd som er identifisert i evalueringen av prøveordningen med rettsmekling, utviklet jeg følgende to forskningsspørsmål: (1) *Hva kjennetegner mekleratferd i norske rettsmeklinger?* Og (2) *Hvordan påvirker norske rettsmekleres atferd partene i meklingsprosessen?* Disse spørsmålene er imidlertid svært overordnet, og det vil være nyttig å dele disse spørsmålene inn i mer konkrete delspørsmål, slik at man får innsikt i ulike kjennetegn ved prosessen. I kapittel 3.3. til 3.5. er de forskjellige forskningsspørsmålene utledet.

3.2. Den innledende fasen av meklingsprosessen

I dette kapitlet vil jeg beskrive hvordan forskningsspørsmål 1a) har blitt utledet; *Hva kjennetegner mekleres atferd i den innledende fasen av norske rettsmeklinger?*

Et særlig kjennetegn ved mekling i et avtalefokusert perspektiv er måten meklingsprosessene er beskrevet på i meklingslitteraturen. Avtalefokuserede meklingsprosesser beskrives typisk ut fra ulike trinn eller faser, der man starter med en introduksjon, problemet blir definert, alternativer utredet og løsninger valgt (Moore 1986). En slik stegvis tilnærming til meklingsprosessen skiller seg for eksempel fra den transformativ meklingstilnærmingen, der et viktig kjennetegn ved meklingsprosessen er at det ikke er ulike stadier, men der prosessen kjennetegnes ved å være mer organisk (Bush og Folger 2005:66-69). Jeg vil kort trekke frem noen implikasjoner av å se på mekling som en prosess som går gjennom et sett av faser.

De ulike fasemodellene er typisk utviklet av meklingspraktikere (Wall og Lynn 1993:181; Kressel 2006:727). Fasemodellene beskriver derfor hvordan meklingsprosesser typisk forløper, og de blir dermed også et pedagogisk verktøy for opplæring av nye meklere. I norske praktikerfremstillinger blir de ulike stadiene brukt som utgangspunkt for en gjennomgang av meklingsprosessen, med utfyllende råd for hva som bør gjøres i de forskjellige fasene (se Austbø og Engebretsen 2006:59-124; Kjelland-Mørdre m.fl. 2008:144-252). Den innledende fasen, med fokus på introduksjonsforedraget til meklere er et typisk tema som blir trukket frem som eksempel på hvordan meklingsprosessen bør innledes (se Austbø og Engebretsen 2006:78-80), og det blir presisert at meklere bør holde en *orienterende* innledning (ibid:79).

Slike meklingsmodeller kan imidlertid også brukes som utgangspunkt for forskning, der de ulike fasenes betydning for meklingsprosess og/eller meklingsutfall kan utforskes. De normative meklingsmodellene har mange likhetstrekk med rasjonelle beslutningsmodeller som er godt kjent fra økonomisk beslutningsteori (Simon 1955) og fra den kognitive kreativitets- og problemløsningslitteraturen (se for eksempel Runco 1994). Forskning på rasjonalitet avdekket imidlertid at personer som løser problemer og tar valg i beste fall er begrenset rasjonelle (Simon 1972). Det innebærer for eksempel at vi sjelden optimaliserer når vi løser problemer og tar beslutninger. I stedet *satisfierer* vi, det vil si vi finner løsninger som er tilstrekkelige. I den kognitive kreativitets- og problemløsningslitteraturen er dette en viktig grunn til at man har sett på de ulike fasene i problemløsningsprosessen i et rasjonelt perspektiv, og man har brukt dette som utgangspunkt for å fokusere på ulike aspekter ved prosessen for å optimalisere utfall. Et sentralt tema som har fått mye fokus i et slikt perspektiv, er den innledende fasen i prosessen, herunder identifikasjon, definisjon og formulering av problemer, før man løser dem. Et fokus på problemet, gjennom ulike defineringsaktiviteter, har vist seg å ha betydelig innvirkning på kreativitet og kvalitet i utfall, men særlig i situasjoner der problemene er uoversiktlige og ustrukturerte (se for eksempel Csikszentmihalyi og Getzels 1971; Runco og Okuda 1988; Basadur, Pringle, Speranzini og Bacot 2000).

Konfliktløsningsprosesser kan defineres som assisterte problemløsningsprosesser (se for eksempel Weitzman og Weitzman 2006). Mekleren bistår partene i å løse et problem, men siden problemet har utviklet seg til å bli en konflikt, vil det være ekstra utfordringer både sosialt fordi det er mange parter involvert (minst to parter i konflikt + mekler) og

informasjonsmessig, fordi mekleren, som er hjelperen, typisk er den som har minst informasjon om konflikten som skal løses. På bakgrunn av disse særlige utfordringene i konfliktløsningssituasjonen, så kan det argumenteres for at et fokus på rasjonelle beslutningsmodeller kan ha enda større betydning i en meklings situasjon enn i en ordinær problemløsningssituasjon. Koblingen til rasjonelle modeller gjør det derfor interessant å fokusere på den innledende fasen i meklingsprosessen, herunder om- og hvordan problemdefinering utføres, og i hvilken grad dette har betydning for meklingsprosessene.

Noen få studier i meklingsprosessen har også berørt den innledende fasen i meklingsprosessen. En studie av Kressel m. fl. (1994) avdekker, blant annet gjennom observasjoner av 32 meklingsprosesser i skilsmisssituasjoner (60 % av meklingene ble videofilmert), og intervjuer med meklere og parter, at de meklerne som fokuserte på å forstå problemene, før de fokuserte på løsninger, oppnådde mer varige og bedre løsninger for partene som var involvert, enn de meklerne som kun fokuserte på løsninger, uten å bruke tid på å finne ut hva konfliktene egentlig handlet om. Partenes vurderinger av løsninger ble foretatt i telefonintervju ca. 18 måneder etter meklingene var gjennomført. Ut fra denne studien er det grunn til å anta at noen av meklerne faktisk brukte tid på å definere problemene før de gikk til løsninger, og det er også grunn til å anta at denne problemutforskningen foregikk i tidlige faser av meklingsprosessen. Janowskey og Ivey (2001) observerte og intervjuet 10 meklere i skilsmissemeklinger, og avdekket på denne måten to hovedtilnærminger til definering i disse meklingsprosessene. Den ene gruppen meklere definerte problemet *sammen* med partene, mens den andre gruppen meklere definerte problemet uten at partene aktivt ble involvert i denne prosessen. Implikasjoner for prosess eller utfall ble imidlertid ikke utforsket her.

I tillegg til studiene som fokuserer direkte på problemdefinering og problemforståelse, er det en rekke nyere studier av meklingsprosesser som finner at meklerens evne til å utvikle et tillitsfullt forhold til partene, er avgjørende for om man får suksess i meklingsprosessen, det vil si at man oppnår et forlik i prosessen, eventuelt at man klarer å bevege partene fremover i prosessen (Goldberg 2005; Goldberg og Shaw 2007; Goldberg, Shaw og Brett 2009). Disse studiene er utført ved å intervju meklere, parter og advokater som har vært del av ulike meklingsprosesser, og primært er meklingsprosessene utført i tilknytning til domstoler, i mange tilfeller med tidligere dommere som meklere. Betydningen av tillit er også funnet i en stor studie av særmøter,

der det eneste klare funnet var at der tillitsskapende aktiviteter ble utført i særmøter *før* meklere møtte partene i fellesskap, førte dette til at konfliktnivået mellom partene ble redusert og kvaliteten på meklingsutfallene ble bedre. I de tilfellene de tidlige særmøtene ble brukt til å drøfte mulige løsninger, førte dette imidlertid til at konfliktnivået mellom partene økte (Swaab og Brett 2007).

Kort oppsummert ser vi at fasemodellene som beskriver meklingsprosessen kan være en viktig hjelp for å avdekke fenomener det kan være nyttig å utforske nærmere i meklingsprosessen. Ved å definere meklingsprosessen som en avansert, assistert problemløsningsprosess, blir det naturlig å fokusere på den innledende fasen av meklingsprosessen, som er funnet å ha avgjørende betydning i et problemløsningsperspektiv. I meklingsforskningen ser vi også at problemutforskning har vært gjenstand for studier, som viser at det er indikasjoner på at meklere varierer i forhold til *om* konfliktene blir definert eller ikke (Kressel m.fl. 1994), og om partene blir inkludert i defineringsaktivitetene eller ikke (Janowski og Ivey 2001). I tillegg ser vi at særlig tillit blir løftet frem som avgjørende for at meklingsprosesser blir konstruktive. Jeg finner imidlertid ikke studier som utforsker konkret hvilke forskjellige aktiviteter som kjennetegner den tidlige fasen av meklingsprosessen, utover praktikernes egne beskrivelser av dette i de normative modellene. Jeg ser derfor et behov for studier som mer systematisk kartlegger hvilke aktiviteter meklere faktisk foretar seg innledningsvis i meklingsprosesser, og dernest hvilken betydning disse ulike aktivitetene kan ha for partene. I denne studien vil dette som nevnt utforskes i rettsmeklingsammenheng, og på denne bakgrunn vil jeg fremsette forskningsspørsmål: 1a: *Hva kjennetegner rettsmeklernes atferd i den innledende fasen av meklingsprosessen.* På bakgrunn av gjennomgangen ser vi også at det naturlig kunne vært utledet et forskningsspørsmål som utforsker hvordan atferden i den innledende fasen påvirker meklingsutfall, men dette er ikke besvart innenfor denne avhandlingens rammer.

3.3. Meklernes språkbruk

I dette delkapitlet vil jeg beskrive hvordan forskningsspørsmål 1b og 2a ble utledet. 1b) *Hva kjennetegner meklere språkbruk i norske rettsmeklinger?* og 2a) *Hvordan påvirker meklere språkbruk partene i rettsmeklingsprosessen?*

Fokuset for mye meklingsforskning har i stor grad vært på *avtalene*, blant annet på hvor stor suksess meklingsordningen har i ulike konfliktområder, og hva som kjennetegner

meklingstilnæringer, ofte fra praktikeres perspektiv. De ”nye” meklingstilnæringer som har blitt lansert, både den transformative og den narrative meklingstilnæringer, har sine hovedfokus på interaksjonen mellom partene heller enn på avtalene som sådan. Fokuset på selve dynamikken i meklingsprosessen (som den transformative tilnæringer har) og på partenes historier, og meklerens rolle for å utvikle felles forståelse av historiene (som den narrative tilnæringer har), peker også mot behovet for å fokusere på selve samhandlingen i meklingsprosessen, og dette er helt i tråd med hva som også nå etterspørres innenfor forskningen i den avtalefokuserende meklingstilnæringer.

Den narrative meklingstilnæringer anser språkbruk for å være en helt sentral aktivitet i meklingsprosessen, der språkbruk ikke regnes som et nøytralt medium, men som et kraftfullt virkemiddel i seg selv (Krauss og Morsella 2006:144-145). Språklige studier, slik de gjennomføres innenfor lingvistiske tilnæringer, er typisk kjennetegnet ved at man studerer inngående ordvekslinger og oppbygninger av setninger og samtaler. Dette krever imidlertid at man har utskrifter av språklige vekslinger av den kommunikasjonen man ønsker å studere.

Siden det finnes liten grad av observasjoner av meklingsprosesser, impliserer dette også at det finnes lite grunnlag for slike lingvistiske studier av meklingsprosessen. Dette betyr imidlertid ikke at kommunikasjonmessige perspektiv ikke er foreslått som et viktig bidrag til meklingsprosessen. Folger og Jones (1994:xi) foreslo nettopp slike studier av meklingsprosessen, fordi det gir mulighet for en mikroanalyse av verbale og nonverbale sammenhenger. Donohue, Allen og Burrell (1988) observerte 20 skilsmissemeklinger og utviklet på denne bakgrunn begrepet ”communicative competence” for meklere. Meklere med høy grad av kommunikativ kompetanse klarte å styre partenes kommunikasjon på en slik måte at ikke konfliktnivået steg, og disse meklerne grep typisk inn når partene begynte å angripe hverandre. Utover dette har det imidlertid vært primært teoretiske bidrag som forslag til hvordan kommunikasjonmessige tilnæringer kan være nyttige i en meklingsammenheng.

Putnam (2004) viser, ut fra et konfliktteoretisk perspektiv, hvordan ulike språklige tilnæringer kan tenkes å løse opp i konflikter. Det å gå fra det konkrete til det abstrakte, eller fra det bokstavelige til det symbolske, blir for eksempel nevnt som teknikker som kan være nyttige å bruke. Metaforer kan defineres som et språklig bilde, og er derfor et

eksempel på en teknikk som ut fra dette kan tenkes å bidra til å redusere konfliktnivå. Jameson, Bodtker og Jones (2006) utforsker, også teoretisk, hvordan ulike metaforer for å beskrive følelser kan ha implikasjoner for hvordan disse følelsene i praksis kan håndteres. Konkrete studier av meklernes faktiske metaforer i ulike meklingsordninger har imidlertid ikke blitt gjennomført, så vidt meg bekjent. Krauss og Morsella (2006:144-145) hevder at kommunikasjonsmessige tilnærminger har blitt forsømt i konfliktforskningen, kanskje fordi at språket blir sett på som et nøytralt medium heller enn et sentralt virkemiddel for meklere.

Et viktig bidrag ved kommunikasjon er at man kan utvikle forståelse gjennom språket. Samtidig er det viktig å ha med seg at kommunikasjon i seg selv ikke nødvendigvis er en positiv ting. Det at man kommuniserer kan også bidra til at konfliktnivå og hat øker (Krauss og Morsella 2006:156). Språket blir imidlertid en del av prosessen, og vil påvirke denne konstant. Det er derfor interessant å utforske betydningen som språket har for selve prosessen.

Innenfor språkvitenskapen har forskning på metaforer lange tradisjoner. En egen teoretisk retning, den kognitivt lingvistiske tilnærmingen, beskriver metaforer som en sentral del ved vår måte å tenke på (Lakoff og Johnson 1980; 2003). Innenfor det som kalles for den konseptuelle metafor-teorien utgjør metaforene en helt sentral del av våre kognitive strukturer, og metaforene påvirker hvordan vi definerer, strukturerer og opplever verden (Lakoff 1993). Siden metaforene er en helt sentral del av vårt språk, er det rimelig å anta at metaforene også er utbredt i meklernes språk. På bakgrunn av dette vil jeg fremsette følgende to forskningsspørsmål: 1b): *Hva kjennetegner rettsmeklernes språkbruk i norske rettsmeklinger?* Og 2a) *Hvordan påvirker rettsmeklernes språkbruk partene i rettsmeklingsprosessen?*

3.4. Prosedyrevalg

I dette kapitlet vil jeg utlede de to siste forskningsspørsmålene, nemlig 1c) og 2b): 1c): *Hva kjennetegner meklernes prosedyrevalg i norske rettsmeklinger?* og 2b): *Hvordan påvirker meklernes prosedyrevalg partene og rettsmeklingsprosessen?*

I forrige delkapittel har jeg fokusert på meklernes språkbruk, hva som kjennetegner språkbruken i norske rettsmeklinger, og hvordan ulike språklige tilnærminger kan ha betydning for meklingsprosessen. Språk kan deles i innhold og form. Innholdet er *hva*

som sies, og formen innebærer *hvordan* ting sies (Rosenberg 2003). Det er åpenbart at direkte kommunikasjon mellom parter, og indirekte kommunikasjon, via en tredjepart, vil ha forskjellige uttrykk, fordi språket vil preges av den som faktisk kommuniserer. Nettopp derfor er det i mange sammenhenger en fordel at mekleren fungerer som en oversetter mellom partene, særlig når konfliktnivået er høyt (Kressel 2006). I meklingsforskningen har også det å skille partene fysisk fra hverandre blitt trukket frem som et svært viktig hjelpemiddel, blant annet for å få fremdrift i meklingsprosessen (Welton m.fl. 1988). Ekstremvarianten ”shuttle diplomacy” innebærer at partene ikke får snakke sammen direkte i det hele tatt, og at mekleren står for all kommunikasjonen mellom partene (Brahm og Burgess 2003). I fredsforhandlingene på Camp David er for eksempel begrepet (og teknikken) brukt, der president Carter ”skyttet” mellom lederne i Israel og Egypt, etter at de direkte forhandlingene brøt sammen. I meklingsforskningen er det imidlertid vanlig å kalle disse ulike møteformene for særmøter (”caucus”) og fellesmøter (se for eksempel Pruitt og Carnevale 1993).

Den første store studien av særmøter ble gjennomført av Welton m.fl. (1988). Totalt ble 51 meklinger i amerikanske konfliktråd observert og tatt opp på bånd. Forutsetningen for å inkludere meklingsene i studien var at mekleren hadde brukt både særmøter og fellesmøter i prosessen. I studien fant man at parter var mindre fiendtlige, gav mer informasjon og foreslo flere løsninger i særmøter enn det partene gjorde i fellesmøter. Særmøtene var også en mulighet for partene til å ”blåse ut” (”venting”). Samtidig fant man også at partene prøvde å sverte hverandre, og at de prøvde å overbevise mekleren om at motparten hadde en dårlig sak. Det avdekket derfor en mulighet for manipulering av mekler i særmøtene. Videre fant man at meklerne i større grad spurte etter ny informasjon og utfordret partene til å komme opp med nye alternativer i særmøter enn de gjorde i fellesmøter. I tillegg fant man at meklerne var mindre upartiske i de separate møtene, og generelt sett viste de mer medfølelse med den parten som hadde krevd meklings. Konklusjonen er imidlertid at særmøtene synes å være et viktig bidrag for å avdekke de underliggende konfliktene og legge til rette for problemløsning gjennom bruk av særmøtene. Pruitt, McGillicuddy, Welton og Fry (1989) rapporterte, på bakgrunn av den samme studien, at 35 % av tiden ble brukt i særmøter, mens 65 % ble brukt i fellesmøter.

Den samme studien blir også brukt som utgangspunkt for videre utforskning av særmøtene, men da er utvalget utvidet til 71 meklinger, og det er også inkludert intervjuer

av meklerne. Welton, Pruitt, McGillicuddy, Ippolito og Zubek (1992) finner i denne utvidete studien at omfanget av særmøtene ikke ble funnet å ha noen betydning for om det ble inngått en avtale, eller for *kvaliteten* på avtalen. I denne studien finner Welton m. fl. også at meklerne valgte å bruke særmøtene dersom partene hadde et høyt konfliktnivå mellom seg, når de var fiendtlige mot hverandre i fellesmøtene, eller dersom de ikke evnet å løse problemer i fellesskap i fellesmøtene. Pruitt m.fl. (1993) bruker igjen samme studie som utgangspunkt for å undersøke hvilke faktorer som parter vurderer som sentrale når man skal vurdere om meklingsprosessen var vellykket eller ikke. De fant, gjennom en rekke telefonintervjuer med partene åtte måneder etter meklingsprosessen, at behandlingen de hadde fått av mekler underveis i prosessen ble vurdert som å være viktigere enn selve kvaliteten på utfallet i seg selv. Deres resultater støtter teori om prosedyremessig rettferdighet, og understreker betydningen av meklers håndtering av partene underveis i meklingsprosessen.

Etter alle artiklene som på forskjellige måter tok utgangspunkt i studien til Welton m.fl. (1988), blir det, så vidt meg bekjent, ikke gjennomført flere slike store studier før Swaab og Brett (2007) presenterer sine funn fra en stor studie av særmøter der spørreskjema utfyllt av meklere fra 1381 nederlandske meklingsmøter blir analysert. Formålet deres var å finne ut hvordan særmøtene kunne bidra til suksessfulle meklingsprosesser (ibid:5). Swaab og Brett (2007) finner få, konkrete effekter av særmøtene. Hovedfunnet deres er at særmøter som brukes *i forkant* av det første fellesmøtet med partene kan føre til at konfliktnivået mellom partene reduseres og at kvaliteten i avtalen økes, men dette er betinget av at det i særmøtene utføres tillitsskapende aktiviteter, og at det *ikke* fokuseres på potensielle løsninger. Dersom løsninger diskuteres på dette stadiet, så er det indikasjoner på at konfliktnivået mellom partene øker i den videre prosessen. Swaab og Brett (2007) spekulerer imidlertid på grunnen til at det avdekkes såpass lite effekter av særmøtene, som i utgangspunktet finnes i alle stadier av meklingsprosessen. Deres mulige forklaring er at særmøtene kanskje brukes mer på bakgrunn av vane enn på grunn av behovsprøving. En slik konsistent måte å anvende andre meklingsstiltønmøter på, er avdekket i en rekke studier (Kolb 1983; Kressel m.fl. 1994; Rognes og Sky 2003). I artikkel 5 beskriver jeg hvordan den ny-institusjonelle organisasjonsteorien bruker begrepet ”rasjonelle myter” om aktiviteter som brukes av gammel vane, og uten hensiktsmessighetsvurderinger knyttet til dem. Jeg viser derfor til artikkel 5 for en grundigere gjennomgang av dette, men vil hevde at den ny-institusjonelle

organisasjonsteorien kan bidra med forklaringer til hvorfor teknikker blir utbredt på en slik måte som det refereres til her.

Det primære fokuset på prosedyrevalg innenfor det som kan kalles for en avtalefokusert meklingsstilnærming, har nettopp vært på særmøtene. Fellesmøtene blir i liten grad brukt som utgangspunkt for forskning. I forhandlingsforskningen har det i de senere år blitt et større fokus på betydningen det har for forhandlere å møtes direkte, slik at man kan utvikle en forståelse for motpartens ønsker og behov, og slik at man faktisk kan bli kjent. Fisher og Shapiro (2005) illustrerer for eksempel gjennom casestudier den sentrale betydningen det hadde i grensekonflikten mellom Ecuador og Peru at presidentene for de to landene kunne møtes og utvikle en god tone slik at de *sammen* kunne utvikle potensielle løsninger i konflikten. Ett av hovedpoengene i den transformative meklingsstilnærmingen er nettopp at partene skal være de sentrale aktørene, og at *relasjonen* mellom dem skal være meklersens fokus, slik at de selv kan bli myndiggjort og få muligheter til å løse konflikter på egen hånd (Bush og Folger 2005). I den narrative meklingsstilnærmingen er også det at partene møtes helt avgjørende, siden det er den felles utviklingen av historier som er formålet med meklingsprosessene.

I norsk rettsmeklingsammenheng blir ofte særmøtene benevnet som det som er spesielt med meklingsordningen. Austbø og Engebretsen (2006:96) kaller for eksempel særmøtene for en *hovedmotor* i rettsmeklingsprosessen. Særmøtene bryter også med det kontradiktoriske prinsipp, som er et grunnleggende prinsipp i norske domstoler, som går ut på at partene alltid skal ha full innsyn i hva motparten anfører. Siden særmøtene representerer et brudd på ”vanlig” domstolspraksis, er det kanskje naturlig at disse møtene får mye fokus. I evalueringen av prøveordningen med rettsmekling blir også særmøtene trukket frem som et svært nyttig hjelpemiddel, både fra meklere og parter. På bakgrunn av den internasjonale forskningen ser vi imidlertid at særmøtene har både klare fordeler, men at det også finnes flere utfordringer, for eksempel at partene mister muligheten for direkte kommunikasjon, og at den direkte samtalen kan ha flere fordeler for de involverte partene. Samtidig indikerer flere studier at kanskje både særmøtene og andre meklingsstilnæringer blir brukt uten at det i utstrakt grad knyttes hensiktsmessighetsvurderinger til de enkelte teknikker. På denne bakgrunn blir det interessant å utforske i nærmere detalj hvordan prosedyrevalgene foregår i norske rettsmeklinger, og det blir samtidig interessant å utforske om det er slik at man kan finne

indikasjoner på hvilken betydning de ulike prosedyrevalgene kan ha for meklingsprosessen. På bakgrunn av dette vil jeg fremsette de to siste forskningsspørsmålene som skal besvares i dette avhandlingsarbeidet, og det er 1c): *Hva kjennetegner rettsmekleres prosedyrevalg i norske rettsmeklinger?* Og endelig 2b): *Hvordan påvirker rettsmekleres prosedyrevalg rettsmeklingsprosessen?*

Oppsummering

Bakgrunnen for de to overordnede forskningsspørsmålene, og de fem delspørsmålene er utledet i dette kapitlet. Mekleratferd i den innledende fasen av meklingsprosessen, meklernes språkbruk og særmøtene er de sentrale fenomenene som utforskes i denne avhandlingen. I neste delkapittel vil jeg gi en kort oversikt over faktorer som i meklingslitteraturen blir beskrevet å påvirke mekleratferd. Dette vil kunne bidra til å utvikle forståelse for hvordan mekleratferd i norske domstoler kan påvirkes, men det kan også forklare hvorfor mekleratferden har blitt slik den er i norske rettsmeklinger.

3.5. Faktorer som påvirker mekleratferd

Wall m.fl. (2001) beskriver følgende tre faktorer som påvirker mekleratferd: (1) forhold i omgivelsene, (2) meklere selv og (3) partene i meklingsprosessen. I denne avhandlingen er det nettopp mekleratferd som er fokus, og det er derfor viktig med en kort oversikt over hva som kan tenkes å påvirke mekleratferd helt generelt. Jeg vil gå kort gjennom de tre punktene, og avslutningsvis oppsummere med hvordan dette kan relateres til min studie.

(1) Forhold i omgivelsene: Omgivelser kan generelt sees på som alt det som finnes rundt oss. I denne sammenhengen vil jeg først se på *kultur*, deretter ulike *sammenhenger* som det mekles i, og avslutningsvis vil jeg se på etiske rammer for meklingen. Alt dette regnes som elementer i omgivelsene våre.

Wall m.fl. (2001) regner kultur som den mest dominerende påvirkningen på mekleratferd. Særlig finnes det et skille mellom meklere fra Vesten og Østen, der vestlige meklere synes å legge mindre press på partene enn det som er vanlig i Østen. Wall og Blum (1991) gjennomførte en omfattende studie, der konfliktrådsmekling i Kina ble sammenliknet med konfliktrådsmekling i USA. Sentrale funn var for det første at konflikttypene som det ble meklet i var svært forskjellige mellom disse to landene, der konfliktene i Kina var av mye mer privat karakter enn de tradisjonelle tvistesakene i USA, og for det andre viste det seg

at de kinesiske meklerne brukte mer makt og pedagogiske tilnærminger enn de amerikanske meklerne gjorde. ”Mekleren vet best” er et sentralt utgangspunkt i Kina, og formålet med meklingene er å innføre harmoni, ikke bare mellom partene, men i samfunnet generelt. Kultur synes derfor å ha en sentral påvirkning på hvilke konflikter det mekles i, hvilke teknikker som er utbredt, og hva formålet med meklingen er. For denne avhandlingens formål kunne man tenke seg at det ble utforsket om og hvordan kulturelle forskjeller mellom det amerikanske og norske samfunnet påvirket mekleratferden som finnes i domstolene i de respektive land. Jeg har imidlertid ikke valgt å fokusere på kulturelle aspekter i denne studien.

Omgivelser vil imidlertid også typisk være *kontekst*, det vil si den sammenheng det mekles i. Welsh (2005) beskriver hvordan mekling i domstolene i amerikansk sammenheng skiller seg fra mekling i det amerikanske postsystemet. I domstolene er det indikasjoner på at meklingen er i ferd med å bli en ordning der partene får en mer tilbaketrukket rolle, og at det er de juridiske behovene som i større grad tilfredsstilles enn partenes behov (Welsh 2001), selv om dette også utfordres i andre studier (Macfarlane 2002). I det amerikanske postsystemet ble det innført en meklingsordning i 1994, der meklerne ble opplært i den transformativ meklingstankegangen, og der formålet med meklingen var å forbedre kommunikasjonen mellom medarbeiderne, utvikle konflikthåndteringskompetansen til de ansatte og håndtere diskriminerings saker. Studier viste at arbeidsmiljøet ble bedre, og at det ble færre formelle klagesaker knyttet til mobbing og diskriminering etter programmet ble innført (Bingham og Novac 2001). Welsh (2005) beskriver kontekst (domstoler eller postsystem) og opplæring som elementer av omgivelsene. I denne avhandlingen er det nettopp domstolene som er rammene for studien, og på bakgrunn av studier fra en amerikansk kontekst kan man derfor forvente at meklere i domstolene vil bli påvirket av de rettslige rammene. Jeg vil imidlertid diskutere opplæring i mer utførlig grad i punkt 2 under.

Etiske rammer for mekleratferd kan også defineres som en sentral del av omgivelsene. Det er påfallende lite fokus i meklingsforskningen på etiske utfordringer knyttet til meklingspraksis. Honoroff og Opatow (2007) utfordrer hvordan etiske retningslinjer blir utformet i USA, og hevder at meklerne i større grad enn partene vernes gjennom prinsippene som er utviklet. Disse forskerne hevder at etiske retningslinjer burde utvikles med utgangspunkt i partenes behov, og ikke fra et ”ovenfra-ned” perspektiv, som

medfører at de etiske retningslinjene fokuserer på abstrakte prinsipper heller enn konkrete aspekter ved de enkelte konflikter. Andre studier utforsker konkrete etiske aspekter ved mekleratferd, for eksempel knyttet til meklerens ”nøytralitet” (Astor 2007). En helt ny artikkel inviterer til debatt rundt disse utfordringene (Wing 2009), særlig knyttet til meklerens nøytralitet og partenes selvbestemmelsesrett i meklinger. Det er nok på høy tid at denne debatten blir av mer sentral karakter innenfor feltet, og jeg diskuterer dette i kapittel 11, der relatert til en debatt om hvordan partenes rettssikkerhet kan trues ved mangelfulle krav til rettsmekleres atferd. Det vi vet er at det er stor forskjell mellom ulike land, der noen har krav til etiske retningslinjer for meklere, mens andre, deriblant Norge, ikke har dette enda.³⁰ I USA er det stor variasjon i forhold til om det er slike regler, og hvilken karakter de har (Welsh 2005). Mangelen på slike rammer i norsk sammenheng gjør at grensene for hva som er forsvarlig atferd blir et spørsmål som hver enkelt mekler i prinsippet må ta stilling til selv.

Rammene for mekleratferd synes å ha sentral betydning for mekleratferden. I neste punkt skal jeg beskrive hvordan egenskaper ved mekleren selv har blitt utforsket i forskningen. Jeg vil konkret beskrive utdanning og meklerens personlighet.

(2) Mekleren selv: I meklingslitteraturen er det en debatt knyttet til om det skal eller bør være obligatorisk opplæring for meklere (se for eksempel Beck og Frost 2007). Noen studier finner at meklingsopplæring ofte *ikke* inkluderer en teoribasert opplæring, men at man i hovedsak bygger på erfarne meklere som forteller om *sine egne* erfaringer, og som dermed undervisningen bygges rundt (Macfarlane og Mayer 2005). Nyere artikler fokuserer på at rollespill og praksis har viktig betydning i meklerutdanninger (Hardy 2009). En diskusjon i meklingslitteraturen knytter seg til utfordringen som det ofte er med å overføre kunnskap mellom praktikere og teoretikere, og hvordan kommunikasjonen mellom disse gruppene kan forbedres (se for eksempel Coleman og Marcus 2006:876-877; Hansen 2008; Susskind og Susskind 2008). Debatten om opplæring er derfor svært viktig i meklingsammenheng, og dette har jeg også diskutert inngående i kapittel 1.14. i appendiks. Studier finner også tydelige effekter av opplæring, der meklings i den amerikanske postindustrien er et godt eksempel på dette (se Welsh 2005). Gjennom systematisk opplæring synes det å se ut for at meklerne kan påvirkes til å utøve ønsket atferd. I post-eksemplet er det også konkretisert at meklingsordningen

³⁰ I appendiks kapittel 1.10. beskriver jeg forskjeller som finnes mellom Norge og Danmark på dette feltet.

hadde helt klare mål, som nettopp var å bedre kommunikasjon osv., og der avtalene *skulle* være underordnet i meklingsprosessen. Det synes derfor å være slik at man kan påvirke atferden som utøves innenfor ulike meklingsordninger ved å fokusere på mål, men også ved å jobbe målrettet med opplæring av meklerne.

Kjønnsforskjeller mellom meklere har også blitt utforsket innenfor meklingsforskningen, men foreløpig i svært liten grad. I 2007 utførte Jameson en meta-analyse av kjønnsforskningen knyttet til meklingsprosessen, og inkluderte kun fem artikler i denne analysen, etter søk i ulike databaser etter artikler publisert mellom 1967-2007. Hun fant at mannlige meklere ble oppfattet mer positivt enn kvinnelige meklere, og at dermed parter i konflikt syntes å foretrekke mannlige meklere. I en artikkel fra 1988 (som er inkludert i meta-analysen til Jameson) ble det gjort en analyse av "kontroll over prosessen" og kjønn, og konklusjonen var at partene oppfattet at de mannlige meklerne hadde mer kontroll over prosessen enn det de kvinnelige meklerne hadde (Burrell, Donohue og Allen 1988). Wall og Dewhurst (2007) analyserer kommunikasjonsmessige forskjeller mellom kvinnelige og mannlige meklere, på bakgrunn av video-opptak av meklingsprosesser, og fant en forskjell mellom type kommunikasjon; menn var mer kontrollende i sine formuleringer, mens kvinnene var mer opptatt av klargjøring. Mannlige meklere snakket mer når begge partene var menn, enn når det var en part av hvert kjønn – og det samme mønsteret ble funnet når kvinner meklet mellom to kvinnelige parter. Som denne korte oversikten viser, så er det lite konsistente funn knyttet til meklingsprosessen og kjønn. Det kan se ut for at mannlige meklere oppfattes å ha større grad av kontroll og disiplin enn kvinnelige meklere, men det må kunne konkluderes med at kjønnsdimensjonen i meklingsforskningen er lite utforsket til nå, og bidrar ikke med noe særlig konkret til dette prosjektet.

Den siste dimensjonen som kan kommenteres kort, er betydningen av meklers personlighet. I forskningen er det imidlertid ikke så stort fokus på dette, kanskje fordi dette er svært utfordrende å teste betydningen av i konkrete meklingsprosesser. I en artikkel tilbake til 2000, drøfter Bowling og Hoffman betydningen av meklers personlige egenskaper. De beskriver hvordan ulike mennesker varierer i forhold til hvordan de påvirker andre mennesker når de kommer inn i et rom, og hevder at en viktig egenskap ved mekleren er at denne evner å bringe en fred i rommet: "Bringing peace into the room". Så vidt meg bekjent er ikke effekter av meklernes personlige egenskaper

utforsket gjennom empiriske studier, og her kan det være rom for videre utforskning. I praktikerfremstillinger blir nettopp meklernes personlighet fremhevet som et svært viktig aspekt ved meklere når disse skal velges ut (Austbø og Engebretsen 2006:171). Selv om det er vanskelig å måle konkrete effekter av personlighet, så er det likevel klart at det å være mekler i domstolene bør være frivillig blant dommerne, og at de som føler seg ukomfortable med meklings situasjonen antakelig ikke bør tvinges til å utføre meklingsoppgaver.

(3) Partene: Noen studier har også i senere tid begynt å utforske betydningen som *partene* selv har i meklingsprosessen. Wall og Chan-Serafin (2009) finner på bakgrunn av en stor studie, som blant annet observerer meklinger i amerikanske domstoler, at meklernes atferd *ikke* ble funnet å ha noen særlig betydning for hvilke utfall som ble oppnådd, men at partenes atferd var primært avgjørende for hvordan prosessene utviklet seg. En av deres mest sentrale implikasjoner er derfor at fremtidige studier skal fokusere på *partenes* betydning for prosessen. Poitras (2007) utforsker gjennom en kvantitativ studie av meklingsprosessen hvilken betydning det har at partene innrømmer ansvar for at det har oppstått en konflikt, og han finner at i de tilfellene begge parter innrømmer at de har et ansvar for situasjonen, så bidrar dette positivt til et samarbeid i etterkant av meklingen, mens der kun den ene parten innrømmer et ansvar, så har dette en negativ effekt på mulig samarbeid. Endelig rapporteres det i en studie fra 2009 (Poitras, Stimec og Roberge) hvordan advokater kan bidra til å påvirke meklingsprosessen. Resultatene fra studien indikerer at i de tilfellene partene er representert ved en advokat, så er de mindre tilfredse med mekleren enn de partene som møter uten advokat. Det er også indikasjoner på at når det er advokater til stede så reduseres sjansene for at partene forsones enn dersom advokatene ikke er til stede. Teoretisk har også Riskin (2005) inkludert parter og advokater som sentrale i sine modeller for betydningen av hvilken atferdsmessig tilnærming som mekleren velger å bruke i meklings situasjoner.

3.6. Avgrensninger

I litteraturgjennomgangen har jeg valgt å ikke inkludere forskning fra følgende tre meklings situasjoner: Mekling i internasjonale konflikter, Mekling i strafferettslige konflikter og meklings via internett ("OnlineDisputeResolution"). Alle disse meklings typene avviker fra meklings i domstolene, i vesentlig grad. Det er grunn til å anta at mekleratferden vil kunne påvirkes av særpregene ved de enkelte situasjonene. I

internasjonale konfliktsituasjoner er det svært ofte konflikter som kommer av ulike verdier, kulturer og holdninger. Slike konflikter krever en spesiell type tilnærming, der et fokus på langsiktig dialog og langstrakte løsningsprosesser er sentralt (Coleman 2006). Ofte er det også krig eller voldelige handlinger som utløser behovet for mekling. Det stilles særlige krav til meklere i slike situasjoner, og jeg vil ikke gå inn videre på dette her. I strafferettslige konflikter mekles det ut fra et annet prinsipp enn avtalefokusert mekling, som typisk da er utgangspunktet i de sivile sakene som mekles i domstolene. Mekling i straffesaker omtales som ”restorative justice” eller gjenopprettende rett, det vil si at et viktig formål med meklingen er at partene skal oppnå forsoning (Umbreit 1994). Disse meklingene foregår typisk mellom en skadeforvolder og en skadeforvoldt, for eksempel i voldssaker, voldtektssaker eller gjengoppgjør. Disse situasjonene stiller også helt spesielle krav til en mekler og dennes atferd. Denne typen forskning blir derfor også utelatt fra denne litteraturgjennomgangen. Endelig utelukker jeg forskning knyttet til mekling via multimedia, eller det som kalles ”online dispute resolution” (Raines 2006). Dette meklingstilbudet innebærer i hovedsak at man kan kjøpe en meklingstjeneste via internett, og typisk vil partene da ikke treffe verken hverandre eller mekleren i prosessen. Det er grunn til å anta at også dette vil kreve en mekleratferd som i utgangspunktet ikke er relevant for denne avhandlingens formål, og jeg har derfor heller ikke gått ytterligere inn på dette i denne sammenheng.

3.7. Oppsummering

I dette kapitlet har jeg gitt en oversikt over sentrale, teoretiske bidrag knyttet til mekleratferd fra meklingslitteraturen. Denne oversikten viser at mekleratferd har blitt klassifisert på ulike måter, men at det synes å være et skille mellom grupper meklere som fokuserer på sak/løsning på den ene siden og relasjon/behov på den andre siden. I tillegg synes det å variere hvor stor grad av makt som utøves i ulike meklings situasjoner. Det er imidlertid også klart at det finnes liten dokumentasjon, både internasjonalt og i norsk sammenheng, på den dynamikken som utspiller seg i ulike meklingsordninger. På den bakgrunn ønsker jeg å utforske hva som kjennetegner mekleratferd i norske rettsmeklinger og hvordan ulike atferdsvalg kan påvirke partene og/eller meklingsprosessen. Jeg har videre utledet fem mer konkrete forsknings spørsmål av de to overordnede spørsmålene. Endelig beskriver jeg hvordan andre forhold kan bidra til å påvirke mekleratferd generelt. Studier viser at både omgivelser, personlige egenskaper, opplæring og partene kan påvirke mekleratferden som utøves, og dette er sentral innsikt å

ha med seg når de ulike observerte atferdsvalgene i denne studien skal fortolkes og forstås. Avslutningsvis har jeg beskrevet hvilke avgrensninger jeg har gjort i litteraturgjennomgangen. I neste kapittel vil jeg gi en oversikt over de metodiske valg som er gjort i denne studien.

4.0. Metode

*“You can observe a lot by just watching”
Yogi Berra*

I dette kapitlet vil jeg gi en gjennomgang av de metodiske valgene som er tatt i denne avhandlingen. Først beskriver jeg (a) hvilke krav mine forskningsspørsmål stiller til et forskningsdesign, og deretter (b) forklarer jeg hvorfor et kvalitativt design passet best for i denne studien. Deretter beskriver jeg domstolskonteksten, som er rammene for de empiriske dataene til avhandlingen. Presentasjonen av datainnsamlingen er delt opp på følgende måte: En beskrivelse av (a) tilgangen til datamaterialet, (b) en oversikt over selve observasjonene, (c) beskrivelse av feltnotatene i studien, (d) en beskrivelse av ”the observers paradox” og (e) tidsrommet som dataene ble samlet inn i. Jeg beskriver videre hvordan jeg har bearbeidet og analysert dataene, og har spesifikt kommentert analyseprosessene som danner grunnlaget for de tre empiriske artiklene; (a) artikkel 1, (b) artikkel 4 og (c) artikkel 5, deretter har jeg beskrevet (d) hvordan selve utskrivningen av artiklene har foregått. Avslutningsvis drøfter jeg sentrale validitets- og reliabilitetsspørsmål i tilknytning til studien som er gjort.

4.1. Forskningsdesign

På bakgrunn av litteraturgjennomgangen som er gjort i kapittel 3 er de overordnede forskningsspørsmålene i denne avhandlingen: (1) *Hva kjennetegner mekleratferd i norske rettsmeklinger* og (2) *Hvordan påvirker norske rettsmekleres atferd partene og meklingsprosessen*. På denne bakgrunn kan det oppsummeres noen sentrale kriterier som det må tas hensyn til ved valg av egnet forskningsdesign for denne avhandlingens formål.

(a) Kriterier for design

På bakgrunn av mangelen på innsikt i faktiske meklingsprosesser, er det behov for et design som kan gi mulighet for dette. På bakgrunn av forskningsspørsmålenes utforskende og oppdagende karakter må tilgangen ivareta en mulighet for å utforske *hva som kjennetegner mekleratferden*, men også hvordan *interaksjonen* i meklingsprosessen foregår mellom de ulike aktørene, slik at det blir mulig å vurdere hvordan mekleratferden påvirker partene.

For å få innsikt i mekleratferd og betydningen som atferden har på partene og prosessene, kreves det en tilgang på meklingsprosesser, der alle de involverte partene tillater at det er en observatør til stede (mekler, parter og eventuelt advokater).

Vi vet fra meklingsforskningen at det er stor variasjon i mekleratferd, mellom ulike meklere, og at meklerne også ofte synes å være lite bevisst den mekleratferden de faktisk bruker (Kressel 2006). Det er derfor behov for en tilgang til *flere* meklingsprosesser, slik at det kan fanges variasjoner i mekleratferd, og slik at man kan bidra til å utvikle innsikt i slike sentrale variasjoner og sammenhenger i meklingsprosessen. Det er behov for ytterligere teoretisering av disse sammenhengene i meklingslitteraturen. I litteraturgjennomgangen i forrige kapittel illustreres variasjonene i mekleratferd særlig i kapittel 3.2. der jeg går gjennom ulike kategoriseringer av atferd som er gjort i meklingslitteraturen.

Oppsummert kan det stilles følgende krav til et egnet forskningsdesign for mitt formål: (1) det er behov for *tilgang* på *bele* meklingsprosesser for å kunne avdekke sentrale kjennetegn ved mekleratferd i norske rettsmeklinger, (2) det er behov for *tillatelse* fra de sentrale aktørene som deltar i prosessene, (3) det er behov for et design som gjør det mulig å fange variasjon *mellom* ulike meklere og (4) det er behov for et design som gir muligheter for å *utvikle* teori.

(b) Valg av design

På bakgrunn av dette var det åpenbart at et fleksibelt forskningsdesign passet best for denne studien, som man også kunne tilpasse etter hvert som man fikk eventuelt ny informasjon og innsikt i meklingsprosessen. Observasjoner av hele meklingsprosesser vil gi direkte, og førstehånds erfaring med prosessene jeg ønsket mer innsikt i. Jeg valgte derfor å gjennomføre en *observasjonsstudie* av meklinger (Miles og Huberman 1994:6), der jeg hadde en fullstendig observatørrolle, dvs. en observatørrolle der jeg ikke kommuniserte med parter og mekler underveis i meklingene.³¹ I tillegg vil det være muligheter for samtaler med mekler og/eller parter, før og/eller etter meklingene. Det er imidlertid også behov for tilgang på *flere* meklinger, og *flere* meklere, slik at jeg kan få frem

³¹ En deltakende observatørrolle vil ikke være hensiktsmessig, da måtte man i tilfelle brukt et aksjonsforskningsdesign, og jeg ville da blitt en del av selve meklingen.

maksimal variasjon, det vil si muligheter for å identifisere (1) unikheter i situasjonene og (2) felles mønstre på tvers av situasjonene.

Observasjoner av meklingsprosesser kan i prinsippet gjøres alle steder det foregår meklinger. Jeg hadde behov for en kontekst der det var en viss frekvens av meklinger. Det var også behov for en formalisert form for meklinger, slik at jeg hadde mulighet til på forhånd å få beskjed om når og hvor meklingen skulle foregå. Ideelt sett kunne jeg også tenke meg å studere meklinger i forskjellige kontekster, for på den måten å kanskje kunne oppnå en ytterligere forståelse for prosessen i seg selv. Domstolene pekte seg etter hvert ut som en egnet primærkontekst for en studie av mekleratferd og meklingsprosess. I det videre vil jeg gi en beskrivelse av kjennetegn som gjør denne konteksten så egnet.

4.2. Domstolskonteksten

Domstolene er en institusjon som har et velorganisert og utbredt meklingsstilbud, nemlig det som kalles rettsmekling. Høy tetthet av konflikter, og en institusjonalisert meklingsordning fikk domstolene til å fremstå som en veldig godt egnet kontekst for studier av meklingsprosesser. Oppsummert hadde domstolene følgende kjennetegn som gjorde dem spesielt egnet:

- 1) Et stort antall meklinger
- 2) En institusjonalisert meklingsordning
- 3) Mange meklere (potensielt de fleste dommere i Norge)
- 4) Meklerne har i hovedsak lik bakgrunn (jurister)
- 5) Stor variasjon i konfliktene som er til behandling
- 6) (Sannsynlig) tilgang

Alle disse grunnene gjorde det fornuftig å velge domstolene som primærkontekst for studien. På bakgrunn av ønsket om å utvikle en så god forståelse for prosessen som mulig, kontaktet jeg også Riksmeklingsmannens kontor mot slutten av prosjektet. Disse meklingsordningene har også en formalisert struktur, som gjør det enkelt å være med som observatør.

4.3. Datainnsamling

Jeg observerte 15 rettslige meklinger i norske domstoler. Jeg vil her gi en oversikt over hvordan dataene ble samlet inn.³² I dette kapitlet vil jeg først beskrive (a) tilgangen til datamaterialet, deretter (b) selve observasjonene, så (c) feltnotatene, deretter (d) ”the observer’s paradox” og endelig (e) tidsrommet der observasjonene ble gjennomført.

(a) Tilgangen til datamaterialet

Innledningsvis i prosjektet kom jeg i kontakt med tre domstoler som drev med utstrakt meklingsvirksomhet, og som ønsket meg velkommen som observatør. Gjennom kurs og foredragsvirksomhet kom jeg også i kontakt med ytterligere to domstoler der jeg kunne observere meklinger. Kontorpersonalet ved de forskjellige domstolene sendte meg oversikter over meklinger som var aktuelle, og jeg tok kontakt med meklerne for avtaler de dagene det passet. I starten av prosjektet var det derfor ganske tilfeldig hvilke meklere og konflikttyper som ble observert. Underveis i prosessen valgte jeg imidlertid å følge noen utvalgte meklere flere ganger. De totalt 15 meklingene er gjennomført av til sammen 10 meklere.³³ I en eksplorativ studie kan man bruke innsikt som blir utviklet underveis til å for eksempel endre på utvalgskriteriene. Dette kalles for en fokusering av utvalget (Lincoln og Guba 1985). Noen av de mest erfarne meklerne opplevde jeg var mer fleksible i sine meklingsstiltønelser, enn de meklerne som hadde mindre erfaring, og jeg valgte derfor å følge noen av disse flere ganger.

I artikkel 5 om språklige bilder (kapittel 10) har jeg beskrevet at utvalget var betinget av tilgang på meklinger. Dette kalles for et opportunistisk utvalg, som innebærer at informantene selv må samtykke og være villige til å være med i undersøkelsen (Agar 1996). En fare med opportunistiske utvalg er det som kalles for selv-selektering. Man kan tenke seg at det bare er en viss ”type” meklere som ønsket å bli observert, eller at det kun i utvalgte konflikter ble gitt tilgang til prosessene. Dette ville i tilfelle gitt et skjevt bilde av hvordan meklinger faktisk foregår i norske domstoler, og hvilken atferd som typisk finnes der. I studier som dette, der det å få tilgang kanskje er den viktigste flaskehalsen i prosessen, bør det kontrolleres om sakene man har fått tilgang til er velegnet til studiens

³² Jeg observerte også to meklinger hos Riksmeklingsmannen, men disse meklingene er ikke brukt som en formell del av datagrunnlaget. Disse meklingene var nyttige å observere for å få innsikt i meklingsprosesser i andre sammenhenger enn domstolene.

³³ Her er det gjort en feil i artikkel 1. De første 13 meklingene ble meklet av 8 meklere – ikke 10, slik det står i artikkelen, s. 469.

formål, og at det ikke bare er et utvalg særmeklinger som danner grunnlaget for studien (Miles og Huberman 1994). I denne studien var det ikke meklerne selv som ”valgte seg ut” slik at faren for selvselektering er begrenset. Tilbakemeldingene fra domstolene var også overveiende positiv. Underveis i prosessen fikk jeg kun avslag i to meklinger, og det var begge saker av en meget spesiell karakter. Den ene meklingen var en konflikt mellom universitetsansatte, og man anså det ikke som heldig for sakens parter at meklingen da skulle observeres av en stipendiat. Den andre meklingen var en barnefordelingssak med svært høyt konfliktnivå. Av etiske grunner ønsket derfor den aktuelle mekleren ikke at det skulle være en observatør til stede. Avslagene som kom var derfor særdeles velbegrunnede, og utvalget synes derfor ikke å være preget av at det bare er en spesiell type konflikter som ble observert. Ingen parter nektet meg tilgang. Som vist i oversikten over meklingene i tabell 5 er det også stor variasjon i konfliktypene som ble observert. Jeg fikk også tildelt meklinger etter barneloven, totalt to stykker. Meklingene etter barneloven følger litt andre prosedyrer enn rettsmeklingene, slik at disse meklingene er tatt ut av analysen til artikkel 5 om særmøtene. Avslutningsvis her kan det også nevnes at gjennomsnittstallene for konfliktene som ble observert, er godt i samsvar med de generelle tallene for rettsmekling (Knoff 2001). Gjennomsnittlig tidsbruk i de observerte meklingene var 3,8 timer, mot cirka 3,5 timer generelt. Forliksprosenten var 73 %, mot cirka 70 % generelt (Mykland, Rognes, Sky, Hoddevik og Laskemoen 2009, jf. Knoff 2001).

Hos Riksmeklingsmannen fulgte jeg også to meklinger, en våren 2007 og en våren 2008. Dette er langt mer tidkrevende meklinger enn det de rettslige meklingene er. Den ene meklingen gikk over 14 timer (våren 2007), mens den andre gikk over tre dager (våren 2008). Meklingsprosessen har også her en mye mer fastlagt struktur gjennom lovverket enn det de rettslige meklingene har.³⁴ Disse meklingene gav meg innsikt i en type meklingsprosesser som var annerledes enn rettsmeklingene. Lønnsmeklinger har en fastere struktur, som er fastsatt i lovverket. Det er for eksempel beskrevet klare prosedyrer, og hvordan selve avtalen til slutt skal fremsettes. Disse meklingene er imidlertid ikke direkte inkludert i analysene til de ulike artiklene, men disse gav meg en forståelse for hvordan meklingsprosesser utøves i forskjellige sammenhenger.

³⁴ Se ”Lov om offentlige tjenestetvister”, lov av 18. Juli 1958, nr. 02, særlig §§ 8,9 og kapittel 4.

(b) Selve observasjonene

Totalt observerte jeg 15 rettslige meklinger: 13 rettsmeklinger og 2 rettslige meklinger etter barnelovens § 61, i forskjellige domstoler i Norge. I tabell 5 gis det en fortløpende oversikt over meklingene. Det er fulgt meklinger i fire tingretter og en lagmannsrett. Tingrettene har blitt nummerert fra 1-4. Det er fulgt ti forskjellige meklere; fem kvinnelige og fem mannlige. Disse er nummerert fra 1 til 10.

Tabell 4.1.: Oversikt over meklingene

Mekling	Domstolstype	Mekler	Sakstype	Utfall	Tid	Tidspunkt
1	Tingrett 1	Mekler 1: Mann	Avhendingssak, Erstatningsspørsmål knyttet til skjulte feil og mangler ved husoverdragelse	Forlik	5 t	Sept. 04
2	Lagmannsrett	Mekler 2: Mann	Erstatningssak etter feilbehandling på sykehus	Forlik	2 t	Sept. 04
3	Tingrett 2	Mekler 3: Kvinne	Avhendingssak, Erstatningsspørsmål knyttet til skjulte feil og mangler ved husoverdragelse	Brudd	3 t	Sept. 04
4	Tingrett 1	Mekler 1: Mann	Barnefordeling	Forlik	6 t	Sept. 04
5	Tingrett 1	Mekler 4: Kvinne	Sak etter naboloven, tvist om lovligheten av oppføringen av en garasje og ulemper knyttet til dette	Forlik	8 t	Sept. 04
6	Tingrett 3	Mekler 5: Mann	Twist om gyldighet av overføring av eiendom	Brudd	3 t	Okt. 04
7	Tingrett 2	Mekler 6: Kvinne	Oppsigelsessak og erstatning knyttet til dette	Forlik	2 t	Okt. 04
8	Tingrett 3	Mekler 5: Mann	Barnefordeling	Brudd	4 t	Okt. 04
9	Lagmannsrett	Mekler 2: Mann	Oppsigelsessak og erstatning knyttet til dette	Forlik	5 t	Okt. 04
10	Lagmannsrett	Mekler 2: Mann	Spørsmål om gyldighet av forkjøpsrett	Forlik	2,5 t	Nov. 04
11	Tingrett 3	Mekler 7: Kvinne	Avhendingssak, Erstatningsspørsmål knyttet til skjulte feil og mangler ved husoverdragelse	Brudd	2 t	Des. 04
12	Lagmannsrett	Mekler 8: Mann	Avhendingssak, Erstatningsspørsmål knyttet til skjulte feil og mangler ved husoverdragelse	Forlik	4 t	Juni 06
13	Lagmannsrett	Mekler 8: Mann	Personskadeerstatning	Forlik	4 t	Aug. 06
14	Tingrett 4	Mekler 9: Kvinne	Fordeling av verdier i etterkant av samlivsbrudd	Forlik	4 t	Nov. 06
15	Lagmannsrett	Mekler 10: Mann	Fordeling av verdier i etterkant av samlivsbrudd	Forlik	5 t	Mai 2007

I tillegg kommer de to meklingsene hos Riksmeklingsmannen. Disse to observasjonene ble gjennomført etter jeg var ferdig med datainnsamlingen i domstolene.

Tabell 4.2.: Oversikt over meklingsene hos Riksmeklingsmannen

Mekling	Type mekling	Mekler	Tema	Utfall	Tid	Tidspunkt
1	Lønnsmekling	Riksmeklingsmann 1	Mellomoppgjør	Forlik	14 t	Mai 07
2	Lønnsmekling	Riksmeklingsmann 2	Hovedoppgjør	Brudd	3 dager	Mai 08

(c) Feltnotatene

I feltarbeidet får man en mulighet til å nedtegne fritt det informantene sier, uten at de er ledet i noen retning slik de blir det i intervjuer (Fangen 2004). Jeg ønsket en innsikt i hele meklingsprosessen, slik at jeg kunne utforske mekleratferden og partenes reaksjoner i prosessene. Jeg ba derfor om tillatelse til å bruke båndopptaker under meklingsene. Dette ble avslått fra domstolene, kanskje naturlig nok. Det er en påkjenning for parter å være del av en rettslig konflikt, og det å skulle bli tatt opp på bånd mente man ville være en ekstra påkjenning, som det ikke var ønskelig å påføre dem. Jeg ble derfor avhengig av å ta notater underveis. Dette førte til at jeg var årvåken under observasjonene, og var svært fokusert på å få med meg alt det som skjedde underveis i meklingsene. I praksis ble jeg med i meklingsene og introdusert av mekler, vanligvis før meklingsen startet. Jeg fikk da en plass, enten ved meklingsbordet, eller litt lenger unna partene og mekler, der jeg noterte ned så mye jeg klarte av dialogene mellom aktørene i meklingsen. En god beskrivelse kjennetegnes ved at man tillater en leser å tre inn i situasjonen og forstå hva som skjedde der (Fangen 2004). Poenget er også å gi gode beskrivelser, snarere enn å gi vurderinger av situasjonene (Patton 1990).

Etter hver enkelt mekling satt jeg igjen med mye håndskrevne notater. Senest en dag eller to etter meklingsene var observert, skrev jeg notatene ned på PC. Da var notatene selvsagt hovedkilden, men jeg kunne også fylle ut steder der jeg kun hadde forkortelser eller liknende. Dette gav meg totalt sett veldig grundige notater og beskrivelser av de verbale ordvekslingene mellom partene.³⁵ I noen grad kompletterte jeg også med informasjon om partene for eksempel hadde vært spesielt sinte, eller kommet med utbrudd av noen slag. Frøystad (2003) poengterer hvor viktig det er med gode rutiner for feltarbeid, for å sikre et så godt etterprøvbart datamateriale som mulig. Som illustrasjon har jeg klippet inn et

³⁵ Jeg har typisk 10 til 14 A4 sider med skriftstørrelse 12 og linjeavstand 1,5 fra hver mekling.

utdrag fra mekling 2 her, som er et godt eksempel på detaljnivået i de transkriberte meklingene:

Mekler; Mitt navn er x, jeg har jobbet mye med rettsmekling, og jeg vil starte med å fortelle litt om det, men først vil jeg at dere skal rotere slik at jeg får partene nærmest.

Vi som dommere ser at noen saker er av en slik karakter at vi bør spør partene om de kan komme frem til en løsning som de kan leve med, alternativet er å kjøre en vanlig rettsprosess med dommere, bevisførsel og fastsettelse av en dom. Vi har mange saker og stort press her i x-rett, og går saken videre til hovedforhandling vil det kunne ta opp til et år før saken kommer opp. Fordelen med å være her er at vi administrerer oss selv, det er et tilbud om å bli ferdig med saken, + at vi prøver å løsrive oss fra de juridiske posisjonene våre. Dere vil heller ikke få vite av meg hva en evt dom vil kunne bli.

Vi prøver heller her å få til en løsning som er mer basert på deres interesser og behov, vi inviterer dere derfor til å tenke mer løsnings og interessmessig orientert. Når det gjelder kostnader er det også svært dyrt med en hovedforhandling. Vi mekler i mange ulike saker; feks, tingsrett, barnesaker, pengesaker osv, hvor stort spillerom vi har varierer fra sak til sak.

Denne saken vi skal behandle her i dag er en spesiell sak, og hvor mye det er å mekle om her får jeg få vite av partene etterhvert. Det blir spennende å få høre hva det her er snakk om og hva konflikten egentlig dreier seg om, er det kun et pengebeløp, eller er det andre underliggende interesser her, feks en aksept eller unnskyldning fra den andre part. Husk at konflikter ofte handler om andre ting enn det som synes åpenbart ut fra posisjonene.

Jeg vil be om at dere har en positiv innstilling, jeg regner med at dere ønsker en løsning på dette, selv om meklingen kan trekke litt ut. Jeg vil også orientere om at Solfrid Mykland er med som observatør under meklingen, hun holder på med et doktorgradsarbeid ved NHH om mekling, hun har selvfølgelig taushetsplikt fra det hun hører her.

Det finnes noen spilleregler for denne prosessen;

- hvis det ikke kommer til enighet vil nye dommere ta over saken i en hovedforhandling
- det forutsettes at det som kommer frem her i dag er konfidensielt, jeg kan ikke diskutere denne saken med dommerne som evt skal ta over
- jeg vil stort sett snakke separat med dere
- hvis det er noe dere forteller meg som dere ikke vil at motparten skal få vite må dere si fra om det, hvis ikke føler jeg meg fri til å formidle det som anføres

Jeg har også lest dokumentene som ligger her, både dom, anke og tilsvaer. Jeg anser det for å være en oversiktelig sak når det gjelder faktum. Jeg ser derfor ikke noen grunn til en ny presentasjon av faktum i plenum. Jeg vil starte denne saken med å snakke med saksøker, i mellomtiden må saksøkte gå på gangen, det er beklagelig at vi bare har et meklingsrom, egentlig var det jeg som skulle gått i mellom rommene her, men nå er det dessverre dere som må gå ut og inn.

Saksøkte og advokat ut på gangen, ca 1030

Mekler; Jeg forstår at dette er en sak som har bakgrunn i behandling fra x sykehus. Jeg ser at du skulle ha to operasjoner i ankene, det er klart hva som skjedde, men kan du fortelle litt om bakgrunnen for dette?

Dette utdraget er representativt for utskriftene av de 15 meklingene. Detaljnivået er så høyt at man også kan foreta språklige analyser av utskriftene.

Meklingene hos riksmeklingsmannen har jeg dokumentert i notatform. De er ikke transkribert slik de rettslige meklingene ble det, siden formålet var å lære, ikke å bruke dem som del av selve datagrunnlaget.

(d) ”The observer’s paradox”

En viktig utfordring i studier der man er fullstendig observatør er det som kalles for ”the observer’s paradox”, eller observatørens paradoks (Seligmann 2005:234). Når mennesker studerer (observerer) andre mennesker i sosiale kontekster, så påvirker observatøren

sannsynligvis de observerte i forskjellig grad. I mitt prosjekt er utfordringen knyttet til påvirkning fra min rolle som observatør, selvsagt viktig å nevne i tilknytning til studien som er gjort. Man kan for eksempel tenke seg at meklerne anstrenger seg for å mekle ”best mulig”, eller at partene anstrenger seg for å fremstå best mulig. Innledningsvis i hver enkelt mekling ble jeg introdusert som forsker, og partene visste at handlingen i meklingen ville være gjenstand for et forskningsprosjekt (se over i utdraget fra mekling 2). Jeg møtte alltid med mekleren før selve meklingene for en uformell prat. Vi fikk avklart hva mitt formål med observasjonene var. Flere av meklerne uttrykte at de hadde vært bekymret for å bli observert før de møtte meg. De hevdet også at det var klargjørende med informasjon om formålet mitt med å være der, og at de fikk vite at mitt formål ikke var å evaluere dem, men heller få en innsikt i hva de faktisk gjorde i meklingene. Meklere generelt og dommere spesielt er også vant med å bli observert når de utfører jobben sin. Opplæringen av nye meklere skjer imidlertid typisk ved at nye meklere observerer mer erfarne meklere. Noen ganger er det også naturlig at en psykolog er med under meklingene. Ordinære domstolsbehandlinger er åpne for allmennheten, slik at da kan det være både publikum og media til stede. Selv om meklerne, særlig som dommere, er vant med å bli observert, så er det en spesiell situasjon å være en del av et forskningsprosjekt, der alt de sier blir skrevet ned av en observatør. Min tilstedeværelse kan derfor tenkes å ha påvirket meklerne, og særlig i starten av prosessen. Jeg vil imidlertid anta at dette hadde liten betydning totalt sett for atferden i prosessene. Meklerne var generelt svært engasjerte og opptatt av partene og konflikten, og det er naturlig å anta at de ikke ble særlig influert av min tilstedeværelse. Dette er imidlertid en feilkilde som man må være oppmerksom på, og jeg kan heller ikke vite med sikkerhet hvor mye dette påvirket meklernes atferd.

(e) Tidsrom

Observasjonene ble gjennomført i perioden fra høsten 2004 til våren 2007 (se tabell 5.1.). De elleve første observasjonene ble imidlertid gjennomført høsten 2004, slik at det meste av datainnsamlingen ble foretatt da. Jeg kompletterte med tre meklinger høsten 2006, og så gjorde tilfeldighetene at jeg også fulgte en mekling våren 2007. Meklingene hos Riksmeklingsmannen ble utført våren 2007 og våren 2008. På grunn av den grundige dokumenteringen av de enkelte meklingene var det imidlertid lett å friske opp igjen det som var skjedd i de første 11 meklingene da jeg skulle starte med analysene. Det lange

tidsrommet har hatt en viktig rolle i analysearbeidet, og dette vil jeg gå nærmere inn på i neste kapittel.

4.4. Databearbeiding og analyse

Dataanalyse handler blant annet om klassifisering og datareduksjon, slik at man bringer orden, struktur og mening til datamengdene (Marshall og Rossman 1995). Kvalitative data er ofte omfattende, og Langley (1999:694) beskriver utfordringen med å gå fra empiriske data til konklusjoner som kan ha en teoretisk verdi:

And this is where the central challenge lies: moving from a shapeless data spaghetti toward some kind of theoretical understanding that does not betray the richness, dynamism, and complexity of the data but that is understandable and potentially useful to others."

Dataanalyse handler derfor også om sammenlikning og meningskaping av dataene som er samlet inn, og jeg vil beskrive hvordan jeg har gått frem når jeg har analysert og skapt mening til de empiriske dataene i dette avhandlingsprosjektet. Langley (1999:694) hevder at en rigid tilnærming, der man *enten* bruker induktive *eller* deduktive tilnærminger i analysearbeidet av kvalitative data, vil være både unødvendig og uheldig, for man vil ofte ha behov for å bevege seg mellom teori og data for å skape mening ut av dataene. Analysene vil typisk bære preg av en deduktiv tilnærming fordi forskningsspørsmålene er knyttet opp mot eksisterende teori. Den induktive tilnærmingen innebærer at man fortolker de dataene man har, med det formål å bygge teori fremfor å teste teori, men koblingen til eksisterende teori er nødvendig for å bygge teori som korresponderer med det foreliggende teorigrunnet. Dette fordrer en iterativ prosess, der man beveger seg mellom teori og data (Pettigrew 1990). Mitt analysearbeid har primært foregått på en slik måte, og jeg vil beskrive dette i tilknytning til de tre empiriske artiklene under.

I de tre empiriske artiklene i dette arbeidet har analysearbeidet likevel foregått på noe ulike måter. Primært har det skriftlige datamaterialet vært hovedfokuset for analysene. Likevel er det grunn til å nevne andre elementer som har bidratt til økt forståelse for meklingsprosessen og rettsmeklingsordningen, som har vært sentral for å skape mening ut av de observerte meklingsene.

Underveis i prosjektet kom jeg i kontakt med meklere på forskjellige måter. Først og fremst hadde jeg samtaler med alle meklerne jeg observerte. I tilknytning til

observasjonene hadde jeg alltid uformelle samtaler med meklerne, både i forkant og etterkant. I samtalene som foregikk i forkant av meklingene, forklarte typisk mekleren hvilket mål han hadde med meklingen, og hvordan han anså konfliktnivået og partenes innstilling til meklingen for å være. Noen meklere var tydelige på hvordan prosedyrene skulle være før meklingen startet, mens andre meklere ikke pratet så mye om selve organiseringen av meklingen. Disse samtalene var en god hjelp for meg for å lære om rettsmeklingsordningen, og jeg fikk også innsikt i hvor forskjellige rettsmeklerne var, på flere måter. Noen var svært godt forberedt på selve saken, andre var ikke det. Andre hadde tydelige forutbestemte meninger om hvordan prosessen burde gjennomføres, mens andre snakket ikke om dette. Disse variasjonene var ikke overraskende, men det var nyttig siden jeg hadde liten erfaring med både meklere og praktisk mekling i domstolene i forkant. Jeg har imidlertid ikke dokumentert disse samtalene på noen systematisk måte, og hadde heller ingen systematisk tilnærming til meklerne, verken i forkant eller etterkant av meklingene. Det viktigste disse samtalene gav meg var læring om både meklere og meklingsordningen.

Før hver mekling fikk jeg også lese gjennom saksdokumentene, som blant annet innebar stevning og tilsvare, og eventuelt dom fra tingretten, dersom det var mekling i lagmannsretten. Dette gav meg en indikasjon på hvilken type konflikt som skulle behandles.

Jeg var også med som observatør på et videregående kurs i rettsmekling høsten 2004, og holdt foredrag på et tilsvarende kurs våren 2005. På disse kursene fikk jeg mulighet til å diskutere mine foreløpige analyser og fortolkninger basert på observasjonene jeg til da hadde gjennomført med meklerne som var til stede. Jeg diskuterte særlig de ulike aspektene ved den innledende fasen, og fikk mange tilbakemeldinger og tanker fra meklerne knyttet til både introduksjonsforedrag, ulike måter å definere konflikter på, og prosedyrevalgene, som var tema for artikkel 1. Dette er en måte å validere fortolkningene, som er mye brukt i kvalitativ forskning (Denis, Lamothe og Langley 2001:815). Tidlige utkast av artikkelen om metaforer og særmøter ble sirkulert til meklere, der noen hadde deltatt i studien, mens andre ikke hadde det, og der jeg på samme måte som for artikkel 1 fikk tilbakemeldinger både på temaet som var valgt (metaforer og særmøter) og fortolkningene jeg hadde gjort. Siden denne gang har jeg også holdt jevnlig foredrag, både for meklere i de ordinære domstolene, i jordskifterettene, men også for

rettsmeklere i Danmark. Denne kontakten med meklingsmiljøet gjennom hele avhandlingsarbeidet har vært svært nyttig, særlig med hensyn på diskusjoner knyttet til de ulike temaene som blir utforsket i avhandlingsarbeidet. Innspill fra ulike meklere i slike foredrags/undervisningssituasjoner er også innarbeidet i de ulike artiklene.

I det videre vil jeg mer konkret beskrive hvordan dataanalysene ble gjennomført for hver av de tre empiriske artiklene.

(a) Artikkel 1: Den innledende fasen av meklingsprosessen

I denne første artikkelen fokuserte jeg kun på den *innledende fasen* av meklingsprosessen. Dette betyr at jeg delte prosessen opp i forskjellige deler, noe som også kalles ”temporal bracketing strategy” (Langley 1999:703). Dette betyr kort sagt at man deler enten hele, eller deler av prosessen inn i definerte faser, for eksempel for å kunne studere mer inngående deler av prosesser. I følge Langley trenger ikke denne oppdelingen i ulike faser ha en teoretisk begrunnelse, men kan kun være et praktisk verktøy for å dele opp de aktuelle prosessene i mindre deler som gjør det enklere å analysere dem.

I kapittel 3 har vi sett at meklingsprosessene kan deles inn på ulike måter, og at det finnes en rekke ulike fasemodeller, og heller ingen enhetlig definisjon av hvor langt den ”innledende fasen” i meklingsprosessen går. I artikkel 1 har jeg heller ikke presisert hvor langt denne innledende fasen strekker seg, blant annet fordi det i den artikkelen (kapitlet) ikke er inkludert en egen drøfting av metodiske valg. Dette kapitlets form måtte tilpasses boken det skulle publiseres i, og derfor er de metodiske drøftingene i tilknytning til dette arbeidet her i dette kapitlet. Jeg valgte av hensiktsmessighetsgrunner å definere den innledende fasen som avsluttet etter at partene hadde fått presentert konfliktene sine, og eventuelt hadde diskutert saken over bordet.

Da jeg startet med analysearbeidet var jeg inspirert av problemløsningslitteratur og kreativitetslitteratur fra en kognitiv, rasjonell tilnærming. Et viktig fokus i denne litteraturen er betydningen som problemdefinering og problemformulering har for å få utviklet de best mulige løsningene. Disse defineringsaktivitetene foregår også typisk i startfasen av problemløsnings- eller kreativitetsprosesser. Da jeg observerte meklingene var jeg nok særlig opptatt av det som skjedde i startfasen av meklingene. Etter jeg hadde observert 13 meklinger gikk jeg ut i barselpermisjon og var borte fra arbeidet i 1,5 år. I

denne tiden reflekterte jeg mye på startfasen i de meklingene jeg hadde observert, og det skjedde en bearbeiding og modning av informasjonen jeg hadde fått under meklingene. Det ble tydelig for meg at det var tre helt sentrale fenomener i den innledende fasen der det var store variasjoner; nemlig meklernes introduksjonsforedrag, meklernes konfliktdefinerings og meklernes prosedyremessige valg innledningsvis i prosessen. Valget av disse tre fenomenene utkrystalliserte seg på bakgrunn av de observerte variasjonene, bearbeiding av inntrykkene jeg hadde fått og gjentatte gjennomlesninger av utskriftene av meklingene, men var nok også påvirket av teoriene som fokuserte på betydningen av særlig konfliktdefinerings i den innledende fasen.

Etter de tre fenomenene var valgt ut og beskrevet, utviklet jeg klassifiseringer av disse. Dette skjedde også i en veksling mellom teori og data. Da jeg klassifiserte introduksjonsforedraget til meklerne, støttet jeg meg til eksisterende meklings-teori som syntes å ha relevans for introduksjonen. Konkrete empiriske studier av meklernes introduksjoner finnes ikke, så vidt meg bekjent, men i praktikerlitteraturen finner man ofte anbefalinger om hva som bør inkluderes av meklerne. Austbø og Engebretsen (2006) anbefaler for eksempel at introduksjonen skal ha en informativ tilnærming. Jeg fant at meklerne varierende mellom å *informere* og være *pedagogiske* når de holdt sine innledende presentasjoner av meklingsprosessen. *Prosedyrevalg* (særmøter, fellesmøter og kombinasjoner av disse) er i mye større grad diskutert i meklingsforskningen. Som vi ser i litteraturgjennomgangen i kapittel 2.4. har ulike prosedyrevalg blitt utforsket, og særlig er ulemper og fordeler med ulike prosedyrer diskutert. I denne artikkelen fant jeg store variasjoner knyttet til kombinasjoner av særmøter og fellesmøter *helt innledningsvis*, og særlig var det interessant å se at noen meklere ikke lot partene kommunisere sammen i det hele tatt, og partene ble delt i særmøter *uten* å få mulighet til å kommunisere direkte. Endelig ble konfliktdefinerings klassifisert i to grupper. Denne klassifiseringen ble også utviklet i samspill mellom problemdefinerings-teori fra den kognitive psykologien, innholdet i dataene i seg selv, men også inspirert av særlig funnene i studien til Kressel m.fl. (1994) som utforsket hvordan meklere typisk varierende i sine tilnærminger til konflikter. Meklerne der ble delt i to kategorier; behovsorienterte meklere, som var opptatt av å utforske konfliktene før de løste dem, og løsningsorienterte meklere som var mest opptatt av å få til en løsning. Klassifiseringen som jeg gjorde er inspirert av denne studien, men jeg kaller det i denne artikkelen for *utforskende og innskrenkende* konfliktdefinisjoner.

I denne første artikkelen berører jeg ikke konkret den innledende meklingsfasens betydning for meklingsprosess eller meklingsutfall. Jeg diskuterer *at* disse ulike fenomenene antakelig kan ha betydning for prosess og utfall på ulike måter, men ut fra denne artikkelen kan det ikke konkluderes med *om* og *hvordan* den innledende fasen påvirker meklingsprosess eller meklingsutfall. Denne artikkelen var imidlertid til inspirasjon for å utforske særlig definering og meklingsutfall i ytterligere grad, og jeg skrev derfor en teoretisk artikkel om mulige sammenhenger (artikkel 2). Gjennom eksperimenter, som denne artikkelen legger opp til, kan man utforske hvordan ulike problemformuleringer påvirker meklingsutfall.

Analysene som ble utført i tilknytning til artikkel 1 var i stor grad med på å påvirke hvilke to andre artikler som til sammen utgjør det empiriske grunnlaget i denne avhandlingen. Både språkbruk og prosedyrevalg pekte seg ut som sentrale fenomen i meklingsprosessen ut fra arbeidet med observasjonsdataene. Jeg vil forklare nærmere hvordan analysene som resulterte i artikkel 4 ble gjennomført.

(b) Artikkel 4: Språklige bilder i meklingsprosessen

Arbeidet med analysene til den første artikkelen viste hvordan meklernes språklige tilnærminger, når de for eksempel definerte problemer eller introduserte meklingsprosesser, kunne se ut for å ha sentral betydning for både meklingsprosess og meklingsutfall, særlig på bakgrunn av teorier om problemdefinering og kommunikasjon. En gjennomgang av meklingslitteraturen viste også at meklernes språklige tilnærminger var et område i meklingsforskningen som foreløpig var lite empirisk utforsket. Teoretisk fantes det ulike bidrag, som vist i kapittel 3.3. På bakgrunn av dette systematiserte jeg teori knyttet til språkbruk i meklingsprosessen, både fra meklingslitteraturen, men også fra andre teoretiske tilnærminger som syntes å ha relevans. I artikkel 3, som er en teoretisk artikkel om språkbruk og konflikthåndtering, brukte jeg derfor det Langley (1999:698) kaller for en "alternate template strategy", der man forsøker å fortolke en situasjon ut fra å bruke ulike teoretiske perspektiver. I artikkel 3 beskriver jeg ulike teoretiske innfallsvinkler som man kan bruke som utgangspunkt for å forstå meklerspråk, der den kognitive metafor-teorien blir trukket frem som potensielt velegnet for å utvikle forståelse for meklernes språkbruk. På bakgrunn av denne litteraturgjennomgangen valgte jeg å gå videre med denne metafor-teorien for å utvikle forståelse for meklernes språkbruk i

meklingsprosessene. Igjen ser vi her at forskningsfokuset i artikkel 4 ble utviklet på bakgrunn av et samspill mellom data (innholdet i meklingene der språkbruken så ut for å ha sentral betydning) og ulike teoretiske retninger (både meklingslitteraturen og den kognitive metafor-teorien).

Jeg brukte det kvalitative analyseverktøyet "Hyper-Research" som hjelpemiddel for å kode dataene.³⁶ Dette kan sammenliknes med et avansert klippe, lime, analyse og systemiseringsprogram. Kategoriene som jeg kodet ut fra hentet jeg både fra dataene selv, men også hadde jeg med meg "ferdige" kategorier fra den kognitive metafor-teorien (for eksempel blir "krig" brukt som et eksempel av Lakoff og Johnson, for å illustrere forskjellen mellom en argumentasjon som blir betegnet som "krig" eller "dans"), og fra meklingsforskningen der metaforer tidligere har blitt drøftet teoretisk. Haynes (1999) hevdet for eksempel at "reise" er en idealmetafor for meklingsprosessen. Både "krig" og "reise" var derfor to metaforer som jeg lette etter i dataene.

Den kognitive metafor-teoriens beskrivelser av hva en metafor er, og hvordan den kan identifiseres, var utgangspunktet for hvordan jeg lette etter metaforene i teksten. Med utgangspunkt i denne teorien defineres en metafor som et latent eller bakenforliggende bilde, som kan avdekkes gjennom språklige uttalelser og uttrykk. Denne teorien beskriver to elementer: et kildedomene og et måldomene. Fra kildedomenet, som er kjent (for eksempel krig) henter vi språklige uttrykk som brukes når problemet i måldomenet skal forstås (for eksempel argumentasjon). Med andre ord projiserer vi ofte språkbruk fra et domene som vi kjenner godt til et nytt domene som vi kanskje ikke vet helt hvordan vi skal opptre i. Når vi snakker om en argumentasjon kan vi derfor fokusere på at vi inntar ulike *posisjoner, vi torpederer hverandres argumenter*, osv. Det er derfor de språklige uttrykkene, og ikke prosaiske bilder i seg selv, som er gjenstand for koding i artikkel 4.

Språket vårt består nettopp av språklige uttrykk, og det var derfor en møysommelig prosess å kode de femten meklingene. Analyseprogrammet var her svært nyttig, og jeg startet med å kode metaforer som jeg forventet å finne, for eksempel krig, og reise gjennom alle meklingene. Noen av metaforene som viste seg å utpeke seg i datamaterialet hadde jeg derfor med meg fra før, mens andre metaforer, for eksempel "fest", og "domstol" ble utviklet på grunnlag av dataene selv.

³⁶ Se <http://www.researchware.com/> for detaljert informasjon om analyseverktøyet.

Jeg vil beskrive litt mer konkret hvordan jeg gikk frem da jeg lette etter metaforene, og vil illustrere dette med metaforen ”reise”. Utgangspunktet var da å avdekke alle språklige uttrykk som relaterte seg til reise. Disse ble merket av i teksten, og i etterkant ble det laget rapporter som viste hva som var kodet. Jeg definerte reise som det å bevege seg fra et punkt til et annet, med forskjellige transportmidler, eller på egen hånd. Veibeskrivelser knyttet jeg også til reise, fordi det indikerer ulike retninger som partene kan velge. Jeg vil gi en illustrasjon på hvilke uttrykk som til sammen utgjorde metaforen ”reise”. Utklippet fra rapporten kan forstås på følgende måte: (1) hvor mange språklige uttrykk det var fra metaforen ”reise”, her: 2 stk. (2) hvilken mekling, her: mekling 10 – og deretter (3) hvilket språklig uttrykk som er merket i teksten og koblet til metaforen ”reise”, her: *Jeg må nok bruke mer tid på det for å få dette til å komme i havn.*

Rapporten så ut på følgende måte:

reise 2 Mekling nr 10.txt
Jeg må nok bruke mer tid på det for å få dette til å komme i havn

reise 2 Mekling nr 10.txt
Du vil ikke bevege deg?

reise 1 Mekling nr 11.txt
Slik jeg ser det er det tre veier ut av denne saken;
1) rettsforlik
2) utenrettslig forlik
3) dom

reise 1 Mekling nr 12.txt
Vi behøver ikke å komme med noe beløp nå, men er dere villig til å komme litt i møte nå?

reise 8 Mekling nr 15.txt
...og at vi ikke lar jussen styre

reise 8 Mekling nr 15.txt
Vi skal se i dag om vi kan finne et sidespor til jussen slik at vi kan finne en løsning.

reise 8 Mekling nr 15.txt
Vi ønsker her å gjøre rettsmeklingen til noe annet. Vi prøver å finne sidespor til jussen.

reise 8 Mekling nr 15.txt
Det renner en elv i mellom dere, men det er ikke akkurat Nilen. Det tar også en stund å komme til elvebredden, men dere er på god vei begge to.

reise 8 Mekling nr 15.txt
Vi har kommet i et skjevt spor siden vi nå har to takster.

reise 8 Mekling nr 15.txt
Ja – du har nok vært på et litt feil spor her...

reise 8 Mekling nr 15.txt
Nå har jeg tenkt å gå over til tall. Det er både plusser og minuser i begge kjølvann.

reise 8 Mekling nr 15.txt
Nå har jeg hørt tall fra begge sider, og det er ikke Atlanterhavet vi skal gå over. Kanskje jeg kan foreslå noe for dere? Men det er en risiko med dette, for hvis det ikke går så er ikke avstanden stor, og da kan dere tro at jeg mener noe..

reise 10 Mekling nr 3.txt
Vi går med små skritt her, kan det være et poeng å ta et større skritt denne gangen?

reise 10 Mekling nr 3.txt

Kommer vi videre med dette?

reise 10 Mekling nr 3.txt
De har nå gått opp til 30 000 kr, det viser i alle fall at det er bevegelse på begge sider

reise 10 Mekling nr 3.txt
Nå er avstanden mellom dere på 38 000 kr

reise 10 Mekling nr 3.txt
Det dere da går i retten med er 38 000 kr

reise 10 Mekling nr 3.txt
Dere har beveget dere forsiktig oppover og de beveger seg forsiktig nedover. Han reduserer kravet til 68 000 kr, så nå står dere ikke så langt fra hverandre...

reise 10 Mekling nr 3.txt
Ønsker du da å gå i retten med 28 000 kr?

reise 10 Mekling nr 3.txt
Men bringer dette oss videre tror du?

reise 10 Mekling nr 3.txt
Avstanden mellom partene er nå 60 000 kr

reise 10 Mekling nr 3.txt
Vi er enda ikke i havn..

reise 2 Mekling nr 5.txt
Ikke kjør dere fast i de rettslige vurderingene, her er det en verdi i seg selv å bli enige

reise 2 Mekling nr 5.txt
Begge parter må bevege seg.

reise 1 Mekling nr 6.txt
Når dere presenterer saken ønsker jeg at dere skal være fremtidsorientert og løsningsorientert slik at vi kan finne veier ut av dette.

reise 3 Mekling nr 9.txt
Det er flere spor som kan tenkes her; 1) en avtale over tid, 2) kommunen kjøper seg ut gjennom et nedkapitalisert tilskudd, men jeg kan også nevne 3) situasjonen kan frysas til vi har fått en avklaring på den nye ordningen som er foreslått.

reise 3 Mekling nr 9.txt
Det er vanskelig å komme videre her, han er lite villig til å bevege seg.

reise 3 Mekling nr 9.txt
Du kjører ikke saken videre for 5000 kr..

...

Denne rapporten viser hvordan jeg systematisk lette etter de språklige uttrykkene, og kodet de aktuelle uttrykkene som jeg mente passet til. Vi ser her at mekling 3 for eksempel utmerker seg med utbredt bruk av reisemetaforen. I arbeidet med kvalitative data vil det være et viktig formål med *datareduksjon*. Datamaterialet må presenteres på håndterbare måter som gir mening. Utviklingen av kategorier er én måte å redusere materialet på. Gjennom å skjære ned og skjære ned, jobber man seg frem til det som i denne sammenheng ble ulike grupper av metaforer. Da jeg hadde kodet ferdig, presenterte jeg de aktuelle kodingene og tilhørende metaforer for totalt fire andre forskere med kjennskap til kvalitativ metode og/eller mekling. Det ble en diskusjon om hvorvidt metaforene jeg hadde definert var tilstrekkelig gjensidig utelukkende, og etter diskusjonen vi hadde hatt reduserte jeg metaforene fra ti til åtte, som ble antallet i den endelige artikkelen.

Selve kodingene av de ulike metaforene ble kun gjort av meg. Pratt (2009:859) hevder at flere kodere av kvalitative data slett ikke trenger å gjøre kodingene mer reliable. Kvalitative kodeprosesser vil innebære fortolkninger på bakgrunn av kjennskap til både data og kontekst som den er hentet innenfor. Pratt (2009:859):

“If I were engaged in an extended ethnography, expecting someone else to adequately code my data – when he or she knows nothing about the context or the individuals involved – makes little sense. Part of doing ethnography is gaining rich experience over an extended period of time. This can and should change how you view the data you collect.”

Dette er også i samsvar med Langleys (1999:708) syn på koding av kvalitative data. På grunn av kvalitative datas karakter, vil analysene og fortolkningene av disse dataene gjøres på bakgrunn av en helhetsforståelse av de situasjonene man studerer. Et viktig formål er derfor heller at det forklares *hva* som ligger til grunn for de kodingene som er gjort, og hvordan man har kommet frem til de konklusjonene man kommer med. Det var dette jeg presenterte for mine kolleger, og vi fikk en diskusjon basert på om de metaforene jeg hadde funnet faktisk var gjensidig utelukkende, og at det var tilstrekkelig korrespondanse mellom de språklige uttrykkene og de bakenforliggende metaforene. Presentasjonene og diskusjonene av kodingene kan derfor sammenliknes med en form for interkoder-reliabilitet, selv om dataene ikke ble kodet i sin helhet av flere enn meg.

Formålet med artikkelen var ikke å gi en uttømmende oversikt over *alle* mulige metaforer som meklere bruker, men det var heller å gi en innsikt i hva det er som preger meklernes språk, og hvor fleksible eller rigide de er i språkbruken sin. På bakgrunn av den kognitive metafor-teorien vil man gjennom dette kunne få en innsikt i hvordan meklere tenker og bruker språket. Metafor-teorien bygger på en forutsetning om at metaforene og språket i seg selv er med på å påvirke virkelighetsoppfatningene til de som bruker språket. Dette er den samme tilnærmingen som brukes i narrativ meklingstilnærming, som hevder at ”virkeligheten” skapes gjennom fortellingene som utvikles i meklingsrommet (Cobb 1994). Det sentrale her blir betydningen som ordvalgene våre kan ha, i samspill med andre, både i en mekling, i konflikter, men også i hverdagen generelt. Analysene indikerte også at metaforene hadde ulike implikasjoner. Den samme metaforen kunne virke både positivt og negativt, og dette avdekket jeg gjennom å utforske partenes reaksjoner som kom i forlengelsen av de identifiserte metaforene. Også disse reaksjonene har jeg presentert i artikkelen, med sitater fra partene.

(c) Artikkel 5: Særmøter som rasjonelle myter

Analysearbeidet til artikkel 5 har gått gjennom flere stadier. En viktig årsak til at fenomenet ”særmøter” ble utforsket, var som nevnt over, analysene som ble gjort i artikkel 1. Foreløpige utkast av artikkelen har imidlertid blitt drøftet både med meklingspraktikere, og andre forskere. De siste innspillene fikk jeg etter artikkelen var antatt til publisering, men da fra fagfeller og fra bedømmelseskomiteen. En særlig innvending mot de første utkastene av artikkelen var i hvilken grad jeg kunne vurdere særmøtenes påvirkning på prosessen, og jeg vil derfor bruke litt tid på å forklare hvordan dette ble gjort, og hvordan artikkelen ble skrevet om, og analysene videreutviklet, på bakgrunn av kommentarene som har kommet underveis. Artikkelen om særmøtene bruker data fra 13 meklinger, siden de to siste meklingene var meklinger etter barneloven § 61. Jeg vil imidlertid beskrive dette fra starten:

Et hovedinntrykk jeg satt igjen med da observasjonene var avsluttet, var den store utbredelsen av særmøtene i prosessene som helhet. Alle meklerne brukte denne prosedyren. Som vi har sett i artikkel 1 var det visse variasjoner i prosedyrevalgene helt innledningsvis i prosessen, men utover i prosessen syntes det å være lite variasjon. Også her valgte jeg derfor å bruke Langleys (1999) ”alternate template strategy” for å finne den forklaring som syntes best å forklare den store utbredelsen av denne prosedyren. I meklingslitteraturen fant jeg ingen gode svar, annet enn at meklere generelt sett synes å være mer stabile enn fleksible i sine tilnærminger (Brett, Drieghe og Shapiro 1986; Rognes og Sky 2003). Anbefalingen som vi kan lese ut av litteraturgjennomgangen i kapittel 2.4. er at særmøtene er en teknikk som man typisk skal bruke når konfliktnivået er høyt eller det ikke lenger er fremdrift i meklingsprosessen. Samtidig ser vi at det i nyere studier spekuleres om særmøtene brukes av vane heller enn ut fra fruktbarhetshensyn (Swaab og Brett 2007). Siden meklingslitteraturen ikke hadde noen gode forklaringer på hvorfor særmøtene kunne ha en slik utbredelse, utforsket jeg om andre teoretiske tilnærminger hadde fenomener som kunne likne på dette. Jeg fant at den ny-institusjonelle teorien hadde et fenomen som kalles for ”rasjonelle myter”, som innebærer at teknikker i organisasjoner brukes fordi alle andre bruker dem, og fordi alle tror at de er rasjonelle. Det knyttes ikke hensiktsmessighetsvurderinger til bruk av slike teknikker, og det kan derfor vise seg at disse teknikkene faktisk er irrasjonelle å bruke, derav navnet ”rasjonelle myter”. En analyse av argumentasjonen, som er knyttet til valget

av denne prosedyren, pekte nettopp mot at særmøtene brukes som en selvfølge, og ikke på bakgrunn av spesielle hensiktsmessighetsvurderinger i hver enkelt situasjon. Jeg har analysert argumentasjonen for å bruke særmøter i samtlige meklinger, og i 11 av 13 meklinger argumenterer meklerne for at særmøtene er en naturlig del av prosessen, mens i de to siste meklingene blir partene gjort oppmerksomme på at de i prinsippet kan velge om disse møtene skal brukes eller ikke, men meklerne anbefaler på det sterkeste at denne prosedyren velges. I de observerte meklingene synes det derfor å være sterke indikasjoner på at særmøtene har karakter av å være rasjonelle myter i norske rettsmeklinger.

Vurderingene av hvordan særmøtene har påvirket prosessene har jeg blant annet gjort ut fra kriterier som er presentert av lovgiver. Viktige formål med rettsmeklingsprosessen er at partenes interesser og behov skal ivaretas, men også at partenes *kommunikasjon* skal ivaretas på best mulig måte (Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)). I tillegg viser en gjennomgang av meklingslitteraturen at ivaretagelsen partene får i selve prosessen, synes å være viktigere enn selve utfallene de oppnår, og dette er også i tråd med teori om prosedyremessig rettferdighet (Thibaut og Walker 1975).

Generelt sett finner jeg at særmøtene er veldig utbredt, og siden dette innebærer at partene i svært liten grad (i noen tilfeller ikke i det hele tatt), får kommunisere med hverandre direkte, innebærer dette at meklingsprosessene ville fått en dårlig vurdering ut fra et kommunikasjonsmessig kriterium. Prosessene legger i liten grad opp til at partene får øve seg på direkte kommunikasjon. Som jeg også nevner i artikkel 5 er det nok viktig å bruke et bredere sett med kriterier for å vurdere om meklingsprosesser er mer eller mindre vellykket. I majoriteten av meklingsprosessen synes det å bli utviklet et godt forhold mellom parter og mekler, der tonen mellom dem er god, og mekleren får beveget prosessen fremover mot en mulig avtale. Goldberg (2005) definerer dette som suksess i meklingsprosesser. Et viktig fokus i meklingsforskningen de siste årene har imidlertid vært betydningen av å skape tillit for mekler. Et overordnet inntrykk av meklingene er nettopp at meklerne bruker mye tid på å utvikle et godt forhold til partene. Noen ganger synes det imidlertid å utvikle seg et *for godt* forhold mellom partene og mekler, og jeg har beskrevet et fenomen som jeg har kalt for *allianser* mellom meklere og parter. Nærheten mellom parter og mekler, som særmøtene åpner opp for, kan derfor få noen uheldige konsekvenser, som fører til at det utvikles gode forhold mellom parter og mekler, kanskje på bekostning av forholdet partene seg i mellom. Jeg har imidlertid ikke vurdert hver

enkelt meklingsprosess som *god* eller *dårlig*, jeg har her fokusert på ulike trender i de observerte meklingsprosessene, og der jeg mener man generelt kan si at kommunikasjonen i liten grad blir ivaretatt, mens meklerne generelt sett synes å ivareta partene på en god måte i prosessene.

På bakgrunn av teori gjennomgangen i kapittel 3, fant jeg at et fellestrekk ved ulike klassifiseringer av mekleratferd fra tidligere forskning, synes å danne et skille mellom meklere som fokuserer på sak og løsninger på den ene siden – og relasjon og kommunikasjon på den andre siden. En studie som er mye referert i meklingsforskningen er Kressel m. fl. (1994) som nettopp skiller mellom behovsorienterte- (problem-solving orientation) og løsningsorienterte (settlement orientation) meklere. Disse to meklertilnærmingene synes å fange de viktige elementene som både Kolb (1983; 1994) finner i sine studier, men også som Carnevale (1996) utleder i sin modell om strategiske meklervalg. Riskin (1996), men også Carnevale (1996) er særlig to bidragsytere som også inkluderer teknikker som inkluderer ”press” på partene. Under observasjonene ble det veldig tydelig at meklerne i varierende grad presset partene; noen i stor grad, mens andre i liten grad. På denne bakgrunn har jeg valgt å utvikle modellen til Kressel m. fl. (1994) til en modell som kan predikere og forklare mekleratferd, avhengig av om meklerne er behovsorientert eller løsningsorientert på den ene siden, eller om de utøver lav eller høy grad av makt.

I denne sammenheng bruker jeg definisjonen av makt fra Dahl (1984). Det utøves makt dersom man presser noe til å gjøre noe de ellers ikke ville gjort. I observasjonene finnes det flere eksempler på situasjoner der meklere påstår hvordan domstolene vil vurdere dette, og prøver å få partene til å komme med innrømmelser på bakgrunn av dette, et eksempel på dette fra mekling 11 gis her:

Mekler: Det er helt tydelig at det er overvannsproblematikk her, og det er saken i et nøtteskall- det er også slik en domstol vil se på det at hun ikke har fått opplysninger om dette. Dere hadde en sak med kommunen i 2000..

part: men vi skjønner ikke hvor overvannet kommer fra...

Mekler: Kan vi fokusere på det rettslige spørsmålet om kjøper burde fått vite dette?

Mekleren presser her partene til å fokusere på det rettslige spørsmålet, også på bakgrunn av hvordan en domstol ville vurdert dette. Et slikt fokus gir retning til *hva* som skal håndteres, men også til hva en løsning kan bli. Gjennom å studere partenes reaksjoner på

meklerens utsagn, der man ser at partene ikke ønsker å gå inn på dette, eller de mener andre forhold bør legges til grunn, har jeg vurdert om det utøves press og derved makt fra meklers side. En maktutøvelse over partene fordrer imidlertid at meklere har en reell maktbase. I de observerte meklingene kan meklere hente autoritet og makt fra sin rolle som egentlig dommer, som dermed gir meklere en tilgang på ”sannheten”. Denne autoriteten brukes gjentatte ganger, og vi ser det også i eksempelet over ”*det er også slik en domstol vil se på det*”.

De to andre begrepene; behovsorienterte vs. løsningsorienterte meklere har blitt vurdert ut fra beskrivelsene til Kressel m.fl. (1994). Behovsorienterte meklere utforsker konfliktene før de fokuserer på løsninger, mens de løsningsorienterte meklere i svært liten grad er interesserte i å høre om hva det egentlige problemet er. Gjennom utforskning av de utskrevne meklingene kunne det identifiseres et slikt skille mellom ulike meklingsstilnæringer, der meklere skilte seg i ulike grupper avhengig av om de utforsket problemene aktivt før de løste dem – eller om de gikk rett på et fokus på løsninger. Meklernes måte å spørre ut partene på avdekket derfor om de var utforskende eller kun løsningsorienterte. I mekling 2 har meklere en svært utforskende tilnærming helt fra start der han sier følgende: *Jeg forstår at dette er en sak som har bakgrunn i behandling fra x sykehus. Jeg ser at du skulle ha to operasjoner xxx, det er klart hva som skjedde, men kan du fortelle litt om bakgrunnen for dette?* I en slik mekling utforsker meklere bakgrunn for problemet, men også ofte partenes situasjon totalt sett. Utforskende, behovsorienterte meklere utforsker konfliktene totalt sett, ikke bare de rettslige tvistene.

Den andre gruppen meklere fokuserer imidlertid i mye større grad på løsninger, og oftest et snevert fokus på tvisten. I mekling 3 starter meklere helt innledningsvis i samtaler med den ene parten: *Nå har jeg snakket litt med motparten, men hva er deres tanker og ideer om hvordan denne saken kan løses?* Fokuset gjennom hele meklingen er løsningen, og ikke problemet. I denne meklingen også sier advokaten frustrert: *Jeg har vært i rettsmeklinger der argumenter har blitt vurdert, det finnes vel ikke i retningslinjene for rettsmekling at det kun skal handle om pruting??* Løsningsorienteringen synes ofte å utkrystallisere seg i at kun en spesifikk dimensjon (oftest penger) blir fokuset i meklingen.

Totalt ble det observert fem ulike grupperinger av atferd, som kunne plasseres i de forskjellige rutene i modellen. Atferden i de ulike meklingene var så konsistent at det jeg

definerte ulike ”prototypiske prosesser”, og det ble avdekket totalt fem slike. De ulike grupperingene av mekleratferden ble gjort i samspill mellom teori og observasjoner, og dette er nøye beskrevet i artikkel 5, kapittel 10. Ved å bruke sitater fra dommerne, og illustrere med reaksjoner fra partene, har jeg nøye dokumentert hvordan de enkelte prosessene er vurdert. Jeg velger derfor ikke å gå nøyere inn på dette her, men viser til fremstillingen i artikkel 5.

(d) Utskrivingen av artiklene

Det er mange måter å skrive ut kvalitative artikler på. En måte å gjøre det på er å starte med beskrivelsene – og deretter presentere analysene (Stensaker 2002). Dette er måten jeg har skrevet den første empiriske artikkelen. De to neste empiriske artiklene er imidlertid skrevet på en annen måte. Golden-Biddle og Locke (1997) presenterer en metode de kaller for ”tell-and-show, show-and-tell”. Dette er en presentasjonsform som blander beskrivelser, sitater og analyser. Gjennom å vise dataene (show) gir man leseren ”bevis” eller illustrasjoner på at det man presenterer som funn faktisk er fundert i datamaterialet som anvendes. Begge de to siste empiriske artiklene er eksempler på denne utskrivningsmåten.

Enhver metodisk tilnærming har sine spesifikke styrker og svakheter. Slike vurderinger må utforskes i forhold til hvor godt metoden er egnet til å fange studiens forskningsspørsmål. Dette fordrer en diskusjon av aspekter knyttet til studiens validitet og reliabilitet, og dette vil jeg gjøre i neste kapittel.

4.5. Validitet og reliabilitet

På bakgrunn av validitetsbeskrivelsene til blant annet Cook og Cambell (1979), velger jeg i denne studien å drøfte følgende validitetskriterier; deskriptiv validitet, fortolkningsvaliditet, begreps- og teorivaliditet, intern validitet og i hvilken grad funnene i denne studien er overførbar til andre sammenhenger (ekstern validitet). Jeg vil også vurdere reliabiliteten, som kort sagt innebærer om forskningsprosedyrene er beskrevet på en slik måte, at andre forskere i prinsippet kunne kommet frem til det samme. Siden dette er vanskelig i kvalitative studier som denne, er det sentralt at fremgangsmåten blir forklart på en slik måte at andre forskere kan vurdere om dette er gjort tilfredsstillende og at man kan ta stilling til det som er gjort. Alt dette er drøftet tidligere i metodekapitlet, og fremstillingen her fungerer derfor delvis som en oppsummering av hvordan disse ulike

kravene er møtt, og delvis som en presisering av *hvordan* de ulike kravene er møtt. Først vil jeg drøfte kriteriene til validitet, og avslutningsvis vil jeg kort kommentere hvordan kravene til reliabilitet er oppfylt.

Deskriptiv validitet handler om det som studeres er beskrevet slik det "er" (Maxwell 1992). I relasjon til mitt prosjekt handler dette for det første om det er demonstrert en god forståelse for meklingskonteksten. Konteksten i dette avhandlingsprosjektet er domstolene og de meklingsordninger som finnes der. I appendiks har jeg gitt en grundig beskrivelse av både domstolskonteksten, de ulike lovbestemmelsene som regulerer rettsmeklingsordningen, men også den historiske bakgrunnen for at vi fikk en obligatorisk rettsmeklingsordning i norske domstoler fra januar 2008. Appendiks kan derfor brukes som en dokumentasjon på forståelsen av konteksten som studien er gjennomført innenfor, og jeg har også der gjennomført en analyse av meklingsordninger i Norge og Norden mer generelt. Appendiks har blitt kvalitetssjekket av to forskere med juridisk og meklingsfaglig bakgrunn, i tillegg til at andre forskere også har lest og kommentert dette. På denne måten sjekket jeg at både forskningskonteksten var godt forstått. Nøyaktigheten av dataene er også sikret ved at et utvalg av utskriftene ble lest gjennom av meklerne som ble observert. De aktuelle meklerne hadde ikke noe å utsette på disse, og tilbakemeldingen var at det var svært interessant for dem å lese hva som "egentlig" hadde skjedd. Jeg vurderer derfor at det ikke finnes betydelige trusler mot studiens deskriptive validitet.

Begrepsvaliditeten vurderes ut fra om begrepene vi bruker er troverdige, og at de fanger våre målinger og det begrepet er ment å dekke (Cook og Cambell 1979). Teorivaliditeten vurderes ut fra om begrepene vi bruker passer logisk og analytisk inn i det teorirammeverket som ligger til grunn, og at teorien på en troverdig måte forklarer det vi kommer frem til. De begrepene som det særlig er grunn til å validere i denne studien er begrepene som brukes i den utviklede modellen, og begrepet "rasjonelle myter" som er lånt inn fra den ny-institusjonelle teorien. Modellen inkluderer både begreper som påvirker atferd (behovsorientering/løsningsorientering og makt), men også fem prototypiske meklingsprosesser; (utforskende - utforskende med tilbud om voldgift – rettslige - fasiliterende og prutende).

Behovs- og løsningsorienteringen er begreper som er hentet fra eksisterende meklingsforskning, fra tidligere klassifiseringer som er gjort av mekleratferd. I det forrige kapitlet har jeg beskrevet hvordan jeg har brukt definisjonen av makt fra Dahl (1984) og hvordan jeg har kodet makt ut fra teknikkene som meklerne bruker, holdt opp mot partenes reaksjoner på dette. Jeg har også forklart hvordan jeg har lett etter meklernes teknikker for å avdekke om de er behovs- eller løsningsfokuseret. Endelig har jeg også klassifisert fem ulike atferdstilnærminger fra meklere. Disse fem atferdsstilene er i hovedsak kjent fra tidligere forskning, og jeg har beskrevet i artikkel 5 hvordan disse er plassert i de forskjellige rutene i tabellen.

I forrige kapittel har jeg også forklart hvordan de rasjonelle mytene har blitt vurdert, på bakgrunn av meklernes argumentasjon for å bruke særmøtene i selve meklingsprosessene.

Begrepene som er anvendt i denne avhandlingen er delvis hentet fra eksisterende meklingsforskning og delvis lånt inn fra andre teoretiske tilnærminger. På bakgrunn av argumentasjonen over vil jeg hevde at det begreps- og teorivaliditeten er godt ivaretatt i denne studien.

Fortolkningsvaliditet handler om den studerte populasjonen mener at observasjonene er fortolket riktig, og at det gir mening for dem (Maxwell 1992). I mitt tilfelle har et utvalg av respondenter fått lese artiklene mine på et tidlig stadium. De har kommet med tilbakemeldinger med hensyn til innholdet i de enkelte artiklene. I hovedsak har tilbakemeldingene vært positive, og det har vært stor interesse, både for problemstillingene jeg har tatt opp, og funnene jeg har presentert. På bakgrunn av tilbakemeldinger jeg har fått, har jeg også utviklet artiklene videre, slik jeg har nevnt over. Artikkelen om de språklige bildene har nok vært den som har skapt størst reaksjoner fra meklingspraktikerne. En mekler hevdet at når man bare ser på metaforene så tar man språklige uttrykk ut av sin sammenheng. En av de andre meklerne fortalte at da han skjønnte at metaforene i realiteten fungerte som en inngangsport til å fokusere på meklernes generelle språkbruk, og ikke minst bevisstheten deres rundt språket, fant han at artikkelen gav mye mer mening. De positive tilbakemeldingene fra aktører i den studerte populasjonen mener jeg gir grunnlag for å hevde at det ikke finnes betydelige trusler mot fortolkningsvaliditeten i denne studien.

Intern validitet handler blant annet om hvordan sammenhenger *internt* mellom begreper er dokumentert, men også hvorvidt det vi finner i studien er ”sant”. I denne studien har jeg identifisert relevante sammenhenger, for eksempel mellom språkbruk og dennes betydning for prosessene. I den siste artikkelen har jeg drøftet på mer generelt grunnlag hvordan særmøtene synes å påvirke meklingsprosessene. På bakgrunn av mitt design (som innebærer at jeg har observert hele prosessene) kan jeg både vurdere prosessene ut fra hvordan jeg fortolker partenes reaksjoner på meklernes utsagn, og jeg kan også foreta mer overordnede vurderinger i forhold til hvordan jeg opplever at prosessene fremstår. Jeg anser derfor den interne validiteten for å være godt ivaretatt i studien.

Kravet til ekstern validitet kan erstattes av et krav om overførbarhet både i kvalitativ og kvantitativ forskning (Miles og Huberman 1994). Observasjonene i denne studien er gjennomført i domstolene. Jeg observerte imidlertid også to meklinger hos Riksmeklingsmannen, og fremgangsmåten som ble brukt der illustrerer at meklingstilnærmingen, der en tredjepart bistår parter som ikke ønsker, evner eller vil kommunisere direkte, har svært mange likhetstrekk på tvers av ulike situasjoner. Jeg mener derfor at fokuset som min studie har satt på for eksempel *språkbruk* fra meklerens side, vil kunne overføres til andre situasjoner der det foregår mekling. Alle meklere, uavhengig av kontekst, vil kunne ha nytte av å bli seg mer bevisste sin egen språkbruk, og utfordre seg selv i forhold til hvor stabil eller fleksibel man er. Metaforene som dominerer vil kunne variere, avhengig av hvilke situasjoner man er i, men det prinsipielle, nemlig betydningen av språket, vil antakelig være overførbart fra denne studiens sammenheng (domstolene) til andre typer meklings situasjoner. Det samme vil også gjelde både for fokuset på den innledende fasen, for eksempel hvordan konflikter defineres og hvordan man introduserer meklingsprosesser. På samme måte vil det generelle, nemlig en bevissthet i forhold til hvordan man starter meklingsprosesser og hvordan man deretter bidrar som mekler til å definere og formulere problemer, kunne ha like stor betydning i konfliktrådene eller for ledere som meklere. Sist men ikke minst kan modellen være et nyttig redskap for meklere, som for eksempel er ledere. Funnene i denne studien kan derfor etter min mening, også ha relevans for mekling i andre sammenhenger, men det må selvsagt tilpasses til de aktuelle sammenhenger som man ønsker å belyse. Det spesielle med meklings situasjoner i domstolene er meklerens autoritet som *egentlig* dommer, og at de derfor har en spesiell type makt over partene, særlig når de gir inntrykk

av at de vet hva som ”egentlig” er riktig. Meklere i mange sammenhenger har imidlertid makt over partene. En leder vil kunne ha makt over partene, fordi denne ofte kan bestemme hva utfallet skal være dersom partene ikke blir enige. Et viktig skille i meklingsituasjoner er antakelig derfor mellom situasjoner der mekleren har en autoritet i kraft av sin rolle, eller om mekleren ikke har det. En overføring av modellen som er utviklet vil derfor være best egnet for situasjoner der meklere har makt over de partene som det skal mekles mellom.

Reliabilitet

Reliabilitet handler i prinsippet om måleinstrumentene våre er av en slik karakter at vi vil komme frem til det samme svaret hver gang vi måler (Cook og Cambell 1979). Det synes å være bred enighet knyttet til at reproduksjon (replikabilitet) ikke er et krav som kan knyttes til kvalitativ forskning (Stensaker 2002; Pratt 2009), men det er samtidig enighet om at det skal være utførlige beskrivelser av logikken bak konklusjonene som er trukket, og derigjennom også i forhold til hvordan man eventuelt har bygget og utviklet ny teori. Et slikt reliabilitetskrav kan knyttes til et krav om ”transparency” eller gjennomsiktighet i hele forskningsprosessen, slik at man kan sikre vitenskapeligheten og etterprøvarheten i det man har kommet frem til. Reliabilitet er en forutsetning for validitet i forskningen. Metodekapitlet gir en detaljert beskrivelse av forskningsprosessen, kriteriene som er stilt til design, hvordan dataene er samlet inn, bearbeidet, og endelig analysert. De 15 observasjonene foreligger også i sin helhet knyttet til HyperResearch programmet, og andre forskere har derfor mulighet for å analysere dataene, på samme måte som jeg har gjort. Dette sikrer også gjennomsiktigheten i prosessen, og gjør den etterprøvable.

4.6. Oppsummering

I dette kapitlet har jeg presentert og drøftet de metodiske valgene i denne studien. Jeg i første del av kapitlet forklarte jeg hvorfor og hvordan et observasjonsmessig design ble valgt. I siste del av kapitlet har jeg vist hvordan data ble samlet inn, dokumentert og analysert. Avslutningsvis har jeg drøftet fordeler og utfordringer ved dette designet. I neste kapittel vil jeg gi en kort oversikt over de fem ulike artiklene, og drøfte hvordan disse hver for seg og sammen bidrar til å utvikle en innsikt i de presenterte forskningsspørsmålene.

5.0. Sammendrag, bidrag og drøfting av sammenhenger og overlapp mellom de fem artiklene

Kjernen i denne avhandlingen består av totalt fem artikler, to teoretiske og tre empiriske, som alle er publisert. Jeg vil gi et kort sammendrag av hver enkelt artikkel, og drøfte sammenhenger og overlapp mellom de enkelte artiklene. Artiklene er kronologisk satt opp fra nummer 1 til 5 ut fra når de er publisert, og en oversikt over navn, bidrag og hvor de er publisert, gis i tabell 5.1. under. Hvert delkapittel er bygget opp på følgende måte: Først gir jeg et kort sammendrag av den enkelte artikkel, deretter beskriver jeg bidragene fra artiklene og avslutningsvis drøfter jeg utfordringer ved de enkelte artiklene. Dette gjøres for hver enkelt artikkel og er beskrevet i kapittel 5.1. til 5.5. Deretter oppsummerer jeg hvordan forskningsspørsmålene har blitt besvart helt konkret (kapittel 5.6.), og avslutningsvis i kapittel 5.7. gir jeg en kort oppsummering.

5.1. Artikkel 1; kapittel 6

Artikkel 1: *Hvorfor problemet er løsningen: Rettsmeklingens innledende fase*, er en empirisk artikkel. Denne artikkelen er skrevet tidlig i prosjektet, før datainnsamlingen var helt fullført (på bakgrunn av totalt 13 meklinger). Utgangspunktet for artikkelen var å utforske hva som kjennetegnet mekleratferd i den *innledende fasen* av meklingsprosessen, og dermed svare på forskningsspørsmål 1a).³⁷

Sammendrag

Denne artikkelen gir en beskrivelse av mekleratferd i den innledende fasen av meklingsprosessen. I analysene identifiseres tre ulike atferdsvalg som ble kjennetegnet av svært stor variasjon fra de observerte meklerne. Dette var følgende tre aktiviteter; konfliktdefinerings, introduksjonsforedrag og prosedyrevalg. Alle de tre aktivitetene er kjent fra meklingslitteraturen, men de identifiserte variasjonene gav grunnlag for en kategorisering av ulike konfliktdefinerings og ulike typer introduksjonsforedrag. Sist, men ikke minst, ble det identifisert ulike kombinasjoner av prosedyrevalg i startfasen av meklingsprosessen. Ulike prinsipielle forskjeller mellom særmøter og fellesmøter diskuteres, og det avdekkes et behov for å utforske mer spesifikt hvordan prosedyrevalget foregår gjennomgående i prosessen, og hvordan dette kan tenkes å påvirke meklingsprosess og utfall.

³⁷ 1a) *Hva kjennetegner norske rettsmekleres atferd i den innledende fasen av norske rettsmeklinger?*

På bakgrunn av analyser av de observerte meklingsene ble konfliktdefinering kategorisert som utforskende og innskrenkende. Det identifiseres videre to hovedtilnærminger for meklernes introduksjonsforedrag; informerende og pedagogisk. Meklerne på den ene ytterkanten informerer kort om hva som skal skje, mens meklerne på den andre ytterkanten er svært belærende og pedagogiske mot sine parter.

Bidrag

Artikkel 1 gir en innsikt i hva som kjennetegner meklernes atferd i den innledende fasen av rettslige meklingsprosesser i norsk sammenheng. De observerte variasjonene gir grunnlag for klassifisering av konfliktdefinering som *innskrenkende* og *utforskende*, og introduksjonsforedrag som *informerende* og *pedagogisk*. Endelig illustrerer analysene at partene i noen meklinger blir organisert rett i særmøter, uten at de får muligheter til å diskutere direkte over bordet. Innsikten i prosedyrevalgene som ble tatt i den innledende fasen illustrerer også at særmøtene synes å ha en sentral funksjon allerede fra starten av i mange norske rettsmeklingsprosesser.

Diskusjon

Artikkel 1 ble skrevet tidlig i prosjektet, og det er derfor flere utfordringer ved denne artikkelen, blant annet fordi funnene kunne vært drøftet i ytterligere grad opp mot eksisterende forskning. I forhold til konfliktdefinering kunne kategoriseringen vært diskutert opp mot den måten som Riskin (1996) delte inn definering på, i sin modell om mekleratferd (kalt "Riskins grid"). Riskin skiller mellom totalt fire defineringsformer, som går på et kontinuum fra smal til bred definering. Den smale og brede defineringen korresponderer i stor grad med det jeg har kalt for utforskende og innskrenkende konfliktdefinering. Riskins modell er imidlertid ikke utviklet på bakgrunn av systematiske studier, men på bakgrunn av hans erfaringer med meklings, primært i en rettslig kontekst, der det overordnede formålet var å utvikle en modell som blant annet kunne legge grunnlag for opplæring av meklere. Min kategorisering ble utviklet gjennom en fortolkende analyse av de observerte meklingsene. Dersom man ser kategoriseringen som jeg har gjort i sammenheng med inndelingen som Riskin gjorde i 1996, kan det imidlertid tyde på at et slikt skille i måter å definere konflikter på, er høyst reelt for meklere i domstolene. Kategoriseringen gir et empirisk bidrag til hvordan konfliktdefinering faktisk blir gjennomført av rettslige meklere.

Meklernes måte å introdusere meklingsprosessene på har ikke vært utforsket empirisk tidligere, verken i norsk eller internasjonal sammenheng. I praktikerlitteraturen er det imidlertid beskrevet ulike måter dette kan gjøres på, og introduksjonen trekkes frem som et viktig aspekt ved meklingsprosessen (i norsk sammenheng, se for eksempel Austbø og Engebretsen 2006:78-79). Dette har jeg ikke drøftet i selve artikkelen, men det er tatt opp i litteraturgjennomgangen i kapittel 3. Meklernes introduksjon er derfor en teknikk i meklingsprosessen som på bakgrunn av mine funn kan utforskes nærmere.

Artikkel 1 som utgangspunkt for de resterende fire artiklene

De store variasjonene i måtene konfliktene ble definert på av meklerne indikerte at konfliktdefinerings kunne være et viktig tema for ytterligere utforskning i meklingsammenheng. Dette ble også underbygget av studier av defineringsaktiviteter i meklingsprosessen (Kressel m.fl. 1994; Janowsky og Ivey 2001). På bakgrunn av både teori og observasjoner valgte jeg derfor å utforske litteratur fra andre fagfelt som fokuserer på konfliktdefinerings, og dette ble gjort i artikkel 2. I artikkel 5 blir imidlertid også dette tatt opp igjen, i modellen som der utvikles om mekleratferd. I denne modellen beskrives det at mekleratferd påvirkes av om meklerne fokuserer på partenes behov *eller* om de kun fokuserer på å få til løsninger, uavhengig av de behovene som partene måtte ha.

Innsikten i variasjonen i *prosedyrevalgene* innledningsvis, var en grunn til at særmøtene ble valgt som fokus også for artikkel 5. Dette valget ble også underbygget av at litteraturgjennomgangen av meklingsforskningen avdekket et behov for utvidet kunnskap om hvordan særmøtene brukes og hvilken betydning de har. Endelig illustrerte meklernes introduksjonsforedrag stor variasjon i de språklige tilnærmingene til meklerne generelt sett, og meklernes *språkbruk* utforskes blant annet derfor teoretisk i artikkel 3 og empirisk, ved å se på meklernes metaforer, i artikkel 4.

Oppsummering

I artikkel 1 blir viktige kjennetegn ved den innledende fasen i meklingsprosessen identifisert. Variasjonene som ble funnet i denne studien gav et viktig bidrag til å fokusere på sentrale aktiviteter som det kunne være nyttig å utforske i større grad, i videre

forskning av meklingsprosessen. De fire resterende artiklene i avhandlingsprosjektet kan på mange måter sies å videreutvikle funnene i den første artikkelen.

5.2. Artikkel 2; kapittel 7

Artikkel nummer 2: *Effektiv mekling: Kan større problemfokus gi mindre problemer*, er en teoretisk artikkel. Utgangspunktet for denne artikkelen var å legge til rette for å utforske hvordan konfliktdefineringsaktiviteter kan påvirke meklingsutfall. En testing av dette er ikke gjort innenfor denne avhandlingens rammer.

Sammendrag

I artikkel 2 er det sammenfattet litteratur fra den kognitive kreativitets- og problemløsningsteorien, som viser at defineringsaktiviteter kan ha sentral betydning for kvalitet og kreativitet i problemløsningssituasjoner. Meklingssituasjonen defineres her som en avansert problemløsningssituasjon, med høy sosial kompleksitet (mange parter) og høy informasjonskompleksitet (mekleren er den som vet minst om hva problemet egentlig handler om, og partene har gjerne forskjellig syn på hva problemet er). Siden meklingsituasjonen kan defineres som en avansert problemløsningssituasjon argumenteres det for at problemutforskende aktiviteter vil kunne ha minst like stor verdi i konflikt- og meklingsituasjoner, fordi det vil være et enda større behov for å avklare hva problemene egentlig handler om for å kunne utvikle gode løsninger for de involverte partene.

Bidrag

Det viktigste bidraget til denne artikkelen er å overføre teori fra den kognitive problemløsningslitteraturen til meklingslitteraturen, på en slik måte at det legges til rette for å utforske sammenhengen mellom konfliktdefineringsaktiviteter og utfall i meklingsituasjoner.

Diskusjon

I artikkelen blir det antatt at konfliktdefineringsaktivitetene foregår nettopp i den innledende fasen. Teoretisk argumenteres det for at et fokus på problemdefineringsaktiviteter vil kunne bidra til høyere kvalitet på meklingsløsningene, men empirisk blir det ikke gitt noe svar på dette. Dette vil imidlertid kunne være interessant å utforske videre i senere studier.

5.3. Artikkel 3; kapittel 8

Artikkel nummer 3: *Konfliktbåndtering og retorikk*, er også en teoretisk artikkel. Utgangspunktet for artikkelen var å legge det teoretiske grunnlaget for å besvare forskningsspørsmål 1b og 2a, som omfatter kjennetegn ved meklers språkbruk, og språkbrukens betydning for meklingsprosessen.³⁸

Sammendrag

Denne artikkelen fokuserer på betydningen som språkbruk generelt og retorikk spesielt kan ha i konfliktsituasjoner. Det argumenteres for et utvidet fokus på *språkebruk* i konfliktsituasjoner, og hvordan språket i seg selv, herunder ulike metaforer, kan være helt sentrale hjelpemiddel for meklere. Det redegjøres for hva jeg mener med konflikt, og hvordan en verdinøytral definering av konflikt bidrar til å understreke betydningen av å fokusere på konstruktiv konflikthåndtering. Det beskrives også hvordan konflikt og tvist skiller seg fra hverandre. Ett av funnene i artikkel 1, nemlig kategoriseringen av konfliktdefinering som innskrenkende vs. utforskende, brukes som eksempel på betydningen som ulike former for definering, og dermed språkbruk, kan tenkes å få. Det gis også en oversikt over rammene for rettsmeklingsordningen. Dette er viktig for forståelsen av rammene for den atferden som meklingsprosessen i denne studien foregår innenfor. Endelig beskrives også ulike tilnærminger til konfliktsituasjoner, der interessebaserte og rettighetsbaserte tilnærminger er sammenfallende med henholdsvis meklings- og den tradisjonelle domstolstilnærmingen.

Bidrag

Et viktig bidrag i denne artikkelen er klargjøringen av flere av begrepene som har en sentral betydning i avhandlingsarbeidet, både konflikt, tvist, konflikthåndtering, meklingsprosessen og rammene for rettsmeklingsordningen beskrives her. Sammenstillingen av meklingssteori og kommunikasjonsteori bidrar til å understreke behovet for empiriske studier av språkbruk i meklingsprosesser.

Diskusjon

Artikkel 3 er viktig for å forstå den totale sammenhengen i dette avhandlingsarbeidet. Begrepsavklaringen bidrar til en tydeliggjøring av hvordan de sentrale begrepene

³⁸ 1b) Hva kjennetegner meklers språkbruk i norske rettsmeklinger? og 2a) Hvordan påvirker meklers språkbruk rettsmeklingsprosessen?

defineres i avhandlingen. Det kunne imidlertid vært avklart enda flere av begrepene som avhandlingen bygger på, og det kunne også vært tydeligere presisert at både konflikt- og meklingsbegrepet er definert innenfor rammene av en *avtalefokusert* meklingsstilnærming. Sammenstillingen av meklingssteori og kommunikasjonsteori bidrar til å utvikle et teoretisk grunnlag for å fokusere på meklernes metaforer, slik det også utforskes empirisk i artikkel 4. Artikkel 3 bør derfor sees i sammenheng med analysene som gjøres av meklernes metaforer i artikkel 4.

5.4. Artikkel 4; kapittel 9

Artikkel 4: *Språklige bilder i rettsmeklinger – En analyse av metaforer i meklingsprosessen*, er en empirisk artikkel. Denne artikkelen gir et empirisk grunnlag for å besvare forskningsspørsmål 1 b og 2 a, som er referert over.

Sammendrag

I artikkelen identifiseres, beskrives og drøftes åtte språklige bilder, også kalt konseptuelle metaforer. Metaforer har tidligere blitt omtalt i meklingslitteraturen som et viktig hjelpemiddel for meklere, men som vi har sett i litteraturgjennomgangen så er det primært på det teoretiske plan at metaforene og deres mulige implikasjoner har blitt drøftet. Det kognitivt, lingvistiske paradigmet beskriver imidlertid metaforer som et grunnleggende element av våre tankestrukturer, innenfor den retningen som kalles for konseptuell metaforsteori (Lakoff og Johnsen 1980). En innsikt i metaforene fra dette perspektivet, vil kunne gi en innsikt i hvordan meklere tenker, og et slikt teoretisk perspektiv har ikke vært brukt på metaforer i meklingsforskningen tidligere. I analysen av de ulike metaforene finner jeg at metaforene bidrar til å tydeliggjøre og skape gjensidig forståelse mellom parter i konflikt, men at metaforene også kan frustrere partene, og bidra til et for enkelt bilde av meklingsprosessen. Studien av metaforer underbygger en antakelse om at ulike språklige tilnærminger faktisk har en betydning, og at de ordene man bruker kan påvirke hvordan prosessen fremstår, hvordan konfliktene defineres og hvilke løsninger som blir tilgjengelige. Domstolskonteksten i seg selv synes også å ha betydelig innvirkning på mange av meklernes måte å ordlegge seg på.

Bidrag

Et viktig bidrag fra denne artikkelen er anvendelsen av konseptuell metaforsteori i et meklingssteoretisk rammeverk. Denne teorien om metaforer bidrar til en teoretisering av

sammenhenger i meklingsprosessen mellom språkbruk og meklingsprosess. Metaforene gir også en viktig inngangsport for å forstå betydningen som meklernes språkbruk kan ha, og teorien gir en teoretisk og metodisk tilgang til å utforske meklernes måte å tenke på, og utforske betydningen som ulike former for ordvalg kan synes å ha. De åtte språklige bildene gir i denne artikkelen et utgangspunkt for å kunne diskutere hvor fleksibelt meklere i norske rettsmeklinger bruker språket.

Diskusjon

I artikkelen er det ikke konkret utforsket hvordan ulike metaforer velges, men selve grunnforutsetningen i den konseptuelle metafor-teorien er at de ulike metaforene er et bilde på tankestrukturene til den enkelte. Ordvalgene vi bruker blir derfor et bilde på våre kognitive, skjematisk kart som knytter seg til de temaene vi behandler. I tilknytning til konflikter, så vil derfor fleksibiliteten i de språklige tilnærmingene som brukes være et bilde på om man evner å ta flere perspektiv på saken som er til behandling. Overveiende bruk av én metafor, for eksempel domstolen, vil indikere at man er tankemessig fastlåst i ett (eller få) perspektiv, når man løser problemer. Metaforene som brukes blir et bilde på hvordan den enkelte mekler (eller person) tilnærmer seg virkeligheten.

5.5. Artikkel 5; kapittel 10

Artikkel 5: *Særmøter som rasjonelle myter? En analyse av omfang og innhold av særmøter i rettslige meklinger*, er også en empirisk artikkel. Artikkelen gir grunnlag for å finne svar på forskningsspørsmål 1c og 2b.³⁹

Sammendrag

Denne artikkelen starter med en redegjørelse for de rammene som rettsmeklingsordningen utøves innenfor, herunder lovgrunnlag og lovforarbeider. Særlig er fokuset på de rammene som settes for meklernes mulighet til å evaluere og komme med løsningsforslag. I tillegg gjøres det rede for intensjonen til rettsmeklingsordningen, som blant annet innebærer at det skal legges til rette for å forbedre partenes kommunikasjon. Rammene for etisk forsvarlig mekleratferd drøftes også. Kriteriene for forsvarlig mekleratferd og fokuset på partenes kommunikasjon, brukes som et utgangspunkt for å vurdere om meklingsprosessene kan regnes for å være gode eller mindre gode. I artikkelen finnes det klare indikasjoner på at særmøtene har fått status

³⁹ 1c): *Hva kjennetegner meklernes prosedyrevalg i norske rettsmeklinger?* og 2b): *Hvordan påvirker meklernes prosedyrevalg rettsmeklingsprosessen?*

som rasjonelle myter, og at denne prosedyren derfor brukes uten at det i særlig grad knyttes hensiktsmessighetsvurderinger til bruken. Den utstrakte særmøtebruken begrenser partenes mulighet for direkte kommunikasjon, slik at generelt sett ville rettsmeklingsprosessene fått en dårlig kvalitetsvurdering dersom man kun skulle vurdere prosessene ut fra et kommunikasjonsmessig kriterium. Telefonmeklingene er ekstremtilfellet av særmøtene, og i slike tilfeller verken treffes eller kommuniserer partene direkte. I meklingsprosessene avdekkes det imidlertid mange aktiviteter som i forskningen regnes som tiltattsskapende. I de fleste meklingsprosessene ser det ut for at det utvikles et godt forhold mellom parter og mekler, noen ganger så godt at det utvikler seg til det jeg kaller for allianser. En viktig konklusjon er at det er viktig å bruke flere kriterier for å vurdere om rettsmeklingsprosessene kan regnes for å være gode eller mindre gode, og at det totalt sett ser ut for at meklerne i de fleste tilfellene utvikler et godt forhold til partene de forsøker å hjelpe.

I siste del av artikkelen identifiseres det fem ulike meklingsprosesser, som kjennetegnes ut fra hvilke atferdsmessige tilnærminger de ulike meklerne bruker; (1) rettslige prosesser, (2) utforskende prosesser, (3) utforskende prosesser med tilbud om voldgift, (4) tilretteleggende meklingsprosesser og (5) prutete meklingsprosesser. Disse ulike prototypene indikerer, i samsvar med tidligere forskning, at meklere synes å være konsistente i sin atferd. Prosessene kjennetegnes dermed også av de tilnærmingene som meklerne bruker. De ulike prosessene er i all hovedsak også identifisert i tidligere forskning, men i denne artikkelen foreslår jeg en ny modell som bidrar til å forklare hvorfor man får ulike typer atferd i rettsmeklinger. I en firefeltmodell skiller jeg mellom høy og lav grad av maktbruk langs den ene dimensjonen, og et fokus på løsning vs. et fokus på behov langs den andre dimensjonen.

Bidrag

I analysene finnes det klare indikasjoner på at særmøtene har fått status som rasjonelle myter i norske rettsmeklinger. Særmøtene brukes i all hovedsak uten at det knyttes hensiktsmessighetsvurderinger til dem. I tråd med tidligere forskning er også meklerne svært konsistente i sine tilnærminger. Modellen som forklarer mekleratferd ut fra lav/høy grad av makt og behovsfokus/løsningsfokus er et bidrag for å forklare variasjoner i mekleratferd, og modellen er en videreutvikling av funnene til Kressel m.fl. (1994), og dermed også et bidrag til en videreutvikling av meklingssteorien.

Diskusjon

Modellen synes å beskrive variasjoner i sentrale kjennetegn ved den observerte mekleratferden på en fruktbar måte. Modellen er ment som et utgangspunkt for å diskutere *hva* som kan tenkes å påvirke mekleratferd i domstolene, og som et praktisk bidrag til bevisstgjøring av (retts)mekleres atferd. Det er sentralt å merke seg at denne modellen betinger at meklerne har mulighet for å faktisk kunne utøve makt over partene, for eksempel på bakgrunn av at mekleren har en form for autoritet over partene, og da gjerne i kraft av sin rolle (for eksempel som dommer eller leder).

5.6. Hvordan forskningsspørsmålene blir besvart

De fem artiklene belyser de overordnede forskningsspørsmålene hver for seg og på ulike måter, både empirisk og teoretisk. Det er også noe overlapp mellom artiklene, hvilket er vanskelig å unngå når det skrives artikler om det samme temaet, men fra ulike innfallsvinkler. Et overordnet forskningsspørsmål var imidlertid 1: *Hva kjennetegner norske rettsmekleres atferd i norske rettsmeklinger?* På bakgrunn av analysene som er gjort, vil jeg trekke frem fire, generelle kjennetegn ved norske rettsmekleres atferd: (1) Det er et gjennomgående rettslig fokus i alle rettsmeklingene, (2) Rettsmeklerne synes generelt å utvikle et godt forhold til partene de mekler mellom, (3) Særmøtene brukes gjennomgående i prosessene og (4) De atferdsmessige variasjonene mellom de ulike meklerne synes i hovedsak å kunne forklares ved å se på a) maktbruk (lav/høy) og b) om meklerne fokuserer på behov eller løsninger i meklingsprosessene.

Hvis man videre skulle trekke frem ett fellestrekk ved de tre empiriske artiklene i dette arbeidet, så er det nettopp det gjennomgående rettslige fokuset som er å finne i majoriteten av de rettslige meklingsene. I artikkel 1 finner vi flere eksempler på rettslige introduksjoner og rettslige definisjoner av konfliktene. I artikkel 4 finner vi domstolsmetaforen som den mest utbredte metaforen i rettsmeklernes språkbruk. Det avdekkes maktbruk fra meklernes side – og endelig finnes flere eksempler på rettslige prosesser i særmøteform. I avslutningskapittelet vil jeg drøfte hvilke implikasjoner dette kan ha, og hva som kan gjøres for å sikre at rettsmekling forblir et alternativ til- og ikke en forenkling av ordinære domstolsprosesser.

Forskningsspørsmål 2 er det vanskelig å svare konkret på overordnet sett. Generelt kan jeg likevel si at det rettslige fokuset, kombinert med høy grad av tillit fra partene og

utstrakt særmøtebruk, kan skape rettssikkerhetsmessige utfordringer for parter i norske rettsmeklinger. Dette fordi vi står i fare for å få rettslige prosesser i særmøteform. Jeg vil drøfte dette mer avslutningsvis, men først vil jeg kort oppsummere svarene på de fem delspørsmålene i avhandlingsarbeidet.

Forskningsspørsmål 1a) *Hva kjennetegner norske rettsmekleres atferd i den innledende fasen av norske rettsmeklinger?* Artikkel 1 viser at det er stor variasjon i hvordan rettsmeklerne introduserer meklingsprosessen, og hvordan de definerer konfliktene. Det varierer også om partene får kommunisere sammen direkte før de skilles i særmøter i starten av prosessen. I den innledende fasen er det variasjoner i forhold til hvordan meklerne legger til rette for prosesser som skal løse tvister – eller om partene inkluderes i mer utforskende prosesser. Artikkel 5 illustrerer videre at meklerne varierer mellom å fokusere på partenes behov eller kun på løsninger i prosessen. Dette henger sammen med hvordan konfliktene defineres innledningsvis, og om meklerne *utforsker* hva problemene egentlig handler om før de fokuserer på løsninger. I artikkel 1 og 5 er det derfor fokus på konfliktdefineringsbegreper, men med ulik innfallsvinkel. Meklerne som er behovsorienterte er i all hovedsak sammenfallende med meklerne som definerte konfliktene på en utforskende måte i artikkel 1. I artikkel 5 skilles det også mellom meklere som utøver høy eller lav grad av makt. Meklere som utøver høy grad av makt innledningsvis er typisk dem som bestemmer hva prosessen skal handle om (for eksempel kun den rettslige tvisten), der partene ikke får lov til å være med å påvirke dette.

Forskningsspørsmål 1b) *Hva kjennetegner norske rettsmekleres språkbruk i norske rettsmeklinger?* I artikkel 4 besvares dette gjennom å utforske rettsmeklerens bruk av metaforer. Åtte språklige bilder blir identifisert, men domstolsmetaforen blir funnet å være den mest dominerende. Dette innebærer at det rettslige språket er utbredt hos alle de observerte meklerne. Det er imidlertid variasjon i forhold til hvor fleksible de ulike meklerne er til å bruke *ulike* metaforer, og dermed ulike perspektiv når de mekler.

Forskningsspørsmål 2a) *Hvordan påvirker norske rettsmekleres språkbruk rettsmeklingsprosessen?* I artikkel 4 besvares også dette. Jeg finner at ordvalgene som brukes kan bidra til å påvirke hvordan meklingsprosessen fremstår, hvordan konfliktene defineres og hvilke løsninger som blir tilgjengelig. Ordvalgene kan bidra til å utvikle forståelse mellom

partene eller til å skape frustrasjon. Meklernes ordvalg regnes derfor for å påvirke partene i rettsmeklingsprosessen på helt avgjørende måter.

Forskningsspørsmål 1c) *Hva kjennetegner norske rettsmekleres prosedyrevalg i norske rettsmeklinger?* Dette spørsmålet besvares delvis i artikkel 1, der variasjoner i prosedyrevalgene innledningsvis besvares. Den særlige variasjonen som finnes der er i hovedsak om partene får anledning til å kommunisere med hverandre i fellesmøter eller ikke, før de deles i sær møter. Deretter besvares spørsmålet mer grundig i artikkel 5, der hovedkonklusjonen er at sær møtene brukes gjennomgående i rettsmeklingene uten at det knyttes hensiktsmessighetsvurderinger til dem. Et særlig kjennetegn ved norske rettsmeklinger er nettopp den utbredte bruken av sær møter.

Forskningsspørsmål 2b) *Hvordan påvirker norske meklers prosedyrevalg partene og rettsmeklingsprosessen?* Dette spørsmålet besvares også i artikkel 5, der det konkluderes med at sær møtene innebærer en begrensning på partenes direkte kommunikasjon, hvilket er uheldig, gitt intensjonen med rettsmeklingsordningen, som blant annet er å *bedre* grunnlaget for partenes kommunikasjon. Sær møtene synes også å gi grunnlag for et svært godt forhold mellom mekler og parter i rettsmeklingsprosessen.

5.7. Oppsummering

I dette kapitlet har jeg oppsummert de fem artiklene, beskrevet bidragene fra hver enkelt artikkel og diskutert sammenhenger og overlapp mellom de ulike artiklene. Endelig har jeg diskutert sentrale utfordringer ved artiklene. Avslutningsvis har jeg konkret gjennomgått hvordan forskningsspørsmålene har blitt besvart, og knyttet dette til de aktuelle artiklene. I de neste fem kapitlene vil artiklene settes inn i kronologisk rekkefølge, fra 1 til 5, jf. tabell 5.1. under (kapittel 6-10).

Tabell 5.1.: Oversikt over artikler II

Kapittel	Artikkel	Navn	Type artikkel	Teoretisk rammeverk	Bidrag	Publisert
6	1	Hvorfor problemet er løsningen: Rettsmeklingens innledende fase	Empirisk	Avtalefokusert meklingsstiltærning Kognitiv kreativitets- og problemløsningsteori	Tilrettelegging for videre studier av prosedyrevalg, konfliktdefinerings og introduksjonsforedrag. Kategorisering av introduksjonsforedrag som informerende vs. pedagogisk og konfliktdefinerings som utforskende vs. innskrenkende	Boken <i>Areal og Eiendom</i> , s. 467-482 (2007). Universitetsforlaget.
7	2	Effektiv meklings: Kan større problemfokus gi mindre problemer?	Teoretisk	Avtalefokusert meklingsstiltærning Kognitiv kreativitets- og problemløsningsteori	Begrepsklargjøring av problemdefinerings i en meklingskontekst. Grunnlag for utforskning av sammenhenger mellom definerings og utfall.	Kart og Plan (4), s. 253-267 (2007). Fagbokforlaget. Medforfatter: Vidar Schei, NHH.
8	3	Konfliktthåndtering og retorikk	Teoretisk	Avtalefokusert meklingsstiltærning Kommunikasjonsteori	En sammenstilling av meklingssteori og kommunikasjonsteori som grunnlag for nærmere studier av språkbruk i en meklingskontekst. Begrepsavklaring.	Beta, 1, s. 64-77 (2007).
9	4	Språklige bilder i rettsmeklinger - en analyse av metaforer i meklingsprosessen	Empirisk	Avtalefokusert meklingsstiltærning Konseptuell metaforsteori	Identifisering og kategorisering av åtte metaforer i meklernes språk. Metaforene som bidrag til å tydeliggjøre og skape gjensidig forståelse, men også til å frustrere og skape for enkle bilder av situasjonene Påvirkning fra rettslige rammer på meklernes språkbruk	Lov og Rett (47), s. 615-634 (2008).
10	5	Særmøter som rasjonelle myter? - En analyse av omfang og innhold av særmøter i rettslige meklings	Empirisk	Avtalefokusert meklingsstiltærning Ny-institusjonell teori	Særmøter brukes uten at det knyttes hensiktsmessighetsvurderinger til dem, det innebærer overbruk og unødvendig bruk; særmøter som rasjonelle myter. Identifisering av makt og fokus på behov vs. løsninger i meklernes tiltærninger. Meklerne er konsistente i sin atferd.	Tidsskrift for Rettsvitenskap (2), s. 288-326 (2010).

6.0. Artikkel 1

Hvorfor problemet er løsningen: Rettsmeklingens innledende fase

HVORFOR PROBLEMET ER LØSNINGEN: RETTSMEKLINGENS INNLEDENDE FASE

AV STIPENDIAT SOLFRID MYKLAND¹

Meklingsprosesser kan gjennomføres på svært ulike måter. Den innledende fasen kan være avgjørende for hvor vellykket meklingen blir. En studie av rettsmeklinger indikerer at meklingsprosessen, og utfallet av denne, påvirkes av følgende aktiviteter i den innledende fasen (1) meklers introduksjon om meklingen til partene, (2) meklers prosedyrevalg mht. bruk av separatmøter vs. fellesmøter, og (3) meklers definering av konflikten. Gode løsninger kan være vanskelig å finne uten en innsiktsfull forståelse av problemet. En utelukkende løsningsorientert tilnærming til meklingen kan derfor legge begrensninger for hvilke løsninger som er mulige å oppnå.

1 TEMA FOR KAPITLET	468
1.1 Helt kort om studien	469
1.2 Litt om hva mekling er	469
2 NOEN INTERESSANTE MOMENTER FRA OBSERVASJONENE	471
2.1 Introduksjonsforedraget	471
2.2 Separatmøter vs. fellesmøter	474
2.3 Konfliktdefinering i introduksjonen til meklingen	476
3 AVSLUTNING	479
REFERANSER	481

1 Solfrid Mykland (f. 1975) er jordskifte kandidat fra Norges Landbrukshøgskole (2000) og har høyere avdeling i administrasjon og ledelse fra Norges Handelshøyskole (cand. merc.) (2003). Hun er stipendiat ved Institutt for strategi og ledelse ved Norges Handelshøyskole (2003–). Fagredaktør for eiendomsfag i Kart og Plan (2004–). Høgskolelektor ved Høgskolen i Bergen (2000–2002). Saksopnevnt jordskiftedommer ved Nord- og Midhordland jordskifterett (2000–2002).

1 TEMA FOR KAPITLET

Mekling brukes stadig oftere som metode for å løse konflikter på mange felt, både i den offentlige og private sfære. I domstolene har rettsmekling kommet for å bli, og i dag omfatter ordningen alle landets ordinære domstoler.² I jordskifteretten vil prøveordningen med rettsmekling innføres fra april 2007.³

Meklere generelt og rettsmeklere spesielt velger i hovedsak selv hvordan en mekling gjennomføres, både når det gjelder prosedyrevalg og teknikker (jf. forskrift om rettsmekling § 4). Ethiske retningslinjer gir på den annen side begrensninger for hva som er tillatt.⁴ Kursing i rettsmekling introduserer meklerne til den normative måten rettsmekling gjennomføres på. Selv om meklerne i stor grad har den samme opplæringen, finner vi stor variasjon både i innhold og form på meklingene. Meklerne har mulighet til å bruke teknikker de finner mest hensiktsmessig, men samtidig vil det være utfordrende for dem å vite hvilke teknikker som kan være de beste i ulike situasjoner. Det er derfor viktig både praktisk og teoretisk med mer kunnskap om innhold og effekter av ulike meklingsteknikker og de ulike fasene av meklingsprosessen. Meklingsforskningen etterlyser også mer kunnskap om utvalgte deler av meklingsprosessen og flere direkte studier av meklingsteknikker (Wall, Stark og Standifer 2001). I den kognitive psykologien er det mye forskning på de innledende fasene av beslutningsprosessen, og det er funnet betydelige effekter på utfall av blant annet problemdefinisjoner, (se f.eks. Getzels og Csikzentmihalyi 1975, 76; Raiffa 1968; Runco og Okuda 1988). På bakgrunn av praksis og teori har jeg derfor valgt å fokusere på den innledende fasen av meklingsprosessen.

Med utgangspunkt i observasjonene fra studien gis det en oversikt over variasjoner i tre aspekter ved den innledende fasen; én prosedyre (separatmøter vs. fellesmøter) og to teknikker (introduksjonsforedrag og konfliktdefinerings). Varianter av disse tre aspektene finnes i starten av de fleste meklinger. Relevant teori brukes for å drøfte implikasjoner som forskjellene kan medføre.

² Se forskrift om forsøksordning med rettsmekling § 1. Se også Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) om bakgrunn for forsøksordningen.

³ Se Ot.prp. nr. 78 (2004–2005) Om lov om endringer i jordskifteloven m.v.

⁴ Det finnes pr. i dag ingen nedskrevne profesjonsetiske retningslinjer for dommere eller for rettsmekling. Foreløpig kan det være naturlig å ta utgangspunkt i domstoloven § 55 (3): «*En dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt.*» Det er imidlertid opprettet et tilsynsutvalg som skal utvikle normer for god dommerskikk gjennom sine avgjørelser. Det skal også reagere raskt mot dommere som utviser kritikkverdig atferd.

1.1 Helt kort om studien

Studien ble gjennomført i tidsrommet fra 2004 til 2006. Jeg gjennomførte en eksplorativ, kvalitativ⁵ studie der det ble observert 13 rettsmeklinger, 10 meklere og 6 ulike konflikttyper (blant annet; erstatningssaker, saker om arbeidsforhold og tingsrettslige problemstillinger). Jeg informerte de aktuelle domstolene om prosjektet i et brev. Responsen var positiv, og jeg fikk tildelt meklinger ut fra hvilke saker det var tilgang til og der partene og mekler aksepterte at det skulle være en observatør til stede.

Utgangspunktet var at jeg ville studere den innledende fasen i meklingsprosessen. Jeg var ute etter hvilken variasjon i tilnærminger til konfliktene som fantes, og det var derfor en fordel med tilfeldig tildeling av meklere og konflikttyper. De 13 meklingsene jeg fikk tilgang til, varierte både med hensyn på konflikttyper (erstatningssaker–oppsigelser), meklers erfaring (antall saker) og instanser (tingrett og lagmannsrett).

En kvalitativ studie vil gi mer innsikt i, og forståelse for, et fenomen, og den vil også kunne legge til rette for senere kausale⁶ studier, da den klargjør hvilke variabler som kan være relevante å utforske sammenhengene mellom, se f.eks. Widerberg 2001. Formålet med denne studien har nettopp vært å få mer innsikt i *hva* meklerne gjør i den innledende fasen, og utforske de variablene som synes relevante ut ifra observasjoner og teori.

1.2 Litt om hva mekling er

Når parter i konflikt ikke klarer, eller ønsker, å forhandle seg frem til enighet på egen hånd, trenger de ofte hjelp fra en utenforstående tredjepart, f.eks. en mekler, for å komme frem til en løsning. Partenes interesser og behov har gjerne manifestert seg i fastlåste, juridiske posisjoner. I en tvist for domstolene er disse typisk uttrykt ved påstander i prosesskriv fra advokater.

Det finnes i prinsippet to typer forhandlinger; fordelingsforhandlinger (der det bare er én dimensjon, f.eks. et økonomisk beløp) og integrasjonsforhandlinger (der det er eller kan skapes flere dimensjoner) (se f.eks. Rognes 2001). I fordelingskonflik-

5 Kvalitativ forskning er *innholdssøkende*, mens kvantitativ forskning (f.eks. eksperimentell forskning) er mer *innholdsstyrt*. Se Widerberg (2001) for en innføring i kvalitativ forskning.

6 Kausale studier er i hovedsak eksperimentelle. I disse undersøker man årsak-virkning effekter. Dette kan være problematisk i mange samfunnsvitenskapelige fagområder da det er så mange faktorer som virker samtidig. For å kunne studere årsak-virkning, f.eks. hvordan problemdefinisjoner innvirker på utfall, må man legge forholdene til rette slik at man er sikker på at det er problemdefinisjoner som fører til variasjoner i utfall, og ikke f.eks. antall løsningsforslag e.l. I et eksperiment må man konstruere en kunstig situasjon for å kontrollere for alle de faktorene som kan føre til feilaktige konklusjoner. I meklingsforskningen har eksperimentet foreløpig blitt lite benyttet som forskningsmetode. For en oversikt over eksperimentelle tilnærminger, se f.eks. Frankfort-Nachmias og Nachmias (1996), eller se Skog (1998).

tene er gjerne posisjonene av samme karakter som interessene (f.eks. penger). I integrasjonskonfliktene vil man kunne finne bakenforliggende interesser og behov bak posisjonene.

Mekling kan defineres som assisterte forhandlinger (Pruitt og Carnevale 1993). Det betyr at enten assisteres det i fordelingsforhandlinger, eller i integrasjonsforhandlinger. De fleste meklinger starter som fordelingsforhandlinger siden partene ikke har klart å komme frem til enighet på egen hånd. Utgangspunktet er oftest tilsynelatende motstridende mål og forhandlingssoner som ikke overlapper. En viktig oppgave for mekler er å finne ut hvilken type forhandlinger han skal assistere i. Det bakenforliggende konfliktområdet er oftest ukjent for mekler, og han vet vanligvis ikke om konflikten har et kreativt potensial før han møter partene. Avhengig av hvilken informasjon mekler mottar i forkant av en mekling vil han være mer eller mindre forberedt på dette. Meklerne tar i noen tilfeller kontakt med partene selv eller advokatene deres i forkant av meklingen. Dette kan være en god mulighet for å få tak i sentral informasjon om den aktuelle konflikten.

Mekling er en interessebasert metode for konfliktløsning. Det betyr at det er partenes interesser og behov som skal legge premissene for en løsning, ikke de rettighetene man måtte ha. I domstolene er det i prinsippet motsatt. Der vil en løsning bygge på de rettighetene man objektivt sett har, og den vil være innenfor partenes nedlagte påstander, jf. tvistemålsloven (tvml.) § 85.

Meklingens komparative fortrinn i forhold til tradisjonell domstolsbehandling er at man kan frigjøre seg fra det rettslige utgangspunktet og tenke praktisk, fremtidsrettet og kreativt. I en domsprosess er det historiske hendelser (bevis) og rettsregler som legger premissene for en dom. I mekling er det fremtiden som er fokus (hva er best for oss?). Partene skal være sentrale aktører i en mekling. Det er de som kjenner konflikten best, som skal utforme den endelige avtalen og leve med løsningen. Vi sier at mekleren har prosesskontroll, men ikke beslutningskontroll, dvs. han styrer prosessen, men har ikke ansvar for at det tas en beslutning (Rognes 2001). På ethvert stadium i meklingen kan imidlertid partene velge å stoppe prosessen. Det skal ikke brukes tvang i en meklingsprosess, kravet til frivillighet er ufravikelig. Alt dette gir i prinsippet partene en helt annen rolle enn i en domsprosess. Samtidig er det viktig å merke seg at om partene bryter meklingen, vil alternativet være hovedforhandling i domstolene, noe som kan være kostbart, både økonomisk og menneskelig. Insentivene for å komme frem til en avtale vil derfor ofte være sterke.

I en rettsmekling er det vanligvis en dommer som utfører meklingen.⁷ Dette kan være utfordrende både for mekler selv (ny rolle) og for partene (å oppfatte mekler som mekler og ikke som dommer). Rettsmekleren får stor autoritet i kraft av sin posisjon som «egentlig dommer». Denne autoriteten gir en makt som lett kan misbrukes. Hen-

7 Forskriften til rettsmekling § 3: «Rettsmekling skal foretas av forberedende dommer, en av de øvrige dommerne ved domstolen, eller av en annen person med innsikt i rettsmekling og/eller de tvistepunkter saken berører.» Det betyr at man f.eks. kan bruke bygningssakyndige eller psykologer som rettsmeklere.

tydninger til hva som kan være «riktig» utfall, oppfattes fort av partene som domsprognoser og det oftere enn meklere selv opplever å ha gitt en slik prognose (jf. NOU 2001: 32).⁸ Resultatet av at mekler er for pågående, kan bli «tvangsforlik», noe som er uheldig både for partene og for rettsmeklingsinstituttet, jf. også klagesakene til tilsynsutvalget for dommere.⁹ En rettsmekler kan til en viss grad tillate seg å antyde hva han mener er «riktig» resultat siden rettsmekleren som hovedregel ikke kan pådømme de sakene han har meklet (jf. Forskriften til rettsmekling § 7). Dette er til forskjell fra tradisjonell mekling i domstolene etter tvml. § 99, der dommeren selv kan mekle mellom partene selv om han skal pådømme saken om partene ikke kommer til enighet. I denne situasjonen må, og vil, en dommer være svært forsiktig med å antyde noe som helst da han lett kan komme til å bli inhabil. Studier viser at dommere i jordskifteretten mekler mye med utgangspunkt i tvml. § 99 (se f.eks. Rognes og Sky 1999). Det vil derfor åpne seg muligheter for enda mer aktiv mekling i jordskifteretten fra 2007 når prøveordningen med rettsmekling innføres.

2 NOEN INTERESSANTE MOMENTER FRA OBSERVASJONENE

I det følgende blir det gitt en oversikt over de tre aspektene jeg har funnet det interessant å utdype fra innledningen i meklingsprosessen; (1) introduksjonsforedraget til mekler, (2) om det brukes separatmøter eller fellesmøter med partene og (3) selve konfliktdefineringsprosessen.

2.1 Introduksjonsforedraget

Når meklingen starter, har samtlige meklere et introduksjonsforedrag til meklingen. Mekleren starter prosessen med å ønske velkommen til mekling og kanskje informere om dagens agenda. Introduksjonsforedraget er slutt når det åpnes for at parter og/eller advokater skal redegjøre for den konflikten som er til behandling.

Studien viser at det er stor variasjon når det gjelder hvilken informasjon meklere gir partene i introduksjonen (innhold), og hvordan de gir denne informasjonen (form). Eksempler på dette fra observasjonene er:

8 Se side 43 i evaluering av prøveordning med rettsmekling.

9 Ingen av klagesakene har ført til disiplinærtiltak mot dommerne. Parter har imidlertid klaget på at de har blitt presset for mye til å inngå forlik under rettsmeklinger. Se www.domstol.no, «Klage på dommere».

- meklingsens historie (internasjonalt og nasjonalt)
- domstolens erfaringer med mekling (her oppnår vi avtaler i tre av fire meklingsaker)
- formålet med mekling (interessebasert metode, komme frem til løsninger i minnelighet)
- fordelene med mekling (kontroll over utfall, kreative løsninger)
- spilleregler (konfidensialitet)
- rollen som mekler (mekler, ikke dommer)
- stilen som mekler (aktiv/passiv)
- avklaring av forventninger (det kan ta tid, fordeler og ulemper med særmøter, hva kan man oppnå)
- definering av konflikttema (hva skal behandles)
- avklaring av alternativ til avtale (dyr hovedforhandling)
- demonstrere kjennskap til konflikten (har lest dokumentene)
- abstrahering av konflikten (slike konflikter løser vi mange av gjennom mekling)
- undervisning av partene (hva er konflikt og hva er mekling) (pedagogisk tilnærming)

Kun et fåtall av meklerne har svært korte introduksjoner (mindre enn fem min.). I de korteste introduksjonene blir det gjerne ønsket velkommen til mekling, og det blir orientert om spilleregler og prosedyrevalg. Felles for de fleste meklerne er at de ber partene tenke fremover. I de lengre introduksjonene er det gjerne inkludert flere av momentene (10 til 15 min.).

Meklerne varierer mellom å ha en informerende form – og en mer *pedagogisk* form på introduksjonen. De som er mer pedagogiske, bruker bl.a. tid på å forklare og undervise partene om hva mekling er, hva konflikt er – og hvilken betydning dette har for meklingsprosessen.

2.1.1 Teori og refleksjoner

Introduksjonsforedraget til mekler er i mange tilfeller startskuddet for meklingsprosessen. Det kan være partenes møte med hva dette skal dreie seg om.¹⁰ Spørsmålet er om form og innhold på meklers introduksjon vil kunne ha noen innvirkning på meklingsprosess og eventuelt utfall.

Mekling er for de fleste noe helt nytt. Ifølge teori om førsteinntrykk tar det svært kort tid for mennesker å danne seg et bilde av andre mennesker eller situasjoner (Fiske og Taylor 1991, Plous 1993). Dette inntrykket dominerer gjerne senere inntrykk og beslutninger. Ifølge retorisk teori inntar innledningen en nøkkelposisjon i en tale (Andersen 2002). Mislykkes taleren der, risikerer han å tale videre for døde ører. Et godt

¹⁰ Partene vil få informasjon om meklingen i forkant; de vil også ha mottatt en henvendelse der de har akseptert å delta i rettsmekling. Det varierer hvem denne henvendelsen kommer fra, men ofte tar mekleren selv kontakt med partene.

introduksjonsforedrag skulle man derfor tro vil kunne legge til rette for at partene får et godt inntrykk av meklingsprosessen, og dermed kan det gi bedre prosesser og resultat enn en mindre god introduksjon. Spørsmålet blir da nødvendigvis hva en god introduksjon er og hvilke elementer denne bør inneholde.

Ifølge Goldberg (2005) er noe av det viktigste i meklingsprosessen at partene utvikler et tillitsforhold til mekler. Flere studier viser at partenes tillit til mekler henger nært sammen med om det oppnås avtaler eller ikke (se f.eks. Carnevale og Pruitt 1992). I kapittelet til Rognes og Sky (s. 511) beskrives det hvor viktig det er at tillitsforholdet mellom parter og mekler blir utviklet tidlig i prosessen.

Introduksjonen til mekleren er en monolog. Han kan imidlertid allerede i introduksjonen demonstrere kjennskap til konflikten, kunnskap om prosessen og klargjøre mulighetene som finnes. Moore (1983) beskriver en fasemodell for mekling, der mekler i den første fasen utvikler tillit til partene nettopp ved å forklare om meklingsprosessen, meklers nøytralitet og ved å gi spilleregler til prosessen. Mekler kan vise at han tar partene på alvor ved å demonstrere at han har satt seg godt inn i saken og ønsker å jobbe for å få til de beste løsningene. På bakgrunn av teori og observasjoner vil jeg derfor konkludere med at introduksjonen kan være et viktig element når det gjelder å utvikle tillitsforholdet mellom parter og mekler. Videre studier kan utforske dette forholdet nærmere.

Dialogforskeren Bohm har funnet at det å starte dialogen med en introduksjon og undervisning om dialogen, vil ha en positiv effekt og dermed gi kvalitativt bedre dialoger (Bohm 2004). Kanskje er det også slik med meklingsprosesser at opplæring eller undervisning i konflikt, dialog og meklingskunnskap vil kunne gjøre partene bedre rustet til å gjennomføre gode meklingsprosesser.

I studien er det observert flere tilfeller der mekler forklarer og nærmest underviser partene om fordelene og formålet med mekling. Jeg observerte til dels inngående beskrivelser av hvordan mekling kan brukes til å skape kreative og gode løsninger, gjennom å tenke praktisk og fokusere på behov og interesser. Mange meklere stopper her. Etter beskrivelsen av meklingsprosessens komparative fortrinn går man videre til å fokusere på den spesielle konflikten og søker å finne en løsning på denne, oftest i form av et kompromiss. Det mangler mange ganger en link mellom teori og praksis. Denne linken finnes imidlertid hos noen av meklerne. Etter det har blitt informert og «undervist» generelt om prosessen, går man videre og ser eksplisitt på hvilke implikasjoner dette kan ha for konflikten som er til behandling der og da. Man går fra det generelle (meklingsprosessen) til det spesielle (konflikten som skal behandles egner seg for mekling), og så kanskje tilbake igjen til det generelle (liknende konflikter har blitt behandlet med stor suksess tidligere). Putnam (2004) og Spector (1995) finner at slike sprang mellom det spesielle og generelle, eller abstrahering av konfliktene til et annet nivå, kan være vendepunkt i vanskelige forhandlingsprosesser, til mer konstruktive prosesser. Ved å løfte konflikten opp på et mer generelt nivå, kan man ufarliggjøre og normalisere det som skjer mellom partene, og dette kan virke konfliktdepende (Putnam 2004).

Mange parter som møter til mekling er nervøse og konsentrerte i forhold til det som skal skje. Det kan derfor være utfordrende for mekler å nå frem med den informasjonen som gis. Nettopp derfor kan man tenke seg at formen på introduksjonen kan være av-

gjørende for om den har effekt eller ikke. Pedagogiske tilnærminger som de blant annet Putnam (2004) har studert, vil kanskje ha et fortrinn i forhold til kun informasjon. Det gjenstår imidlertid ytterligere studier før vi kan si noe om effektene av dette. Undervisning som element i introduksjonen synes imidlertid å være et potensielt viktig virkemiddel for mekler for å oppnå en bedre prosess og et bedre utfall i meklingsprosessen.

2.2 Separatmøter vs. fellesmøter

Partene i en rettsmekling kan kommunisere på to ulike måter; (1) direkte i fellesmøter, eller (2) indirekte gjennom mekler i separatmøter. Ved separatmøter er partene atskilt, og all kommunikasjon går gjennom mekler. Bruk av separatmøter (caucus) er en kjent prosedyre i meklingsforskningen, og for rettsmekling reguleres og muliggjøres dette av tvml. § 99 a. Det er viktig å merke seg at ordinær mekling etter tvml. § 99 umuliggjør bruk av separatmøter på grunn av det kontradiktoriske prinsipp.¹¹ Rettsmekling åpner derfor for en helt ny måte å mekle på i domstolene.

Studien viser at det er flere måter å kombinere bruken av enkeltmøter og fellesmøter på i de innledende fasene. Etter introduksjonen fra mekler er det i prinsippet observert fire måter å fortsette prosessen på:

- 1 ingen kommunikasjon mellom part og motpart, men umiddelbart over i separatmøter
- 2 presentasjon av saken av parter eller advokater, deretter over i separatmøter
- 3 presentasjon av saken av parter eller advokater, deretter meningsutveksling mellom partene «så lenge dette er fruktbart», deretter over i separatmøter
- 4 fellesmøter gjennom hele prosessen

På kursene som gis i rettsmekling er budskapet at den normative metoden for rettsmekling er punkt 3, dvs. kort presentasjon av saken, meningsutveksling så lenge det er produktivt, og deretter overgang til separatmøter. Dommerne i tingretten brukte i hovedsak metode 2 og 3. Alle disse dommerne lot partene presentere konflikten i starten. To stykker gikk deretter direkte over i separatmøter, mens noen (fire stykker) også tillot meningsutveksling etter presentasjonen. Dommerne i lagmannsretten derimot brukte i all hovedsak den første metoden, dvs. separatmøter gjennom hele prosessen. Ekstremtilfellet av separatmøtene er telefonmeklingene, der partene ikke møtes i det hele tatt, men sitter på hvert sitt sted og snakker med mekler i telefonen. Metoden der partene holdes samlet gjennom hele prosessen, ble kun observert i et rollespill i et kurs for meklere. To dommere fortalte der om at de brukte denne metoden så langt det lot seg gjøre.

¹¹ Det kontradiktoriske prinsipp innebærer at partene skal ha full tilgang til alt det motparten anfører, slik at man er kjent med det motparten påstår og grunnlegger sine krav med.

Det er en stor forskjell på hvordan sakene fremstår i tingrett og lagmannsrett. Sakene i lagmannsretten er i hovedsak godt opplyst. Det foreligger blant annet dom i tvisten fra tingretten. I tingrettene kan konfliktene være mer uoversiktlige når behandlingen starter. I jordskifteretten vil sakene kunne være enda mer uoversiktlige da det er mange selvprosederende parter. Fordelen kan være at konflikten ikke er transformert til det juridiske språket ved hjelp av advokater.

2.2.1 Teori og refleksjoner

Observasjonene viser stor variasjon i forhold til hvordan meklere benytter separatmøter tidlig i prosessen. Spørsmålet er hvilken betydning dette prosedyrevalget innledningsvis kan ha for meklingsprosess og utfall.

Parter i konflikt er vanligvis ikke opptatt av samarbeid, de tenderer mer til å være låst fast i egen virkelighetsoppfatning og oppfatter gjerne konflikten som en vinn-tap situasjon og motparten som vanskelig (se f.eks. Bazerman 1983; Bazerman og Carroll 1987). Spørsmålet er da om det er sannsynlig at partenes presentasjon av konflikten i plenum i innledningen av en meklingsprosess vil tilføre meklingsprosessen noe positivt, eller om den vil kunne vanskeliggjøre den videre prosessen. Kressel (1994) hevder at den største feilen man kan gjøre i en meklings situasjon er å la hver part fortelle historien sin foran motparten (s. 25). Problemet er at den destruktive tilnærmingen som partene naturlig har, smitter over på motparten, og partene blir bare unødvendig minnet på konfliktnivået i saken. Emery og Jackson (1989) finner fra en studie av barnefordelingssaker at de tidlige fellesmøtene der partene presenterer konflikten, oftest ender opp i krangler som stort sett alltid er uproduktive. Moore (1996) hevder derimot at meklere bør være forsiktige med å møte partene enkeltvis for tidlig, når partene fremdeles evner å snakke produktivt sammen, men man skal heller ikke vente for lenge slik at uproduktive, fiendtlige handlinger og utsagn medfører at posisjonene blir forsterket. Moore (1987) finner at emosjonell eskalering tidlig i prosessen kan ha negativ effekt på muligheten av å oppnå avtale.

En utfordring synes derfor å være å unngå unødvendig emosjonell eskalering, og ivareta muligheter for produktiv kommunikasjon. I de tilfellene der konfliktnivået er høyt, er sannsynligheten for en initiell produktiv kommunikasjon veldig liten. I disse tilfellene bør kanskje partene skilles i separatmøter helt fra starten. Det er konsistente funn i meklingsforskningen som viser at separatmøter gir mange positive effekter; partene er mindre fiendtlige enn når de er i fellesmøter (Welton, Pruitt og McGillicuddy 1988), de avdekker lettere interesser og behov (Fisher, Ury og Patton 1991; Welton et al. 1988), de har en god anledning til å få ut frustrasjon (venting) (Moore 1996; McGillicuddy og Ippolito 1989; Pruitt, Fry, Castrianno, Zubeck, Welton), og man kan undervise partene i forhandlingsteknikker og effektiv kommunikasjon (Hobbs 1999; Moore 1987; Moore 1996; Volkema 1988). Når partene får gitt utløp for sin frustrasjon, blir de vanligvis mer samarbeidsvillige i etterkant (Covey 1989). Dette viser at sannsynligheten for å oppnå produktiv kommunikasjon mellom partene *etter* separatmøter med mekler, kan være høyere enn før et slikt møte. Mekler får ofte tilgang på mer informasjon og kan lettere ha kontroll med konfliktnivået.

Observasjonene viser at de tilfellene der partene fikk presentere saken for hver-

andre med påfølgende meningsutveksling, ofte endte i konflikteskalering og raseri-utbrudd. Det synes å være utfordrende for mekler å vite når dialogen endrer seg fra å være produktiv til uproduktiv og kanskje til å være direkte ødeleggende. Dette problemet er ikke til stede i de tilfellene der partene blir delt med en gang. Spørsmålet er om det er behov for partene å treffes direkte. Hva er egentlig formålet med fellesmøtene?

Et mål for meklingsprosessen vil oftest være å komme frem til gode avtaler (se f.eks. Pruitt og Carnevale 1993). Ekstrem bruk av separatmøter gir mekler det meste av kontrollen både med prosess og utfall såfremt ikke partene bryter meklingen. Utfordringen med dette er at mekler i verste fall kan manipulere partene til å inngå avtaler (Moore 1996, Volkema 1988). Partene blir en mindre tydelig del av prosessen når de ikke møtes. Det relasjonelle elementet kan da bli skadelidende (Pruitt et al. 1989). Parter som har langvarige relasjoner, er ofte tjent med å lære å kommunisere sammen. Selv om separatmøtene synes å være svært effektive og brukes utstrakt som hjelpemiddel under rettsmeklinger, kan det nok også være en fordel at partene får anledning til å kommunisere sammen i løpet av prosessen. Det vil mange ganger være naturlig at partene samles etter en avtale er inngått. Kanskje bør det fokuseres på at partene kan komme i dialog på dette tidspunktet om avtalen og eventuelt fremtidige utfordringer.

Et annet formål med fellesmøtene kan være å få mest mulig informasjon på bordet i fellesskap. I de tilfellene sakene er godt opplyst på forhånd, er det kanskje ikke behov for dette. I sakene som er mindre opplyst, kan det være behov for mer avklaring og informasjonsutveksling innledningsvis. En advokat sa at han opplevde advokatpresentasjonene og meningsutvekslingene som veldig nyttige i tingretten. Dette ga han mer innsikt i faktum og i motpartens syn, og det ga han også større innsikt i styrker og svakheter ved *egen parts* sak. Det er først på dette tidspunktet at mange saker blir presentert på en systematisk måte.

2.3 Konfliktdefinerings i introduksjonen til meklingen

Definering handler generelt om presisering, avklaring og avgrensning. En konfliktdefinering vil dermed kunne innebære at man presiserer, avgrenser eller legger til rette for å utforske innholdet i en konflikt. Ved å definere en konflikt i en mekling, vil man kunne avdekke om konflikten har integrativt¹² eller distributivt¹³ potensial.

12 Integrativt potensial innebærer at konflikten har mer enn én dimensjon, eller man kan finne bak-enforliggende interesser og behov som kan føre til kreative omdefineringer av konflikten. Dette er grunnlaget for såkalte vinn-vinn løsninger. Særlig tingsrettslige konflikter har potensial for å gi slike løsninger.

13 Distributivt potensial innebærer at det kun er én dimensjon som skal behandles. Det betyr at mer for den ene blir mindre for den andre, dvs. en vinn-tap løsning. Typisk vil være forhandlinger som kun har en økonomisk dimensjon, f.eks. en erstatningssak, eller en grensetvist, hvor partene har klart definerte påstander og skal forhandle om et areal.

En konflikt som skal behandles i en rettsmekling, er ofte blitt en juridisk definert tvist. Det betyr at den opprinnelige konflikten eller konfliktområdet er transformert og formulert ved hjelp av juridiske termer (Vindeløv 1997). Tvisten og løsningsrommet er gjerne definert ut fra partenes påstander eller krav.

I det følgende vil jeg fokusere på variasjoner i konfliktdefinering i starten av prosessen. Følgende variasjoner er observert:

- Mekler definerer uttrykkelig konflikten selv i introduksjonen med utgangspunkt i informasjonen som er tilgjengelig på forhånd («*Konflikten handler om oppsigelse og erstatning knyttet til dette.*»)
- Mekler definerer ikke hva som skal behandles i introduksjonen, men sier han har lest dokumentene slik at partene kan legge til grunn at han kjenner saken.
- Mekler definerer konflikten etter at partene har hatt innledningsforedrag («*Partene er enig i at det er noe vann på avveie + at selger ikke kjente til skaden ved salget. Vi snakker da her om en skjult mangel.*»)
- Mekler legger til rette for en prosess der det skal utforskes hva konflikten egentlig handler om, med utgangspunkt i det som står i prosesskrivene («*Det blir spennende å høre hva det her er snakk om, og hva konflikten egentlig dreier seg om. Er det kun et pengebeløp, eller er det andre underliggende interesser her, for eksempel en aksept eller unnskyldning fra den andre part. Husk at konflikter ofte handler om andre ting enn det som synes åpenbart ut fra posisjonene.*»)

Fem meklere nevnte ikke konflikten i introduksjonen utover å si at de har lest dokumentene og kjenner saken. Implisitt tar disse meklere utgangspunkt i prosesskrivene. Tre meklere definerte konflikten eksplisitt i introduksjonen, ved å ta innskrenkende utgangspunkt i prosesskrivene. To meklere definerte konflikten i introduksjonen med et åpent utgangspunkt. Basert på dette har jeg utviklet to kategorier for definering:

- innskrenkende og
- utforskende

En innskrenkende definering vil innebære at mekleren snevrer inn et potensielt utfallsrom ved å avgrense mulige defineringsmuligheter til én type definering, f.eks. *dette er en erstatningssak*. En utforskende definering vil innebære at mekleren er åpen for innspill i forhold til hva konflikten egentlig handler om, og lar partene legge premissene for hva som skal behandles. Mekler låser seg ikke innledningsvis i forhold til hvilken konflikttype det er snakk om.

2.3.1 Teori og refleksjoner

Observasjonene viser stor variasjon i forhold til hvordan meklere definerer og tilnærmer seg konfliktene. Spørsmålet er også her hvilken betydning denne innskrenkende eller utforskende tilnærmingen til konflikten har.

I meklingslitteraturen og i kursene i mekling fokuseres det mye på de kreative av-

talene meklingsprosessen gir mulighet for (se f.eks. Pruitt og Carnevale 1993). Studier fra den kognitive psykologien finner at fokus på definering blant annet gir mer originale og kreative utfall (Getzels og Csikszentmihalyi 1975, 1976), bedre kvalitet på utfall (Redmond, Mumford og Teach 1993) og flere løsninger (Runco og Okuda 1988). I meklingsforskningen finner vi noen få studier som har fokusert på definering. Kressel, Frontera, Forlenza og Butler (1994) finner at de meklerne som brukte mest ressurser på å definere konfliktene innledningsvis, fikk bedre kvalitet på avtalene enn de meklerne som fokuserte på løsninger svært tidlig i prosessen og mer eller mindre ignorerte defineringsfasen. Med utgangspunkt i funn fra den kognitive forskningen og meklingsforskningen, vil jeg derfor anta at definering kan være en viktig faktor for å få til kreative prosesser og gode utfall i meklingsprosessen.

Det er likevel viktig å understreke at ikke alle konflikter har potensial for kreativ omdefinering og kreative utfall. De distributive konfliktene skal, og kan, vanligvis ikke defineres kreativt. I en konflikt der partenes relasjon avsluttes etter konflikten er løst, som f.eks. en erstatningssak om skjulte feil og mangler mellom kjøper og selger, har det vanligvis ingen hensikt å prøve å definere konflikten på en annen måte. Det er de integrative konflikttypene som kan nyttiggjøre seg de kreative mulighetene i meklingsprosessen. Konflikter mellom parter som har langvarige relasjoner, gir spesielt gode muligheter for kreative løsninger, ved hjelp av flere dimensjoner i konflikten (på grunn av flere møtepunkter mellom partene) eller ved å bruke tidsfaktoren som hjelp («neste gang er det din tur til å få gjennomslag»). Resten av kapitlet vil derfor være mest relevant for de potensielt integrative konfliktene.

Einstein skal en gang ha sagt følgende (fra Buyukdamgaci 2003, s. 327): «*Formuleringen av et problem er ofte viktigere enn selve løsningen av det. Når problemet er formulert, vil man ofte kunne komme frem til løsningen ved hjelp av logikk eller matematiske teknikker*» (min oversettelse). I domstolene er det nettopp slik; når konflikten har blitt definert som en juridisk tvist, kan man bruke den juridiske metode til å komme frem til et logisk svar. Resultatet blir nedfelt i en dom. Spørsmålet blir imidlertid om den juridiske defineringen gir unødvendig store begrensninger i potensielle løsningsrom for konfliktene, og om det burde brukes tid på å utforske nærmere andre måter å definere konflikter på, særlig i forhold til konflikter som skal behandles gjennom rettsmekling.

Getzels (1982) har et eksempel med problemdefinering:

En bil kommer kjørende på en øde landevei og punkterer et hjul. Passasjerene i bilen går til bagasjerommet og finner ut at de ikke har med seg noen jekk. De definerer problemet ved å stille spørsmålet: Hvor kan vi få tak i en jekk? De ser seg omkring og ser noen tomme låver, men ingen bebodde hus. De husker at flere kilometer tilbake hadde de passert en bensinstasjon. De bestemmer seg for å gå tilbake til bensinstasjonen for å få låne en jekk. Når de har gått, kommer det kjørende en annen bil fra motsatt side. Denne bilen punkterer på omtrent samme sted. Passasjerene går til bagasjerommet og finner ut at de ikke har med seg noen jekk. De definerer problemet ved å stille spørsmålet: Hvordan kan vi få løftet opp bilen? De ser seg omkring, og ikke langt fra veien ser de en låve som har en lift som kan løfte høyballer. De skyver bilen bort til låven, heiser opp bilen med liften, bytter hjulet – og kjører av sted.

Denne historien illustrerer at måten vi definerer problemet på kan være avgjørende for hvilken metode vi bruker for å løse problemet, og dermed bestemmende for hvilke løsninger som blir mulige. I forhold til tingsrettslige problemstillinger som jordskifteretten forholder seg til, kan man f.eks. tenke seg en grensetvist der grensen går ut i sjøen mellom to parter. Det er omtvistet hvor grensen går. Jordskifteretten kan ta en rettslig tilnærming til konflikten og bestemme hvor denne grensen går, på bakgrunn av de bevisene som er ført. Ved å bruke mekling, eller rettsmekling, kan saken tilnærmes på en interessebasert måte. Da kan man starte med å undersøke om det er andre behov i saken enn kun å få avklart selve grensen. I den aktuelle saken kan man tenke seg at partene har hver sin båt. Slik forholdene på stedet er i dag, er det ikke plass til begge de to store nye båtene som partene har kjøpt seg. I tidligere tider, da man hadde mindre båter, gjerne robåter, var ikke plassmangel et problem. Dersom problemet er «plassmangel» og ikke «hvor går grensen», kan man tenke seg en løsning der partene bygger en felles brygge der begge båtene får plass. De underliggende behovene er avdekket og tilfredsstilt, og konflikten er forhåpentligvis løst for denne gang.

Majoriteten av meklerne i denne studien tar konfliktdefinisjonen til partene for gitt. Det blir ofte ikke engang kommentert hva konflikten faktisk handler om, og i de tilfellene det blir kommentert, er det ofte en presisering av prosesskrivene. Noen få meklere åpner imidlertid for en mer utforskende prosess. Konfliktene får ingen endelig definisjon innledningsvis, og mekler åpner for at konfliktene kan handle om helt andre ting enn det som synes åpenbart ut fra prosesskrivene.

Konfliktdefinisjon er et lite studert felt i meklingsforskningen. Det er påvist klare effekter av definisjoner, særlig i den kognitive, kreative forskningen. Jeg tror det vil være spennende både teoretisk og praktisk å utforske konfliktdefinisjonens plass i meklingsprosessen. Dette kan ha viktig betydning både for prosess og utfall.

3 AVSLUTNING

Studien av rettsmeklere i domstolene viser at det er store variasjoner i mekleratferd og prosedyrevalg i startfasen av meklingsprosessen. Da meklerne står fritt til å velge hvordan de vil tilnærme seg konfliktene som skal behandles, er det ikke unaturlig at vi finner stor variasjon. På den annen side er rettsmekling noe helt nytt for dommerne, og opplæringen de har gjennomgått, er felles for alle. Spørsmålet blir om det er mange veier til Rom og/eller om det er slik at noen faser, teknikker eller prosedyrer kan være bedre eller mer formålstjenlige enn andre.

Variablene som er utforsket i startfasen er følgende:

- 1) meklers *introduksjon* om meklingsprosessen til partene
- 2) *prosedyrevalg* (separatmøter vs. fellesmøter) og
- 3) meklers *definisjon* av konfliktene

Innenfor alle disse tre variablene finner jeg store variasjoner. Introduksjonene til meklernes varierte både med hensyn til innhold og form. Ifølge teori om førsteinntrykk og retorisk teori er det svært avgjørende hvordan det første møtet mellom parter forløper. En god start vil vanligvis gi et godt utfall. Parter som møter til meklings, er ofte nervøse og er gjerne lite kjent med det som møter dem. Nettopp derfor er det grunn til å tro at det har betydning hvordan informasjonen blir presentert, men også hva som blir presentert. Ut fra observasjonene kan vi foreløpig ikke konkludere med effekter av de forskjellige introduksjonene. Det er imidlertid helt klart et område som er egnet til videre utvikling og utforskning.

Prosedyrevalg er et felt som er mye studert i meklingsforskningen tidligere, og det er funnet klare positive effekter av separatmøtene. Partene gir mer informasjon, de er mer samarbeidsvillige, og mekler får kontroll med konfliktnivået og hva som utveksles mellom partene. Spørsmålet er om effektene er de samme når separatmøtene kommer i innledningen av meklingsprosessen. Ut fra observasjonene synes det som om separatmøtene kan ha en viktig funksjon, særlig i de tilfellene der konfliktnivået er høyt. Det kan derfor studeres nærmere om det bør være en normativ regel som sier at det alltid er behov for en presentasjon av saken med påfølgende meningsutveksling, eller om det i noen tilfeller er gunstig med andre typer prosedyrer. I noen tilfeller kan det nok være gunstig med bruk av fellesmøter for å få partene i dialog og for at relevant informasjon om saken kommer til alle så tidlig som mulig.

Teoretisk sett er det problemdefineringsfeltet som er mest studert i andre forskningsfelt. Den kognitive teorien har entydige funn i forhold til hvilke effekter gode problemdefineringsaktiviteter gir. Studier i meklingsforskningen viser også at defineringsaktiviteter kan være viktig for prosess og utfall. Løsningsorienterte tilnærminger blir stadig mer populære, særlig for å løse konflikter innad i organisasjoner. Meklingslitteraturen fokuserer også mye på hvordan vi skal finne gode løsninger og tenke fremover. Det å fokusere mer på problemet kan kanskje for mange virke kontra intuitivt. Dersom vi skal ta bidragene fra f.eks. den kognitive psykologien på alvor, kan det synes som om nøkkelen til gode løsninger i mange tilfeller ligger i utforskningen av problemet. På bakgrunn av min studie kan vi ikke konkludere med at problemdefineringsaktiviteter har klare effekter; dette har heller ikke vært formålet med studien. Det er imidlertid helt klart at det er store variasjoner knyttet til dette, og det vil være interessant å utforske forholdet nærmere mellom definisjon, prosess og utfall.

Dersom det er slik at den innledende fasen gir positive effekter, åpner dette også for andre relaterte forskningsspørsmål. Hvilken betydning har f.eks. de aktivitetene som skjer forut for meklingsprosessen? Eksempler på dette er informasjonen som partene får før de kommer til meklings, og de forberedende møtene man ofte har i en meklingsprosess. I domstolene vil det f.eks. bety at man kunne utforsket nærmere de saksforberedende rettsmøtene som dommerne kan bruke, og vi kan se nærmere på innholdet i den skriftlige informasjonen som partene som skal til rettsmekling mottar.

Svaret på spørsmålet innledningsvis er at det synes å være mange veier til Rom. Forskjellige meklere bruker forskjellige teknikker, og det blir oppnådd gode avtaler i mange forskjellige tilfeller. Selv om noen meklingsprosesser kommer dårlig ut i startfasen, umuliggjør ikke det nødvendigvis gode prosesser eller utfall. Andre faktorer kan spille

inn, og tillitt kan bli gjenopprettet, eller omdefineringer kan skje mot slutten av prosessen. Jeg har imidlertid denne gang valgt å fokusere på startfasen på bakgrunn av at dette synes å være et sentralt område for videre utvikling og utforskning innen meklingsfeltet. Dersom det viser seg at de innledende fasene har direkte effekter på prosess og utfall, vil det være viktig kunnskap for både teoretikere og praktikere. Man har da kommet videre i forhold til å avdekke en fase og noen aktiviteter som kan legge til rette for gode prosesser og utfall.

REFERANSER

- Andersen, Ø. (2002): *I retorikkens hage*. 4. utgave. Universitetsforlaget.
- Bazerman, M.H. (1983): «Negotiator judgement. A critical look at the rationality assumption». *American Behavioral Scientist*, s. 211–228.
- Bazerman, M.H. og J.S. Carroll (1987): *Negotiator cognition. Research in Organizational Behavior*, s. 247–288.
- Billikopf-Encina, G. (2002): «Contributions of caucusing and pre-caucusing to mediation». *Group Facilitation: A Research and Applications Journal*, s. 3–11.
- Bohm, D. (2004): *On dialogue*. Routledge Classics.
- Buyukdamgaci, G. (2003): «Process of organizational problem definition: how to evaluate and how to improve». *Omega, The international Journal of Management Science*, s. 327–338.
- Carnevale, P.J. og D.G. Pruitt (1992): *Negotiation and Mediation*. Annual Review of Psychology, s. 561–572.
- Covey, S. (1989): *Seven habits of highly effective people*. New York: Simon & Schuster.
- Emery, R.E. og J.A. Jackson (1989): «The Charlottesville mediation project: mediated and litigated child custody disputes». *Mediation Quarterly*, s. 6–7.
- Fisher, R., W. Ury, og B. Patton (1991): *Getting to yes: Negotiating agreement without giving in*. 2. utgave. New York, Penguin Books.
- Fiske, S.T. og S.E. Taylor (1991): *Social Cognition*. 2. utgave. McGraw-Hill, International Editions.
- Frankfort-Nachmias, C. og D. Nachmias (1996): *Research methods in the social sciences*. 5. utgave. St Martin's Press, Inc.
- Getzels, J.W. (1982): «The problem of the problem». I R.M. Hogarth (red.): *Question forming and response consistency*, San Francisco: Jossey-Bass Publishers, s. 37–44.
- Getzels, J.W. og M. Csikszentmihalyi (1975): «From problem solving to problem finding». I J.W. Getzels og I.A. Taylor (red.): *Perspectives in creativity*. Chicago, Aldine Publishing Co.
- Getzels, J.W. og M. Csikszentmihalyi (1976): *The creative vision: A longitudinal study of problem finding in art*. New York, Wiley.
- Goldberg, S.B. (2005): «The secrets of successful mediators». *Negotiation Journal*, s. 365–376.
- Hobbs, K.S. (1999): «Attention attorneys! How to achieve the best results in mediation». *Dispute Resolution Journal*, s. 43–47.
- Kressel, K. (1994): Frances Butler: «Questions that lead to answers in child custody mediation». I D.M. Kolb (red.): *When talk works: Profiles of Mediators*. San Francisco, Jossey Bass Publishers, s. 17–58.

- Kressel, K., E.A. Frontera, S. Forlenza og F. Butler (1994): «The settlement orientation vs. the problem-solving style in custody mediation». *Journal of social issues*, s. 67–84.
- Moore, C.W. (1983): *A general theory of mediation: Dynamics, strategies, and moves*. Unpublished doctoral dissertation. Rutgers University, New Brunswick, NJ.
- Moore, C.W. (1987): «The caucus: private meetings that promote settlement». *Mediation Quarterly*, s. 87–101.
- Moore, C.W. (1996): *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict*. 2. utgave. San Francisco, Jossey-Bass Publishers.
- NOU 2001: 32, Bind B. Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven), s. 1133–1207. (Inkluderer «Rapport for Justisdepartementet; Raskere? Billigere? Vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling. RH Knoff AS, 2001.»)
- Plous, S. (1993): *The psychology of judgement and decision making*. McGraw-Hill, Inc.
- Pruitt, D.G., W.R. Fry, L. Castrianno, J. Zubeck, G.L. Welton, N.B. McGillicuddy og C. Ippolito (1989): I M.F. Afzalur (red.): *Ch. 15. The process of mediation: caucusing, control, and problem solving*. NY, Praeger Publishers, s. 201–208.
- Pruitt, D.G. og P.J. Carnevale (1993): *Negotiation in social conflict*. Pacific Grove, CA, Brooks-Cole.
- Putnam, L.L. (2004): «Transformations and critical moments in negotiations». *Negotiation Journal*, s. 275–295.
- Raiffa, H. (1968): *Decision analysis*. Reading, MA, Addison, Wesley.
- Redmond, M.R., M.D. Mumford og R. Teach (1993): *Putting creativity to work: Effects of leader behaviour on subordinate creativity*. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, s. 120–151.
- Rognes, J.K. (2001): *Forhandlinger*. 2. utgave. Universitetsforlaget.
- Rognes, J.K., og P.K. Sky (1999): «Meglingsaktivitet og -teknikk i jordskifteretten». *Kart og Plan*, Vol. 59(1), s. 76–84.
- Runco, M.A. og S.M. Okuda (1988): «Problem discovery, divergent thinking, and the creative process». *Journal of Youth and Adolescence*, s. 211–220.
- Skog, O.J. (1998): *Å forklare sosiale fenomener. En regresjonsbasert tilnærming*. Ad Notam Gyldendal.
- Spector, B.I. (1995): *Creativity heuristics for impasse resolution: Reframing intractable negotiations*. *The Annals of the American Academy*, s. 81–100.
- Vindeløv, V. (1997): *Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling*. Akademisk forlag.
- Volkema, R.J. (1988): «The mediator as face manager». *Mediation Quarterly*, s. 5–14.
- Wall, J.A., J.B. Stark og R.L. Standifer (2001): «Mediation. A current review and theory development». *Journal of Conflict resolution*, s. 370–391.
- Wallihan, J. (1998): «Negotiating to avoid agreement». *Negotiation Journal*, s. 257–268.
- Welton, G.L., D.G. Pruitt og N.B. McGillicuddy (1988): «The role of caucusing in community mediation». *Journal of Conflict Resolution*, s. 181–201.
- Widerberg, K. (2001): *Historien om et kvalitativt forskningsprosjekt, – en alternativ lærebok*. Universitetsforlaget.

7.0. Artikkel 2

Effektiv mekling: Kan større problemfokus gi mindre problemer?

Effektiv mekling: Kan større problemfokus gi mindre problemer?

Solfrid Mykland og Vidar Schei

Vitenskapelig bedømt (refereed) artikkel

Solfrid Mykland and Vidar Schei: Effective mediation, fewer problems with a stronger focus on the problem.

KART OG PLAN, Vol. 67, pp. 253–267. P.O.B. 5003, NO-1432 Ås. ISSN 0047-3278

Mediation can be defined as a complex problem-solving situation where the mediator assists conflicting parties in finding solutions. Research on cognition finds that focusing on problem definition has a decisive effect on the outcomes reached in traditional problem-solving tasks. We argue that this research may help us to better understand the mediation process. The purpose of this article is to explore *how* focusing on problem definition can help mediators facilitate high-quality solutions.

Key words: mediation, conflict, mediation process, problem definition

Solfrid Mykland. Ph. D. student, Department of Strategy and Management, Norwegian School of Economics and Business Administration, Helleveien 30, NO-5045 Bergen.

E-mail: solfrid.mykland@nhh.no

Vidar Schei. Associate Professor, Department of Strategy and Management, Norwegian School of Economics and Business Administration, Helleveien 30, NO-5045 Bergen.

E-mail: vidar.schei@nhh.no

1 Innledning

Mekling er en form for konfliktløsning som stadig blir mer utbredt (Kressel, 2006). I dag har vi utstrakt meklingsvirksomhet i alt fra konflikter på makronivå (f.eks. internasjonalt), til konflikter på mikronivå (f.eks. rettsmekling¹ og elevmekling²). I tillegg til den mer formaliserte meklingen finner vi også en rekke mer uformelle meklings situasjoner hvor en tredjepart inntar rollen som mekler og forsøker å hjelpe parter i konflikt til å finne konstruktive løsninger. Mekling kan defineres som en kompleks problemløsningsprosess som involverer minst tre parter; to parter i konflikt og en mekler. Formålet med meklingsprosessen er at partene, ved hjelp av mekler, skal komme frem til en best mulig avtale i konflikten, dersom det er grunnlag for dette. Med gode avtaler mener vi her avtaler hvor partenes interesser er ivaretatt og avtaler som partene er tilfredse med.

I forsøket med å komme frem til gode avtaler møter mekler utfordringer knyttet til både (1) informasjonskompleksiteten og (2) den sosial kompleksiteten i situasjonen. Den første utfordringen er at aktørene i en meklings situasjon har asymmetrisk informasjon. Mekler er gjerne den aktøren som har minst informasjon om konflikten (Jehn, Rupert & Nauta, 2006). Å få fram denne informasjonen vanskeliggjøres av at parter i konflikt ofte har en vinn-tap orientering (Bazerman, 1983; Bazerman & Carroll, 1987; Nickerson, 1999) og dermed ofte gir mekler ufullstendig informasjon eller informasjon som er rettet mot å «vinne» konflikten. Den andre utfordringen er at meklings situasjonen består av flere ulike aktører. I en rettsmekling vil det f.eks. typisk være minst fem aktører involvert; en mekler (som egentlig er dommer) og to parter med hver sin advokat. Mekler får derfor en stor utfordring i forhold

1. Rettsmekling er en meklingsordning i norske domstoler, som reguleres av tvistemålsloven, § 99a. Fra 1.1.2008 vil den reguleres av § 8-3 i den nye tvisteloven («Lov om mekling og rettergang i sivile tvister»).

2. Elevmekling er innført på flere barneskoler. For en kort innføring se f.eks. Grethe Nordhelle, 2006.

til å håndtere de relasjonelle forholdene og i tillegg koordinere meklingsprosessen.

Kombinasjonen av informasjonskompleksitet (vanskelig å få frem partenes interesser) og sosial kompleksitet (flere parter) innebærer at meklings situasjoner ofte er uoversiktlige og mangler entydige problemformuleringer eller problemforståelser. I følge den kognitive forskningen på problemløsning er det i slike situasjoner *spesielt* viktig og nyttig å definere problemet som skal løses. Problemdefinering dreier seg nettopp om de aktiviteter som gjør uoversiktlige problem håndterbare (jf. Runco, 2004). Formålet med denne artikkelen er derfor å belyse hvordan et aktivt fokus på problemdefinering kan hjelpe mekler i arbeidet med å utvikle gode løsninger.

Til tross for at problemdefinering kan antas å ha en svært sentral betydning for utfall av meklingsprosesser, har det kun vært noen få studier i konflikt- og meklingsforskningen som eksplisitt har utforsket problemdefinering. De få studiene som har vært gjort, indikerer imidlertid at definering kan være svært nyttig i meklings situasjoner. For eksempel utforsket Kressel, Frontera, Forlenza & Butler (1994) sammenhengen mellom definering og utfall. De klassifiserte ulike meklerstiler, og fant en løsningsorientert stil («*settlement-orientation*») og en problemløsningsorientert stil («*problem-solving-orientation*»). Den problemløsningsorienterte stilen ble kjennetegnet ved at meklerne brukte tid på å forstå, avklare og definere konfliktene før de løste dem. Den løsningsorienterte stilen ble kjennetegnet ved at meklerne gikk direkte til løsningene, uten å bruke tid på å definere eller forstå problemet først. Kressel m.fl. fant at meklerne som brukte den problemløsende stilen fikk bedre og mer varige løsninger, enn det de løsningsorienterte meklerne gjorde. Videre fant de at disse stilene var stabile ved den enkelte mekler, og at det var et systematisk trekk ved den enkelte mekler om han/hun definerte eller ikke. Studien til Kressel m.fl. (1994) indikerer m.a.o. at det ikke er naturlig for alle meklere å definere konfliktene før de løser dem. Disse meklerne går heller direkte til å se på løsnings-

alternativ, uten at konfliktene er utforsket tilstrekkelig først.

Gitt problemdefineringens antatte potensiale i meklings situasjoner og meklers manglende fokus på slike aktiviteter (Kressel, m.fl., 1994), vil vi i denne artikkelen fokusere på hvordan meklere kan skape gode løsninger gjennom å fokusere på problemdefinering i meklingsprosessen. Vi starter med å se på hva problemdefinering er, før vi i neste omgang knytter dette til meklingskonteksten og drøfter hvordan det kan legges til rette for konstruktiv problemdefinering i meklingsprosessen.

2 Problemdefinering

Problemer kan karakteriseres på et kontinuum fra «well-defined» til «ill-defined» (Dillon, 1982). Veldefinerte («well-defined») problemer karakteriseres ved at de har et kjent mål, det er en kjent metode eller fremgangsmåte for å oppnå en løsning og det er et riktig svar. Et regnestykke er et veldefinert problem i sin enkleste forstand. Det er helt avklart hva som er målet, det er en kjent metode som må brukes (f.eks. en algoritme) og vi kan kontrollere at svaret er riktig objektivt sett. Rettslige tvister kan også på mange måter regnes som veldefinerte problemer, i alle fall i utgangspunktet. Partenes påstander gir grensene og definisjonen for det rettslige kravet (jf. disposisjonsprinsippet)³, og det finnes rettsregler som kan brukes til å vurdere hva som blir det «riktige» svaret. Uoversiktlige («ill-defined») problemer er derimot karakterisert ved at det kan finnes ulike (eller uklare) mål, mange måter å løse problemet på og flere mulige løsninger (Reiter-Palmon & Illies, 2004:57). Det er uklarheten eller flertydigheten i de uoversiktlige problemene som gir rom for kreativitet (Mumford, Mobley, Uhlman, Reiter-Palmon & Doares, 1991). En personalkonflikt i en organisasjon kan typisk være et ustrukturert problem. Kanskje har de ulike involverte personene forskjellige mål, kanskje er det ikke åpenbart hva konflikten *egentlig* handler om, og kanskje finnes det mange løsninger på problemet, alt etter hva i konflikten man fokuserer på.

3. Disposisjonsprinsippet kommer til uttrykk i tvml. §§ 85–86. I ny tvistelov finner vi prinsippet i § 11-2.

Begrepsbruken i den kognitive forskningen relatert til problemdefinering er ikke entydig. Studier som har fokusert på problemutforskning har f.eks. brukt begreper som; *problemdefinering* (Runco, 2004), *problemformulering* (Lyles, 1981), *problemkonstruering* (Mumford, Baughman, Threlfall, Supinski & Costanza, 1996) eller *problemstrukturering* (Pidd, 1980), bare for å nevne noen. Ellspermann, Evans & Basadur (2007:222) skriver: «*All-structured problems are the most difficult to formulate or structure. There is often not a single correct definition, though some formulations provide a better angle on the problem so that it can be solved more effectively*» (våre understrekninger). Vi ser at innholdet i disse begrepene ikke er så forskjellige fra hverandre.

Runco (2004:675) definerer problemdefinering som å gjøre et problem «*operational and workable*» (operasjonelt og håndterbart). Dette synes i hovedsak å være essensen i de ovennevnte begrepene. Vi velger å støtte oss til definisjonen til Runco (2004), og definerer derfor *problemdefinering* som en paraplybetegnelse for de aktivitetene som gjør uoversiktlige problem håndterbare. En problemdefinering kan derfor inneholde flere ulike formuleringer, siden det sjelden er en korrekt definisjon på et uoversiktlig problem (jf. Ellspermann m.fl., 2007).

Hovedformålet med å definere et problem før man løser det, er at problemløseren ikke skal låse seg til ufullstendige eller feilaktige oppfatninger av hva problemet handler om. En *god problemdefinering* innebærer en åpen og eksplorerende tilnærming til problemet, og det betyr i praksis at problemløseren utforsker om det finnes flere måter å formulere på, før det evt. velges én bestemt definisjon (Kiesler & Sproull, 1982). I en rettsmekling kan det bli en utfordring dersom partenes påstander velges som det naturlige utgangspunkt for den videre behandling. Konflikten blir da kun definert på én måte, og denne måten legger sterke begrensninger på mulige løsningsalternativer. Løsningen som blir intuitiv tilgjengelig er kompromisspunktene mellom partenes påstander. Man kan da gå glipp av relevante dimensjoner i løsningen. I en grensekonflikt vil dette f.eks. kunne relatere seg til utnyttelsen av arealet som er knyttet til

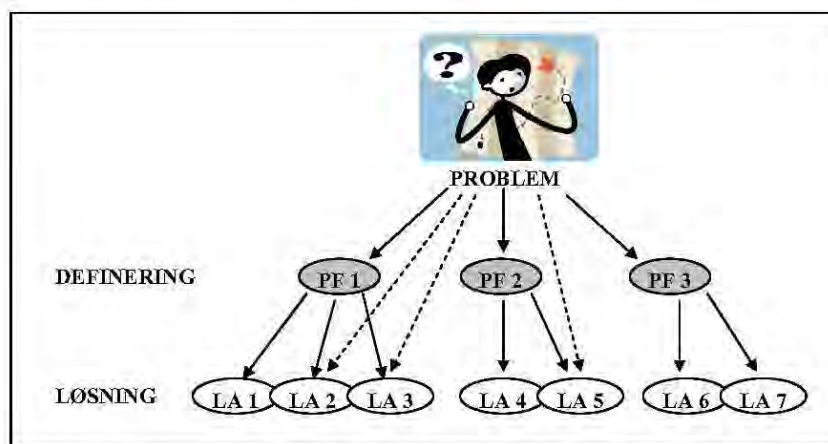
den omtvistede grense. Problemdefinering kan derfor også *innskrenke mulige løsningsalternativer*, dersom f.eks. problemet kun formuleres på én måte eller på en gal måte (jf. grensetvisten over). I den kognitive psykologien kalles effektene av dette for en «Type-III» feil, og det betyr at man faktisk kan løse feil problem (Raiffa, 1968). Volkema (1986:270) hevder at det er viktig at problemer blir definert på en slik måte at det genereres frihet i tankegangen omkring problemet. *Hovedutfordringen* når det gjelder problemdefinering er derfor å gi flere retninger til en løsningsprosess, uten at man binder seg til forutinntatte årsak-virkningssammenhenger.

Et eksempel fra Getzels (1982) gir en enkel illustrasjon på hvilken innflytelse ulike formuleringer kan ha på utfall i praksis.

En bil kommer kjørende på en øde landevei og punkterer et hjul. Passasjerene i bilen går til bagasjerommet og finner ut at de ikke har med seg noen jekk. De definerer problemet ved å stille spørsmålet: Hvor kan vi få tak i en jekk? De ser seg omkring og ser noen tomme låver, men ingen bebodde hus. De husker at flere kilometer tilbake passerte de en bensinstasjon. De bestemmer seg for å gå tilbake til bensinstasjonen for å få låne en jekk. Når de har gått kommer det kjørende en bil til, som punkterer på omtrent samme sted. Passasjerene går til bagasjerommet og finner ut at de ikke har med seg noen jekk. De definerer problemet ved å stille spørsmålet: Hvordan kan vi få løftet opp bilen? De ser seg omkring, og ikke langt fra veien ser de en låve som har en lift som kan løfte høyballer. De skyver bilen bort til låven, heiser opp bilen med liften, bytter hjulet og kjører av sted.

Om problemet blir formulert som «*Hvor kan vi finne en jekk?*» eller «*Hvordan kan vi få løftet bilen?*» vil ha avgjørende betydning for hva man faktisk leter etter. Problemdefinering vil derfor gi klare føringer for hva slags utfall, og hvor mange utfall, som blir tilgjengelige. De ulike tilnærmingene kan illustreres gjennom figur 1.

Dersom vi ikke definerer, kan vi nå frem til noen løsningsalternativer (se stiplede piler i figur 1) på grunn av tilfeldigheter, eller fordi



Figur 1: Problemdefinering: PF = Problemformulering, LA = Løsningsalternativ

det er åpenbart hva problemet egentlig handler om. Når vi har funnet ett (eller noen få) løsningsalternativer har vi som beslutningstakere lett for å stoppe søket etter andre alternativer. F.eks. finner Simon (1954) at problemløserne ofte satisfierer heller enn optimaliserer når de løser problemer. Tilfang av flere problemformuleringer vil imidlertid kunne være et hjelpemiddel for problemløserne til å utforske problemet på en grundigere måte. Dette kan åpne opp for flere løsningsalternativer (se heltrukne piler i figur 1) enn hva en manglende (eller ufullstendig) problemdefinisjon kan gi. Problemdefinering kan også åpne opp nye «løsningsrom» som ikke er lette å se uten en eksplisitt problemdefinering. F.eks. vil problemformulering nr 3 i figur 1 åpne opp for løsningsalternativ 6 og 7. Vi vil gi noen eksempler på dette med utgangspunkt i eksempelet fra Getzels (1982).

Den problematiske situasjonen er at bilen punkterer. Ved å gå direkte til løsninger, uten å definere problemet, kan vi tenke oss at den åpenbare løsningen «behov for en jekk» blir tilgjengelig. Ved å gå veien om definering vil vi systematisk formulere problemet på flere måter, før vi går til løsninger. Vi kan f.eks. tenke oss følgende formuleringer: 1) Hvor kan vi få tak i en jekk? 2) Hvordan kan vi få løftet opp bilen? 3) Hvordan kan vi få tak i noen som kan hjelpe oss? 4) Hvordan kan vi få tak i en ny bil? 5) Hvordan kan vi få tak i alternativ transport? osv. Vi kan også enda mer overordnet gå inn i hva som var

formålet med turen. Aktuelle formuleringer kan da bli: 6) Hvor viktig er det å nå frem til bestemmelsesstedet i tide? 7) Hvordan kan vi få utført det vi skal til bestemmelsesstedet for? Alle disse formuleringene gir retning til ulike sett med løsninger, og totalt sett får vi tilgang på flere måter å se på problemet på, som igjen kan gi oss bedre løsninger enn det som i utgangspunktet syntes åpenbart. Definering ved hjelp av ulike formuleringer vil dermed kunne strukturere problemet og informasjonen man har, og dermed kunne åpne opp flere «løsningsrom», enn om man går direkte til løsningsfasen.

Studier av problemdefinering i individuelle problemløsningsoppgaver viser at problemdefinering gir et stort potensial for å utvikle gode løsninger. La oss se på noen klassiske studier. Den første studien om betydningen av definering ble gjort av Csikszentmihalyi & Getzels (1971). De fant at kunststudenter, som brukte tid på å definere og utforske hva de skulle male («eksplorerende orientert atferd») – før de satte i gang med arbeidet – fikk mer kunstnerisk kreative arbeider, enn de som ikke hadde defineringorientert atferd. Utfallsmålene var en kvalitetsvurdering gjort av kunstkritikere, og disse målene på utfall var også sterkt korrelert med mål på hvor stor suksess kunstnerne hadde gjort 7 og 18 år senere (Csikszentmihalyi, 1990).

Redmond, Mumford & Teach (1993) utforsket kreativitet i en markedsførings situa-

sjon. I studien ble halvparten av deltakerne instruert til å definere problemet før de løste det, mens den andre halvparten ble instruert til å løse problemet umiddelbart. Personer som mottok instruksjoner om definering, genererte løsninger som var av høyere kvalitet og høyere originalitet enn respondentene som ble instruert til å gå direkte til en løsningsfase.

Den kognitive psykologien kategoriserer også problemer på en måte som synes sentral i forhold til konflikt- og meklingslitteraturen. Csikzentmihaly & Getzels (1970) og Getzels (1982) skiller blant annet mellom det de kaller «presented» og «discovered-problems». Et «presented» eller presentert problem, innebærer at man får et ferdig definert problem som man skal finne en løsning på. Et «discovered» eller oppdagelsesproblem innebærer at man får et problemkompleks, der man først må finne ut hva problemet er, før man kan løse det. Flere studier har sett på hva dette skillet har å bety for kreativitet og kvalitet i utfall. I en studie av Runco & Okuda (1988) fikk respondenter oppgaver som ble kategorisert som (a) presenterte problemer og (b) oppdagelsesproblemer. I oppdagelsesproblemer fikk respondentene i oppgave å definere problemet før de skulle løse det, mens i de presenterte problemene var oppgaven kun å løse. Resultatene viste at det var høyest kreativitet i oppgavene som var oppdagende. Konklusjonene ble dermed at det er større muligheter for kreativitet i oppdagende enn presenterte problemer.

Som vi har nevnt i innledningen er det ofte en utfordring for en mekler i konflikter og meklings situasjoner å avdekke hva konflikten mellom partene egentlig handler om. Mekler har i utgangspunktet to alternativer: (1) ta utgangspunkt i partenes posisjoner som definisjon av konflikten (presentert problem) eller (2) utforske om konflikten handler om noe annet enn det som det ser ut for (oppdagende problem). Det er vanskelig å utvikle gode avtaler i presenterte problem. Dersom meklere utfordrer partenes påstander og jobber aktivt med problemdefinering, kan konflikten transformeres til et oppdagelsesproblem og det vil kunne gi grunnlag for gode og kreative utfall i meklingsprosessen. Vi vil i

det følgende se nærmere på hvordan meklere kan få til dette i meklingskonteksten.

3 Problemdefinering i meklings situasjoner

Et fellesstrekk ved mange meklings situasjoner er at de ofte har et kreativt – eller integrativt (vinn-vinn) – potensial (Wall & Callister, 1995). Et kreativt potensial kjennetegnes ved at det kan utvikles løsninger som er bedre enn rene kompromiss på enkeltsaker (Thompson, 2001), der partene f.eks. kapitaliserer på ulikheter eller avdekker bakenforliggende interesser (Rognes, 2001). Vi vil starte med å gi et eksempel på en konfliktsituasjon der løsningen vil kunne bli svært forskjellig avhengig av om og hvordan konflikten defineres.⁴ Alternativ 1 er at mekler tar utgangspunkt i partenes påstander (dvs. ingen eller begrenset problemdefinering), og alternativ 2 er at mekler utforsker nærmere hva konflikten mellom naboene egentlig handler om (dvs. aktivt fokus på problemdefinering).

To naboer, Hilde og Liv, har kommet i konflikt om det nordlige grenseforløpet mellom eiendommene deres. Liv har satt opp en hekk langs en del av deres felles grense. Hekken er satt opp langs grenselinjen som er 25,3 meter lang i følge koordinatfestede grensepunkter fra målebrevet. Grensen går mellom grensepunktene A og B. Hilde mistenker spesielt punkt B for å være feil. Det såkalte grensepunktet er et rør, som før det første er løst og før det andre ikke minner om noe vanlig grensemerke. I grensepunkt A står det en bolt, og her er partene enig om at det er det riktige grensemerket der. Da Hilde konfronterte Liv med spørsmål om plassering av grensemerke B, ble Liv irritert og sa at hun hadde fått påvist dette grensepunktet av forrige eier, og at hun har derfor forholdt seg til dette merket og tatt utgangspunkt i at det er riktig merke. Partene rekvirerer kartforretning, og kommunens oppmålingsavdeling kommer og stikker ut grensemerkene A og B. Kommunen finner at grensemerke A stemmer med bolten i marka, men at grensemerke B havner ca 50 cm fra det løse røret, og senter av den nå oppsatte hekken på Livs

4. Eksempelet er hentet fra Ronald Hansen i Asker Kommune. Hansen brukte eksempelet i en oppgave i kurset Matrikellære for landmålere (2007). Eksempelet er brukt med hans tillatelse.

eiendom. Resultatet er altså at hekken havner 50 cm inne på Hildes eiendom. Liv vil ikke godta den nye grensebolten. Hun mener å ha kjøpt eiendommen i god tro og vil fortsette å forholde seg til det gamle, løse røret som tidligere eier påviste. Hilde mener på sin side at Liv må respektere det nye punktet som kommunen har satt ut, og som er i henhold til de oppgitte koordinatverdier i begge eiendommenes målebrev. Hun ønsker også at Liv flytter hekken i henhold til den nye grensen, eller eventuelt fjerner hele hekken. Konflikten synes uløselig og partene står på sine påstander. Det kobles nå inn en mekler i saken. Vi vil se på hvordan to ulike strategier kan føre til ulike resultater for denne konflikten.

En mekler som ber partene presentere hva konflikten dreier seg om vil kunne få følgende svar:

Liv: Denne konflikten handler om uenighet om grenseforløpet mellom grensepunkt A og B. Jeg mener begge disse grensepunktene er riktig. De fikk jeg påvist av forrige eier som jeg kjøpte eiendommen av. Det er oppført en hekk i denne grensen, og det er helt urimelig å skulle tro at grensen går slik kommunen og Hilde hevder. Jeg vil ikke under noen omstendigheter forholde meg til et annet grenseforløp og er *ikke* interessert i å flytte hekken. Aldri.

Hilde: Det er riktig at konflikten handler om en uenighet om grenseforløpet mellom våre eiendommer. Konflikten er imidlertid helt tulle, for jeg har jo fått bevist at jeg har rett. Vi fikk kommunen til å måle inn grensepunktene, A er riktig, men B er 50 cm feil. Jeg krever at Liv fjerner hekken som faktisk viser seg at står på min eiendom. Totalt er det snakk om et areal på ca 10 m², og dette kan jeg ikke tillate.

Utgangspunktet i disse påstandene er at begge mener de har rett, mens den andre har feil. Grensen går mellom A-B (Liv) eller A-nyB (Hilde). I tillegg er det et spørsmål om flytting av hekken. I denne saken kan man kanskje klare å mekle seg frem til en løsning der det deles på flyttekostnadene av hekken til A-nyB – eller til et sted i mellom. Alternativet kan fort bli brudd, slik at partene må få avgjort hvem som faktisk har rett eller galt av en domstol (tingretten eller jordskifteretten).

En mekler som er mer utforskende i sin tilnærming til konflikten vil kunne starte på samme måte som mekler over, men mekler vil typisk ikke gi seg etter den første beskrivelsen av konflikten. Mekler kan f.eks. si at han/hun hører at det er forskjellig oppfatninger av hvor grensen går, og at det også er utfordringer knyttet til denne hekken. Videre kan mekler spørre om det er slik at det bare er denne grensen som er problemet, eller om det er slik at det også er andre utfordringer knyttet til resten av grenseforløpet deres – eller er det andre bakenforliggende grunner til at denne konflikten har oppstått?

Realiteten er at det faktisk finnes et annet problem også i tilknytning til disse to eiendommene. Hilde har lenge hatt et ønske om å bygge en terrasse til huset sitt syd på eiendommen, men slik forholdene er nå er det for kort vei frem til Liv sin grense på denne delen av eiendommen til at dette kan la seg gjennomføre. Mekleren foreslår at begge disse sakene ses i sammenheng, og at en løsning kan inkludere begge disse forholdene. Løsningen som foreslås er at trekanten som dannes av punktene A-B-nyB, nord på eiendommen byttes mot en tilsvarende trekant sør på eiendommen, slik at Liv beholder hekken og Hilde får så mye nytt areal at hun kan bygge seg en terrasse der hun opprinnelig ønsket det. Løsningen ble derfor et makeskifte og begge partene var strålende fornøyd.

Vi ser at det i dette tilfellet var helt nødvendig at mekler aktivt gikk inn for å utforske hele konfliktområdet før han/hun startet med å foreslå løsninger. En forståelse for totaliteten var her helt nødvendig for å komme frem til en kreativ og god avtale for disse partene. Mekler kunne utviklet en rekke problemformuleringer av konflikten, i tråd med eksemplet til Getzels (1982) over. En rekke slike problemformuleringer kunne vært: (1) Problemet er at Hilde og Liv har forskjellig oppfatning av hvor grensen går, (2) Problemet er at Liv ikke vil flytte hekken, (3) Problemet er at hekken står inne på eiendommen til Hilde, (4) Problemet er at denne konflikten kan ødelegge naboskapet, (5) Problemet er at Hilde ikke kan bygge terrasse, (6) Problemet er at ingen av naboeiene kan utnytte eiendommen slik de egentlig ønsker, (7) Problemet er arealutnyttelsen, ikke grense-

spørsmålet i seg selv. Vi ser at informasjonen som kommer opp underveis i meklingsprosessen kan være med å gi innspill til nye problemformuleringer, som kan gi alternative og bedre løsninger for partene, enn det som var det intuitive utgangspunktet. Et avgrenset utgangspunkt i påstandene ville lede til en løsning som kåret en vinner og en taper, eller partene kunne fått en dårlig kompromissløsning.

I de neste avsnittene vil vi se nærmere på *hvordan* meklere generelt sett kan legge til rette for konstruktiv problemdefinering. Vi velger å se på fire forhold som synes sentrale; timing, formulering, prosedyrer, og teknikker. I det følgende vil vi derfor drøfte (1) *når* i meklingsprosessen det er spesielt viktig å fokusere på problemdefinering, (2) *hvordan* problemdefinering bør komme til uttrykk gjennom språklige formuleringer i meklingsprosessen, (3) *hvilke* prosedyrer meklere kan velge for å fremme mulighetene for god problemdefinering, og (4) *hva* meklere selv kan gjøre for å fremme sin egen evne til å definere problemer.

3.1 Når i meklingsprosessen er det viktig å definere problemet?

I følge forskning på førsteinntrykk tar det svært kort tid for mennesker å danne seg et bilde av andre mennesker eller situasjoner (se f.eks. Fiske & Taylor, 1991; Plous, 1993). Etter få sekunder har vi bestemt oss for om vi liker, misliker eller mistenker den eller de vi møter. Dette inntrykket dominerer også gjerne senere inntrykk og beslutninger. Tversky & Kahneman (1982) finner at informasjon som blir presentert tidlig i en beslutningsprosess gir en forankringseffekt til beslutningstakere. Informasjon som kommer senere i prosessen vil kunne justere inntrykket av den første informasjonen, men denne prosessen er svært konservativ og inkrementell. Det er derfor ofte vanskelig å avvike sterkt fra det man bestemmer seg for å fokusere på i starten av en problemløsningsprosess.

En grunn til at førsteinntrykket er så betydningfullt er at det utløser kognitive skjema. Et slikt skjema er med på å organisere informasjon og forventninger til forskjellige hendelser, og empiriske studier viser at informasjon blir filtrert gjennom tilgjengelige skjema og kunnskapsstrukturer. Beslutningsta-

kere bruker den informasjonen som passer til de relevante skjema (se Gick & Holyoak, 1980; Newell & Simon, 1972). Dette forenkler vår måte å prosessere informasjon på (se Fiske & Taylor, 1991:120–122). Forskning viser at det kan være vanskelig å endre på slike skjema. Disse skjemaene forsterkes også ofte av vårt naturlige behov for å fremstå som konsistente (se f.eks. studier av Swann & Read, 1981b). Newell & Simon (1972) fant at slike skjema gav nyttige snarveier til løsninger i veldefinerte problemer. Davidson (1995) fant imidlertid at forventningene som et skjema utløser, om hvordan et problem skal løses, kan være mer ødeleggende enn positivt i startfasen når man skal løse et ustrukturert (ill-defined) problem. I problemløsnings situasjoner med ustrukturerte problemer, synes det derfor å være et viktig poeng å hindre at automatiserte skjema slår inn, før man har fått avklart hva problemet egentlig handler om. Dette vil også være svært relevant i en konflikt og meklings situasjon.

Konflikt- og meklings situasjoner er, som tidligere nevnt, ofte å regne som «ill-defined» situasjoner. Skjemaene som aktiveres tidlig hos en meklere kan dermed også få avgjørende betydning i disse situasjonene. I en meklings situasjon vil mekleren starte tidlig med en avklaring av hva konflikten mellom partene handler om. Mekleren er vanligvis ikke godt kjent med konflikten på forhånd, og partenes presentasjon av konflikten vil kunne være avgjørende for hva meklere oppfatter er viktig å fokusere på. Fra konfliktforskningen vet vi at parter i konflikt ofte har en vinn-tap orientering, og de er mer opptatt av å vinne enn av å samarbeide (Bazerman, 1983). Det er grunn til å tro at dette i sterk grad vil påvirke hvordan partene initielt presenterer konflikten for en meklere. På bakgrunn av teori om utløsning av skjema og førsteinntrykk, vil den initielle presentasjonen av konflikten kunne være bestemmende for hvilke muligheter både meklere og parter ser at det er i situasjonen. Vårt naturlige behov for å fremstå som konsistente kan i tillegg vanskeliggjøre senere redefineringer av konflikten, både for partene og mekleren som er involvert. Behovet for å fremstå som konsistente blir typisk forsterket av at partene er i en konfliktsituasjon (og derfor ikke vil fremstå som vinglete av strategiske grunner) og aktørene opptrer i

en sosial kontekst hvor mangel på konsistens blir svært synlig.

På bakgrunn av dette vil vi konkludere med at det kan være viktig for meklere å fokusere på problemdefinering tidlig i prosessen. Fokuset bør imidlertid være at man ikke formulerer *for snevre definisjoner* slik at man lukker prosessen på et tidlig tidspunkt, og gjør et veldig begrenset sett med løsninger tilgjengelig. Problemdefinering vil kunne være en kontinuerlig aktivitet gjennom hele meklingsprosessen, siden det ofte dukker opp ny informasjon underveis. Det bør derfor være mulig at denne informasjonen kan inkluderes i reviderte problemdefinisjoner, uten at verken parter eller meklere «mister ansikt» eller av andre grunner vegrer seg for å redefinere konflikten. Volkema (1986) hevder at idealet for definering er at det genereres frihet til tankegangen, og det kan også være et ideal å strekke seg mot for praktiserende meklere.

3.2 Hvordan bør problemdefinering komme til uttrykk i meklingsprosessen?

Språket vi bruker er med på å skape de virkelighetene vi opplever (Blumer, 1969:2). Språkbruk og språklige virkemidler knyttet til konfliktdefinering kan derfor tenkes å være avgjørende for hvordan konflikter blir forstått. Konflikter som kommer til mekling er gjerne forhandlinger som har brutt sammen. Forhandlinger kjennetegnes ved at det er både konflikt og samarbeid i samme prosess (Rognes, 2001). Partene har noen felles interesser (det er derfor de faktisk forhandler) og noen motstridende interesser (det er derfor det blir konflikt). Når forhandlingene bryter sammen, og en mekler kobles inn, så har konfliktelementet og en fordelingsorientert (distributiv) tilnærming tatt overhånd, og samarbeidselementet (integrasjonen) kommer i bakgrunnen.

Det som kjennetegner en distributiv tilnærming er at det gjerne bare fokuseres på ett aspekt i konflikten, f.eks. et grenseforløp, og at partene har inntatt hver sine posisjoner i forhold til dette. Part A mener f.eks. at grensen går fra x til y, mens part B mener grensen går fra x til z. I et krav til domstolene vil disse posisjonene være utgangspunktet for den videre behandlingen. Domstolene

må forholde seg til det sivilrettslige prinsippet, disposisjonsprinsippet, som innebærer at en eventuell dom ikke kan gå utenfor partenes påstander (se note 3). Domstolene behandler *tvister*, og Vindeløv (1997:225) definerer tvist som en rettslig definert konflikt, der alle irrelevante juridiske faktorer er skåret bort. En tvist er derfor en forenklet konflikt, som ofte bare inneholder ett aspekt. Når konflikter kommer til mekling, har de svært ofte preg av å fremstå som tvister. Tradisjonell konfliktatferd er som nevnt en vinn-tap orientering, og man er ofte ute etter å vinne over motparten i konflikter.

Metaforisk sett kan en slik vinn-tap strategi regnes som en krigersk tilnærming (Lakoff & Johnson, 2003). En metafor er et språklig bilde som vi knytter visse assosiasjoner til (Lakoff & Johnson, 2003). Metaforene er kraftige språklige virkemidler, fordi de gjør tilgjengelig språklige uttrykk som forbindes naturlig med de aktuelle metaforene. Et eksempel på dette er når metaforen «krig» brukes om en konflikt. Da kan vi avlede språkbruken som er knyttet til krig, og overføre dette til konflikter. I konflikter kan vi derfor krige med ord, utvikle strategier, angripe påstander og forsvare egne posisjoner. Når kampen er over er det vinnere, tapere og slagmark igjen. Vokabularet vårt hentes gjerne fra den overordnede metaforen, som er et bilde på hva vi egentlig tenker at vi gjør. Metaforene som brukes (mer eller mindre bevisst) vil derfor kunne få avgjørende betydning for hvilken type tilnærming som brukes.

Utfordringen for en mekler er å umgå at partenes naturlige distributive tilnærming og språkbruk setter agendaen for hvordan konfliktene skal defineres, og at man heller fokuserer på å reversere posisjonene til de (evt.) bakenforliggende interessene. Fokuset i en meklingsprosess skal være fremtid og ikke fortid. Partene skal oppleve at de er avhengig av hverandre for å få til gode løsninger, og at de gode løsningene ikke nødvendigvis impliserer at partenes behov går på bekostning av hverandre. I grensekonflikten som er nevnt over vil det være viktig for en mekler i starten av meklingsprosessen og avklare om det også kan være *andre forhold* som er problematiske for partene. Konflikten om grensen kan være et av flere reelle konfliktelement,

eller det kan være slik at grensekonflikten bare er et *symptom* på en underliggende konflikt mellom partene. Kanskje er det slik at partene har andre *behov* eller *ønsker* knyttet til utnyttelsen av arealene i tilknytning til grensen, og at det er dette som *egentlig* er problemet i konflikten. Formålet med meklings er å tilfredsstille partenes behov på en måte som kan gi praktiske avtaler, som er motiverende for partene.

Mekleres metaforbruk kan være et hjelpemiddel i forhold til å få partene til å se at alle kan gjøre det bra, uten at noen får det verre. Det er ikke slik at det må være vinnere og tapere i alle konflikter. Lakoff & Johnson (2003) beskriver f.eks. hvilke effekter en dansemetafor vil kunne ha for en diskusjon, i motsetning til de effektene en krigsmetafor kan få. I en dans vil ikke partene være opptatt av å vinne over hverandre. Partene vil være helt avhengige av hverandre for å gjøre det bra. Utfallet vil også måtte vurderes ut fra en helt annen terminologi enn vinn-tap.

Meklerens språkbruk i prosessen kan derfor være avgjørende for hvilke definisjoner som blir naturlige for de aktuelle konfliktene. En interessebasert tilnærming vil kunne ufarliggjøre konfliktene og tilrettelegge for andre konfliktdefineringer enn det den tradisjonelle distributive tilnærmingen gjør. Interessebaserte metaforer kan åpne opp partenes perspektiver heller enn å lukke dem, noe som kan gi positive effekter for utfall av meklingsprosessen.

3.3 Hvilke prosedyrer kan mekler velge for å fremme god problemdefinering?

En mekler har pr. definisjon prosesskontroll, men ikke beslutningskontroll (Rognes, 2001). Dette innebærer i praksis at meklere tilrettelegger prosessen, men det er partene som skal bli enige om den avtalen som eventuelt skal inngås. Spørsmålet vi vil utforske er hvordan prosedyrebruk kan være et viktig hjelpemiddel for å utvikle gode problemdefineringer. Vi vil se nærmere på spesielt tre forhold: (1) prosedyremessig orden, (2) meklers innledningsforedrag og (3) meklers bruk av særmøter.

For det første viser forskning på ulike meklingsfaser at fokus på prosedyrer innledningsvis i prosessen, kan gi viktige, positive implikasjoner for utfall. I teoretiske fasemo-

deller for meklings inneholder den første fasen utvikling av en agenda og utveksling av informasjon (se f.eks. Gottman, 1979). Denne fasen gir mekler mulighet til å utvikle en *prosedyremessig orden* og klarhet for partene, som kan beskytte mot forvirring og eskalering av saker som er til behandling (Walton, 1969). Studier av disse fasemodellene finner at vellykkete meklings (som riktignok evalueres i form av om det oppnås en avtale eller ikke) kjennetegnes ved at prosessen går fra distribusjon til integrasjon, og der meklere i den første fasen brukte signifikant mer tid på blant annet prosedyrer, og mindre tid på distributiv informasjonsutveksling (Jones, 1988).

For det andre er introduksjonsforedraget til mekler et eksempel på en prosedyre som kan brukes til å legge premissene for hele meklingsprosessen. De aller fleste meklere vil gi en liten introduksjon til meklings, der det ønskes velkommen til meklings og det orienteres generelt om hva som skal skje. Det er stor variasjon i innhold og omfang av denne introduksjonen (Mykland, 2007). I introduksjonen kan meklere si noe om hva formålet er (fokus på interesser, ikke på rettigheter eller posisjoner), han/hun kan beskrive de prosedyrene som skal brukes i prosessen (særmøter, konfidensialitet, osv.) og han/hun kan også legge til rette for en åpen problemdefinering. Meklere kan forklare partene at konflikter ofte handler om andre ting enn det som synes åpenbart ut fra posisjonene, og at den første fasen av meklingsprosessen vil brukes til å utforske hva konflikten egentlig handler om. Totalt sett vil derfor introduksjonsforedraget til mekler kunne være et viktig hjelpemiddel og bidrag til å sette i gang konstruktive defineringprosesser og vil kunne bidra til en mer åpen tilnærming til konfliktkomplekset.

For det tredje kan bruken av særmøter være en prosedyre som har innvirkning på problemdefineringen. En mekler kan ofte bestemme om meklings skal foregå med partene i fellesskap, eller ved bruk av særmøter, dvs. at han møter med partene enkeltvis (jf rettsmeklingsforskrift § 4 første ledd). Særmøter er en mye brukt prosedyre i meklingsprosessen. Det er konsistente funn i meklingsforskningen som viser at særmøter gir mange positive effekter. Partene er gjerne mindre fiendtlige i særmøter enn i fellesmø-

ter (Welton, Pruitt & McGillicuddy, 1988) og de avdekker lettere interesser og behov (Fisher, Ury & Patton, 1991; Welton et al., 1988). I tillegg har mekleren taushetsplikt, dvs. at partene kan bestemme hvilken informasjon mekler skal bringe videre til motpart. Meklers taushetsplikt gjør det ofte enklere for partene å avdekke informasjon i særmøter. Selv om ikke mekler kan bruke all informasjonen han får direkte, så vil konfidensiell informasjon kunne gi viktige bidrag til meklers konfliktforståelse. Bruk av særmøter kan derfor være et viktig hjelpemiddel for å få frem informasjon som partene ville vegret seg for å gi under den andre parts påhør. En utfordring med særmøter er at partene faktisk *kan* gi feilaktig informasjon til mekler, som i verste fall kan gi mekler et feilaktig inntrykk av konflikten (Welton et al., 1988). I den transformativ meklingsstilnærmingen (se f.eks. Bush & Folger, 2005) frarådes det sterkt å bruke særmøter, fordi det vil skape avstand mellom partene, og det er negativt for en utvikling av en felles kommunikasjonsplattform. Det synes derfor å være både fordeler og ulemper knyttet til bruk av særmøter i meklingsprosessen. Den åpenbare fordel er at parter kan skilles for å bidra til at konflikten ikke eskaleres ytterligere. Når konfliktnivået stiger, eller partene av andre grunner ikke klarer å snakke konstruktivt med hverandre, kan særmøter være en nyttig prosedyre for å få fremdrift i prosessen.

En mer passiv tilnærming til prosessen fra mekler vil kunne føre til at prosessen får et distributivt fokus når konflikten defineres. Kressel (1994:25) hevder at den største feilen man kan gjøre i en meklings situasjon er å la hver part fortelle historien sin foran motparten. Problemet er at den destruktive tilnærmingen som partene naturlig har, smitter over på motparten, og partene blir unødvendig minnet på konfliktnivået i saken. Moore (1986) finner at emosjonell eskalering tidlig i prosessen kan ha negativ effekt på muligheten av å oppnå avtale. En utfordring synes å være å unngå unødvendig emosjonell eskalering, og ivareta muligheter for produktiv kommunikasjon. Dette kan mekler styre ved å velge passende prosedyrer.

3.4 Hva kan mekler gjøre for å fremme evnen til å definere problemer?

Utvikling av en god problemdefinering krever ofte kreativ tenkning. Det er imidlertid veldokumentert at det er vanskelig å være kreativ i en gruppekontekst (Mullen, Johnson, & Salas, 1991). Fremveksten av kreative tanker blir ytterligere vanskeliggjort i en meklings situasjon siden parter i konflikt gjerne har en mangelfull informasjonsutveksling og er mistenksomme til hverandres motiver. For å få til kreativ tenkning som kan fremme god problemdefinering i meklingsprosesser er det derfor ekstra viktig at mekler selv klarer å stimulere sin evne til konstruktiv problemdefinering. I dette avsnittet vil vi se nærmere på hva mekler kan gjøre for å få til dette.

For å utvikle en god problemdefinering er det i følge kreativitetsforskningen spesielt viktig å fremme *divergerende tenkning*. Divergerende tenkning er en måte å tenke på et problem på som beveger seg ut fra problemet i mange ulike retninger og som involverer tenkning uten grenser (Thompson, 2004). La oss starte med å se på to forhold som ofte blokkerer for divergerende tenkning: (1) innstilthet og (2) antagelser. Bevissthet om disse forholdene kan hjelpe en mekler til å unngå slike blokkeringer.

Innstilthet betyr at vi forholder oss til et problem på samme måte som vi har gjort – og gjerne hatt suksess med – tidligere. En slik bruk av standardtilnærminger kan være hensiktsmessig fordi det sparer tid og krefter. Samtidig hindrer det divergerende tenkning og god problemdefinering fordi vi ikke bruker tid på å se etter andre måter å forstå problemet på. I en gitt konfliktsituasjon vil en mekler typisk kunne «kjenne igjen» konflikten fra tidligere meklings situasjoner og raskt se problemet på samme måte som tidligere, selv om den gitte konflikten kanskje best kan forstås på andre måter. På samme måte vil en annen mekanisme – skjulte *antagelser* – kunne blokkere for god problemdefinering (Volkema, 1995). Skjulte antagelser innebærer at vi pålegger oss selv uriktige restriksjoner om hvordan et problem kan forstås. I meklings situasjoner kan f.eks. mekler anta at det ikke skal bringes inn andre saker eller momenter enn de partene selv fremfø-

rer. En god forståelse av konflikten vil imidlertid ofte nettopp føre til at underliggende eller bakenforliggende forhold trekkes inn.

Hva kan så en mekler gjøre for å øke sin evne til divergerende tenkning og kreativ problemdefinering? Vi vil her fokusere på fire momenter som kan være særlig nyttige i en meklingskontekst: (1) Multiple problemformuleringer, (2) ikke-evaluerende fase, (3) analogisk resonnering og (4) motivasjon og persistens (utholdenhet). Dette er momenter som mekler kan støtte seg på for selv å forbedre sin problemdefinering, eller for å hjelpe (eller få hjelp av) partene til å utvikle en bedre problemforståelse.

For det første er det nyttig å utforme *multiple problemformuleringer*. Ved å konkret formulere problemet på ulike måter, blir en tvunget til å se problemet fra ulike perspektiver. Lærebøker i kreativitet anbefaler at en bør operere med minst fire helt forskjellige formuleringer i problemer med rimelig stor betydning (Kaufmann & Kaufmann, 1996:230). Relatert til dette er viktigheten av å ganske enkelt bruke nok tid på defineringsaktiviteter. Kreativitet forutsetter tid til tenkning og sterkt tidspress vil ofte hemme kreativ tenkning. For det andre kan det være effektivt å ha en *ikke-evaluerende* fase. Dette momentet er hentet fra forskning på idédugnader («brainstorming»), hvor det kanskje viktigste momentet for å få fram kreative ideer er å ha en fase hvor ideene ikke blir evaluert. Det betyr naturligvis ikke at ideer ikke skal evalueres – det betyr imidlertid at en slik evaluering ikke skal skje før etter at alle ideene er generert. En mekler kan for eksempel for sin egen del forsøke å se problemet på flest mulig måter – *uten* å vurdere hensiktsmessigheten av forståelsen før etter at «alle» måter er notert.

En tredje tilnærming for å stimulere til god problemdefinering er å trene opp evnen til analogisk resonnering (Gick & Holyoak, 1983). Analogisk resonnering er å ta et konsept eller en ide fra et domene og anvende det i et annet domene. Denne teknikken må ikke forveksles med innstilthet som ble diskutert over. Mens innstilthet innebærer en relativt passiv overføring av en overflatelighet fra situasjon til situasjon, er analogisk resonnering knyttet til overføring av dypere underliggende strukturelle likheter (Simon & Hayes,

1976). I en meklings situasjon kan feks. en overflatelighet innebære at to saker handler om samme tema og at mekler dermed lett oppfatter problemet på samme måte. Analogisk tenkning vil derimot fokusere på underliggende strukturelle likheter, og da kan det godt være at andre saker og situasjoner kan gi inspirasjon til en gitt meklings situasjon. Vi viderefører resonnementet med å ta utgangspunkt i en grensetvist. Hvis to parter krangler om hvor grensen mellom eiendommen deres går, vil mange meklere tenke – basert på tidligere grensetvister – at dette er et spørsmål om hvordan grensen skal fastsettes. Analogisk resonnering vil imidlertid kunne lede til at mekler undersøker partenes motiver for påstandene, noe som kunne bringe fram at partene egentlig var opptatt av hvordan de tilgrensende arealene kunne utnyttes.

Et siste punkt som er sentralt for å få til gode problemdefineringer er at mekler (og evt. partene) har en sterk motivasjon for å utforske problemet og er persistente (utholdende) i jobben med å utvikle forståelsen av det (Amabile, 1997). Kreativitet krever sterk indre motivasjon. For at en mekler skal klare å bidra til en konstruktiv problemforståelse er det derfor sentralt at han/hun er motivert for å jobbe aktivt med dette i meklingsprosessen. Mekler vil med andre ord trolig ha stor nytte av høy kognitiv motivasjon (kfr. Schei, Rognes & Mykland, 2006) – dvs. være villig til å bruke sine kognitive ressurser – for å utvikle en god forståelse av problemet.

Vi oppsummerer dette kapitlet med å gi en oversikt over de fire overnevnte punkter i tabell 1 under.

4 Implikasjoner

La oss oppsummere: Problemdefinering er funnet å være svært viktig for å oppnå gode utfall i individuell problemløsning. På grunn av meklings kompleksitet, både når det gjelder antall parter og tilgang til informasjon, vil vi anta at problemdefinering har minst like stor betydning for utfall i en meklingskontekst. Vi har diskutert *tidspunkt* (timing) for definering, hvilke *språklige tilnærminger* som kan være de beste, hvilke *prosedyrer* som kan legge til rette for best mulig definering og *hva mekler selv kan gjøre*

Tabell 1: Hvordan oppnå effektiv problemdefinering i meklings situasjoner

VIRKEMIDDEL	HVORDAN OPPNÅ EFFEKTIV PROBLEMDEFINERING?
Timing	<ul style="list-style-type: none"> • Problemdefinering bør starte tidlig i prosessen • Defineringsaktiviteter bør samtidig gjøres kontinuerlig • Problemformuleringene bør være mest mulig åpne
Uttrykk	<ul style="list-style-type: none"> • Unngå konfliktstimulerende metaforer («krig») • Fremme samarbeidsstimulerende metaforer («dans») • Bruke uttrykk som retter energien mot partenes interesser
Prosedyrer	<ul style="list-style-type: none"> • Formidle prosedyrer aktivt og bevisst for å skape orden • Bruke introduksjonsforedraget til å skape en åpen definering • Utvikle problemforståelse gjennom bruk av særmøter
Teknikker	<ul style="list-style-type: none"> • Innstilthet og antagelser kan lett blokkere god definering • Utvikle multiple formuleringer og bruke analogisk tenkning • Skape motivasjon for å utvikle problemforståelsen

for å fremme evnen til å definere problemer. De overnevnte drøftingene gir et godt utgangspunkt for å utvikle både forskningsmessige og praktiske implikasjoner. Vi vil starte med den forskningsmessige siden.

Wall, Stark & Standifer (2001) etterlyser mer kunnskap om enkeltteknikker, og mer spesifikt om de *aktive teknikkene* i meklingsprosessen. Store deler av meklingsforskningen har sett på utfall av meklingsprosessen totalt sett, uten å studere effekter av enkeltteknikker. Forskningen finner derfor, helt overordnet, at aktive meklere får gode utfall i meklingsprosessen, men vi vet enda ikke nok om *hva det er* med aktivitet som er så bra. Wall m.fl. stiller følgende spørsmål (2001:386) «*does it matter what mediators do as long as they are highly active and attempt to smooth the parties' relationship?*» Et fokus på problemdefinering kan gi større innsikt i begge utfordringene som Wall m.fl. trekker opp. Problemdefinering er en spesifikk teknikk, og det er i tillegg typisk en aktiv meklings-teknikk, fordi mekler utøver en aktivitet for å utforske hva problemet *egentlig* handler om. Studier av problemdefinering kan derfor være et bidrag til større innsikt i (1) hvilken utstrekning meklere faktisk definerer før de løser konflikter, og (2) i de tilfellene meklere faktisk definerer, hvilken effekt problemdefinering har på utfall i meklingsprosessen. Særlig punkt 2 vil gi et bidrag til en større innsikt i *hva det er* med aktivitet som kan være bra.

For å kunne besvare de forskningsmessige spørsmålene må det utformes studier som

ivaretar dette. For å besvare spørsmål nummer 1 kan det gjennomføres eksplorative studier, der det f.eks. observeres om og evt. hvordan meklere definerer konflikter før de løser dem. Når det gjelder spørsmål 2 kan det gjennomføres mer stringente eksperimenter, som kan utforske årsak-virknings forhold mellom definering og utfall. Dette kan enten gjøres gjennom scenarøstudier, eller man kan bruke rollespill for å studere effekter av problemdefinering i en meklings situasjon. Det vil da være behov for minst to grupper; en eksperimentgruppe, som får instruksjoner om å definere før de løser konflikten, og en kontrollgruppe, som kun får instruksjoner om å løse konflikten. Deretter kan vi studere om meklingsutfallene er bedre i den gruppen som har fått instruks om å definere aktivt.

Når det gjelder praktiske implikasjonene, vil vi først fokusere på opplæring i meklings. Kolb (1983) og Kressel (2006) finner at mekleratferd er et produkt av rutine og opplæring. Læring kan nettopp defineres ved å se på faktisk endring i atferd. Dersom meklere skal endre sin egen atferd knyttet til definering er det behov for både bevisstgjøring og ny kunnskap om dette. Det kan derfor gjøres noe med den generelle opplæringen som gis, for å tilrettelegge for læring og endringer i mekleratferd.

Fokus på problemdefinering vil gi best effekter i konflikter med kreativt potensial. I konflikter der det kun er én dimensjon vil ikke defineringsaktiviteter gi mer kreative utfall, da utfallet i en konflikt med en dimensjon

nødvendigvis må ha form som et kompromiss. Et sentralt element er imidlertid at mange konflikter ser ut til å mangle et kreativt potensial (dvs. de ser ut til å være distributive) ved første øyekast. Særlig gjelder dette for juridiske tvister, der den intuitive definisjonen tar utgangspunkt i partenes påstander. Konklusjonen er at det kan få svært negative konsekvenser å gå for fort forbi en defineringsfase, fordi kreativt potensial kan forbli uoppdaget og uutnyttet. Dette kan være uheldig både for partene og eventuelle tredjeparter. Rettsmekling er innført i norske domstoler, nettopp for å gi mer fleksibilitet i håndteringen av juridiske tvister. På grunn av tvisters natur kan det være ekstra viktig med en aktiv defineringsfase for å reversere defineringsfasen, som allerede har skjedd fra konflikt til tvist. For å få best mulig utfall er det imidlertid svært viktig at de som er meklere har en best mulig kompetanse om meklingsfenomenet. I Norge har vi et godt stykke å gå før vi har etablert en systematisk opplæring for *alle* meklere, f.eks. i domstolene. For å kunne utvikle en god problemforståelse vil det i mange tilfeller kunne være avgjørende at meklere har en god innsikt i forskjellen mellom den interessebaserte og rettighetsbaserte løsningsmetode. Opplæring i mekling henger derfor tett sammen med forståelse for problemdefineringsfasen.

Mekling i de ordinære domstolene foretas i all hovedsak av jurister, fortrinnsvis dommere. I den nye tvisteloven åpnes det for at også andre enn jurister skal kunne mekle,⁵ men dette vil sannsynligvis være mer unntaksvis. I den tradisjonelle juridiske utdannelsen finnes det pr. i dag ingen meklingsopplæring. Den rettighetsorienterte tankegangen og den juridiske metode er i hovedsak det studentene får opplæring i. Meklingsbegrepet er blitt svært integrert i domstolene de siste årene, og prøveordningen med rettsmekling, som ble iverksatt i 1997, er i dag innført i alle landets domstoler, med unntak av Høyesterett.⁶ I den nye tvisteloven har meklingsbegrepet blitt integrert, og det har stor symbolverdi at mekling også er inkludert i navnet

på loven. Dagens gjeldende lov heter: *Lov om rettergangsmåten for tvistemål*,⁷ mens den nye tvisteloven heter: *Om mekling og rettergang i sivile tvister*.⁸ Andre land, f.eks. USA, som har utstrakt meklingsvirksomhet i domstolene, har integrert meklingsopplæringen i sine «Law-schools». Eksempler fra en av USAs mest anerkjente institusjoner er Harvard University, som har et eget program for forhandlinger og mekling (Program on Negotiation at Harvard Law School)⁹. Dette programmet driver også utstrakt utdanning i forhandlinger og mekling for aktører fra resten av verden. På utdanningssiden har Norge derfor virkelig noe å strekke seg etter. Undervisning i mekling blir gitt i form av kortere kurstilbud, f.eks. i tett tilknytning til den konteksten meklingen skal foregå i, som f.eks. domstolene eller konfliktrådene. Opplæring og utdanning har selvsagt betydning for kunnskap om mekling generelt, men det vil også ha klare implikasjoner for hvordan meklere definerer konflikter spesielt.

Avslutningsvis vil vi drøfte om det er slik at problemdefineringsfasen alltid vil være bra i en meklingskontekst. I noen konfliktsituasjoner er det ikke sikkert det er mulig å finne ut av *hva som egentlig er problemet i konflikten*. I nedarvete nabokonflikter (eller gamle blodfeider) er kanskje alle de som startet konflikten død. I komplekse konflikter i organisasjoner har kanskje de som startet konflikten byttet jobb. Noen konflikter blir opprettholdt i kraft av seg selv, og tilslutt vet man ikke helt *hvorfor* man er i konflikt. Konflikten lever bare videre i kraft av seg selv. I slike situasjoner vil en defineringsfase ikke være så hensiktsmessig. En utforskning av hva konflikten egentlig handler om kan kanskje til og med være med på å øke konfliktnivået. I konflikter der årsakene er glemt eller av andre grunner utilgjengelig, kan det derfor være mer hensiktsmessig å få partene til å tenke på mulige løsninger helt fra starten av. Det er en felles forståelse at det finnes en konflikt, og at partene ønsker å finne en løsning på konflikten. I slike situasjoner kan

5. Se Tvistelov § 8-4 (1).

6. Prøveordningen trådte i kraft i jordskifterettene i april 2007. Ordningen blir formalisert ved innføring av ny tvistelov, 1.1.2008.

7. Lov av 13. august 1915, nr. 6.

8. Lov av 17. juni 2005, nr. 90.

9. <http://www.pon.org/catalog/index.php>

partene oppmuntres til å tenke fremover, og komme med forslag til hva som skal til for at situasjonen kan bedre seg og bli levelig for de involverte. Vi vil hevde at denne tilnærmingen kan være gunstig når det er vanskelig eller lite hensiktsmessig å avdekke potensielle årsaker til konflikten.

5 Avslutning

Meklere som bare ser etter løsninger kan få dårligere løsninger enn dem som også mer aktivt utforsker problemer. I denne artikkelen har vi sett hvordan fokus på defineringsfasen kan være med på å heve kvaliteten på både prosess og utfall. Den kognitive forskningen kan gi viktig kunnskap om definering til meklingsforskningen. Denne forskningen viser at beslutningstakere og problemløserne har hatt stor nytte av å fokusere på problemdefinering. Gjennom en større problemorientering hos meklere kan vi kanskje få mindre problemer og bedre løsninger i meklings situasjoner. Artikkelen motiverer og åpner opp for videre studier av relasjonen mellom problemdefinering og kreativitet i utfall i meklingsprosessen.

Referanser:

Amabile, T.M. (1997). Motivating creativity in organizations: On doing what you love and loving what you do. *California Management Review*, høst, s.39–58.

Bazerman, M.H. (1983). Negotiator judgement. A critical look at the rationality assumption. *American Behavioral Scientist*, s. 211–228.

Bazerman, M.H. & Carroll, J.S. (1987). Negotiator cognition. *Research in Organizational Behavior*, s. 247–288.

Blumer, H. (1969). *Symbolic Interactionism*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J.

Bush, R.A.B. & Folger, J.P. (2005). *The promise of mediation. The transformative approach to conflict*. Jossey-Bass.

Csikszentmihalyi, M. (1990). The domain of creativity. In M.A. Runco & R.S. Albert (Eds.). *Theories of creativity*, s. 190–212. Newbury Park: Sage.

Csikszentmihalyi, M. & Getzels, J.W. (1970). Concern for discovery: An attitudinal component of creative production. *Journal of Personality*, 38, s. 91–105.

Csikszentmihalyi, M. & Getzels, J.W. (1971). Discovery-oriented behaviour and originality of creative products: a study with artists. *Journal of Personality and Social Psychology*, 19, s. 47–52.

Davidson, J.E. (1995). The suddenness of insight. In R.J. Sternberg & J.E. Davidson (Eds.) *The nature of insight*, s. 125–155. Cambridge, MA: MIT Press.

Dillon, J.T. (1982). Problem finding and solving. *Journal of Creative Behavior*, 16, s. 97–111.

Ellspermann, S.J., Evans, G.W. & Basadur, M. (2007). The impact of training on the formulation of ill-structured problems. *Omega*, 35, s. 221–236.

Fisher, R., Ury, W. & Patton, B. (1991). *Getting to yes: Negotiating agreement without giving in*. 2. utgave. New York: Penguin Books.

Fiske, S.T. & Taylor, S.E. (1991). *Social Cognition, second edition*. McGraw-Hill International Editions.

Getzels, J. W. (1982). The problem of the problem. In Hogarth, R.M., (Ed). *Question forming and response consistency*, San Fransisco: Jossey-Bass, s. 37–44.

Gick, M.L. & Holyoak, K.J. (1980). Analogical problem solving. *Cognitive Psychology*, 12, s. 306–355.

Gottman, J.M. (1979). *Marital interaction: Experimental investigations*. New York: Academic Press.

Jehn, K.A., Rupert, J. & Nauta, A. (2006). The effects of conflict asymmetry on mediation outcomes – satisfaction, work motivation and absenteeism. *International Journal of Conflict Management*, 17, s. 96–109.

Jones, T.S. (1988). Phase structures in agreement and no-agreement mediation. *Communication research*, 15, s. 470–495.

Kaufmann, G. & Kaufmann, A. (1996). *Psykologi i organisasjon og ledelse*. Fagbokforlaget.

Kiesler, S. & Sproull, L. (1982). Managerial responses to changing environments: Perspectives on problem sensing from social cognition. *Administrative Science Quarterly*, 27, s. 548–570.

Kolb, D.M. (1983). *The mediators*. Cambridge, Mass.:MIT Press.

Kressel, K. (2006). Mediation Revisited. In Deutsch, M., Coleman, P.T. & Marcus, E.C. *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*. San Fransisco: Jossey-Bass, s. 726–756.

Kressel, K., Frontera, E. A., Forlenza, S., & Butler, F. (1994). The settlement orientation vs. the

- problem-solving style in custody mediation. *Journal of social issues*, s. 67–84.
- Lakoff, G., & Johnson, M. (2003). *Metaphors we live by*. The University of Chicago Press. Chicago and London.
- Lyles, M. (1981). Formulating strategic problems: Empirical analysis and model development. *Strategic Management Journal*, 2, s. 61–75.
- Moore, C.W. (1986). *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Mullen, B., Johnsen, C. & Salas, E. (1991). Productivity loss in brainstorming groups: A meta-analytical integration. *Basic and Applied Social Psychology*, 12, s. 3–23.
- Mumford, M.D., Mobley, M.I., Uhlman, C.E., Reiter-Palmon, R. & Doares, L.M. (1991). Process analytic models of creative capacities. *Creativity Research Journal*, 4, s. 91–122.
- Mumford, M.D., Baughman, W.A., Threlfall, K.V., Supinski, P. & Costanza, D.P. (1996). Process-based measure of creative problem-solving skills: I. Problem Construction. *Creativity Research Journal*, 9, s. 63–76.
- Mykland, S. (2007). Hvorfor problemet er løsningen: – Rettsmeklingens innledende fase. I Ø. Ravna (Red). *Areale og Eiendomsrett*. Universitetsforlaget, s. 467–482.
- Newell, A. & Simon, H. (1972). *Human Problem Solving*. Englewood Cliffs, NJ:Prentice-Hall.
- Nickerson, R.S. (1999). How we know – and sometimes misjudge – what others know: Imputing one's own knowledge to others. *Psychological Bulletin*, 6, s. 737–759.
- Nordhelle, G. (2006). *Mekling – Konfliktforståelse og konfliktbehandling*. Gyldendal Akademisk.
- Plous, S. (1993). *The psychology of judgment and decision making*. New York: McGraw-Hill.
- Pidd, M. (1980). Just modeling through: a rough guide to modeling. *Interfaces*, 2, s. 118–132.
- Raiffa, H. (1968). *Decision analysis*. Reading, MA: Addison, Wesley.
- Redmond, M.R., Mumford, M.D., & Teach, R. (1993). Putting creativity to work: Effects of leader behaviour on subordinate creativity. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, s. 120–151.
- Reiter-Palmon, R. & Illies, J.J. (2004). Leadership and creativity: Understanding leadership from a creative problem-solving perspective. *The Leadership Quarterly*, 15, s. 55–77.
- Rognes, J.K. (2001). *Forhandling*. 2. utgave, Universitetsforlaget.
- Runco, M.A. (2004). Creativity. *Annual Review of Psychology*, 55, s. 657–687.
- Runco, M.A. & Okuda, S.M. (1988). Problem discovery, divergent thinking, and the creative process. *Journal of Youth and Adolescence*, s. 211–220.
- Schei, V., Rognes, J.K. & Mykland, S. (2006). Thinking deeply may sometimes help: Cognitive motivation and role effects in negotiation. *Applied Psychology: An International Review*, 55, 73–90.
- Simon, H.A. (1954). A behavioral theory of rational choice. *Quarterly Journal of Economics* 69, s. 99–118.
- Simon, H.A. and J.R. Hayes (1976). Understanding Process – Problem Isomorphs. *Cognitive Psychology*, 8, s.165–190
- Swann, W.B. & Read, S.J. (1981b). Self-verification processes: How we sustain our self-conceptions. *Journal of Experimental Social Psychology*, 17, s. 351–370.
- Thompson, L. (2001). *The mind and heart of the negotiator*. (2nd ed.). Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.
- Thompson, L. (2004). *Making the team. A guide for managers*. Upper Saddle River, NJ.
- Tversky, A. & Kahneman, D. (1982). Judgement under uncertainty: heuristics and biases. In: Kahneman, D., Slovic, P., & Tversky, A. (Eds.). *Judgement under uncertainty: heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press.
- Vindeløv, V. (1997). *Konflikt, tvist og mægling konfliktløsning ved forhandling*. Akademisk forlag.
- Volkema, R.J. (1986). Problem Formulation as a Purposive Activity. *Strategic Management Journal*, 7, s. 267–279.
- Volkema, R.J. (1995). Creativity in MS/OR: managing the process of formulating the problem. *Interfaces*, 25, s. 81–87.
- Wall, J.A. & Callister, R.R. (1995). Conflict and its management. *Journal of Management*, 21, s. 515–558.
- Wall, J.A., Stark, J.B., & Standifer, R.L. (2001). Mediation. A current review and theory development. *Journal of Conflict resolution*, s. 370–391.
- Walton, R.E. (1969). *Interpersonal peacemaking: Confrontations and third party consultations*. Reading, MA: Addison-Wesley.
- Welton, G.L., Pruitt, D.G., & McGillicuddy, N.B. (1988). The role of caucusing in community mediation. *Journal of Conflict Resolution*, s. 181–201.

8.0. Artikkel 3

Konflikthåndtering og retorikk

Side 64:**Konflikthåndtering og retorikk**

Av Solfrid Mykland

solfrid.mykland@nhh.no

Tema for denne artikkelen er hvilke begrensninger domstolsretorikken gir i konfliktsituasjoner, og hvordan en tilnærming gjennom mekling i mange tilfeller kan gi en alternativ og mer hensiktsmessig måte å tilnærme seg konflikter på. Innledningsvis vil jeg kort beskrive hvordan forskningen har fokusert på konflikter i organisasjoner, og hvordan dette har endret seg over tid. Deretter vil jeg gi en oversikt over hva konflikter er, og hva de kommer av. Jeg vil se på forskjellene mellom ulike retoriske tilnærminger vi kan finne i domstolene, og vil videre ta for meg ulike former for mekling som utøves der. Avslutningsvis vil jeg drøfte forskjeller mellom konfliktløsning og konflikthåndtering, før jeg nyanserer bildet av domstolsretorikkens utilstrekkelighet. Det er ikke slik at meklingstilnærmingen er den beste i alle situasjoner. Domstolsretorikken har også sin fortreffelighet, og mot slutten av artikkelen vil jeg ta for meg situasjoner der domstolene kan være det beste alternativet.

Innledning

Konfliktforskeren Lois R. Pondy skrev en klassisk artikkel i 1967 om konflikter i organisasjoner (Pondy, 1967). I denne beskrev han at konflikter betegnes som et avvik fra normaltstanden i organisasjoner, der normaltstanden i hovedsak karakteriseres ved harmoni og samarbeid. Konflikter ble betegnet som «*a malfunction of the system*» (Pondy, 1967:307). March og Simon beskrev også konflikter i organisasjoner som «*a breakdown in the standard mechanisms of decision making*» (March & Simon, 1958:112). Disse sitatene er illustrerende for konfliktforskningens tidlige fokus og syn på konflikter. Nesten tretti år senere, i 1992, kom Pondy med en ny artikkel om konflikter i organisasjoner. I denne snur han argumentasjonen på hodet og framholder at konflikter bør regnes som normaltstanden i organisasjoner, og at organisasjoner kan defineres som konfliktregulerende systemer. Konflikter er ikke bare funksjonelle for organisasjoner, de er helt avgjørende for at organisasjoner opprettholdes og overlever (Pondy, 1992:260).

Konfliktforskningen i dag maler til dels rosenrøde bilder av konflikters betydning, både i organisasjoner og generelt. Forskning har imidlertid funnet at det ikke er konfliktene i seg selv som er det mest sentrale. Konflikter får positive eller negative effekter avhengig av om de blir håndtert på en god måte eller ikke (se f.eks. Ury, Brett & Goldberger, 1988). Det blir derfor viktig med kunnskap om hva som er gode og mindre hensiktsmessige måter å håndtere konflikter på. Og for å håndtere konflikter godt, må man også ha innsikt i hva konflikter egentlig er, og hva de kommer av. I neste avsnitt vil det bli gitt en kort oversikt over dette.

Side 65:**Hva er konflikter og hva kommer de av?**

Konflikt kommer fra det latinske ordet *conflictus*, som betyr sammenstøt. Konflikt innebærer oftest en form for følt sammenstøt mellom parter som er i avhengighet til hverandre. Deutsch (1973:10) har følgende verdinøytrale definisjon: «*A conflict exists*

whenever incompatible activities occur.» Når handlinger, følelser, interesser eller verdier mellom mennesker kommer i veien for hverandre, da oppleves det ofte som konfliktfylt. Det handler om former for motsetninger som møtes og hvordan dette kommer til uttrykk. Vindeløv definerer konflikter som *«uoverensstemmelser mellom to eller flere parter, der fremkalder spændinger i den enkelte»* (Vindeløv, 2004:44).

«Alt virkelig liv er møte» hevder filosofen Martin Buber (1923:13). Han definerer to grunnforhold mellom mennesker: Jeg-Du og Jeg-Det. Verden som erfaring hører til grunnordet Jeg-Det. Grunnordet Jeg-Du stifter forholdets verden. I relasjoner kan man imidlertid også forholde seg til andre som Jeg-Det, og i konflikter er det ofte det vi gjør, hevder Buber. Det betyr at vi stiller oss over og utenfor motparten og betrakter denne slik en tilskuer betrakter et objekt. Vi nekter motparten en status som likeverdig samtalepartner. Vi tingliggjør vår motpart til et Det, og trenger derfor ikke ta inn over oss Dets følelser og behov, for det har ikke ting (Det) per definisjon. En utfordring i konflikter er å få partene til å reetablere en Jeg-Du relasjon, slik at de kan se hverandre som personer igjen.

Bubers filosofiske tilnærming illustrerer et viktig aspekt ved konflikter. Konflikter gjør at vi ofte mister synet for andre enn oss selv. Vi forholder oss til andre på en enklest mulig måte, slik at vi ikke trenger å ta ansvar for motparten, og vi er kanskje også ute etter å skade eller vanskeliggjøre forhold for denne. Det sentrale er derfor kunnskap om hvordan parters holdninger i konflikt kan snus fra konkurranse og individualisme til samarbeid og integrering, men ikke minst om hva det er som skaper konflikt, eller hva som er forutsetninger for at konflikt skal kunne oppstå.

To sentrale forutsetninger for at det skal bli konflikt er *ulikhet* og *avhengighet* (se f.eks. Rognes, 2001). Vi er avhengige av andre dersom noe binder oss sammen, gjennom f.eks. eiendom, familie, barn, jobb eller andre former for tilknytning. Ulikhet er det, og oppstår det, oftest mellom mennesker, enten det gjelder utdanning, livssyn, kulturbakgrunn – eller ulikheter i referanserammer på bakgrunn av f.eks. erfaring, miljø eller kompetanse. Ulikhetene mellom mennesker kan derfor være svært omfattende og gi grunnlag for uoverensstemmelser langs mange (avhengighets)dimensjoner.

Ved valg av venner, samlivspartner og andre grupper, tenderer vi til å ta ett av to valg; de fleste velger å være sammen med dem som er mest mulig like oss selv (*«like barn leker best»*), eller vi tiltrekkes av alt det vi ikke er (*«motsetninger tiltrekker hverandre»*). Det vanligste (og kanskje mest holdbare) synes nok å være at vi velger dem som er likest oss selv. Forskning på forelskelse viser til og med at vi blir likere hverandre i forelskelsesrus, slik at uavhengig av om vi er like eller ikke, så fremstår vi slik i en kort periode (Marazzi, 2004).

Likhet er derfor ofte viktig, men det kan være et for enkelt utgangspunkt for samarbeid. Denne tendensen ser vi særlig i ledergrupper, styrever og i andre sammenhenger i arbeidslivet. Dess mer forskjellige vi er fra de vi skal jobbe med – eller bo sammen med, dess mer energi må vi bruke for å koordinere handlinger og beslutninger. Nettopp for å redusere denne belastningen (eller *prosesstapet*, som Steiner (1972) kaller det), kan det være en god grunn til å omgi seg med likesinnede. Da blir dagene mer effektive og friksjonene minst mulig. Spørsmålet blir da om det er et mål i seg selv å unngå disse mellommenneskelige friksjonene. Har de egentlig noen funksjon?

Side 66:

Ulikhet og avhengighet har to potensielle utfall; 1) De kan generere konflikter, eller 2) de kan generere innovasjon (se f.eks. Bohm, 1996-1). Ved å utfordre ulikhetene får vi belyst saker på flere måter. Vi får tilgang til flere perspektiver, og saken som er under debatt kan dermed løftes og utvikles gjennom en konstruktiv, kritisk prosess, der den endelige løsningen kan profitere på dette. Motsatsen til dette, i sin mest ekstreme form, er det vi kan kalle «gruppetenkning» (Janis, 1989). Challenger-ulykken i 1986 er kanskje et av de mest katastrofale eksemplene vi har på resultat av gruppetenkning. Når saken ble gjennomgått i ettertid, viste det seg at alt hadde tydet på at oppskytningen av romfergen ville få en katastrofal utgang. Det forelå meget sterke indikasjoner på teknisk svikt, og stadig informasjon om dette ble gitt til toppledergruppen, som var ansvarlig for utskytningen. Gruppen var imidlertid så blendet av sin egen ufeilbarlighet, og det å oppnå konsensus, at de overtydelige signalene fra omgivelsene om at noe var galt, ikke ble tatt på alvor. Som vi vet eksploderte romfergen og mange liv gikk tapt. Årsaken til dette ble i hovedsak forklart med gruppetenkningen i ledelsen (se f.eks. Esser & Lindoerfer, 1989).

Heldigvis får sjelden følgene av for lite heterogenitet i gruppesammensetninger slike tragiske endeliker. Forskning på grupper viser at heterogene arbeidsgrupper (innenfor rimelighetsgrenser), ofte oppnår bedre resultat enn homogene grupper (se f.eks. Guzzo & Shea, 1992). Dette gjelder imidlertid i forhold til komplekse arbeidsoppgaver. Heterogene gruppers komparative fortrinn er derfor prosessene som kan løfte kvaliteten i utfallet av mer komplekse oppgaver, men det er også visse utfordringer knyttet til dette. Det er blant annet fare for at man kan få en holdningspolarisering internt i gruppen, dvs. at ulikhetene kan forsterkes og skape problemer med i det hele tatt å få tatt beslutninger, fordi gruppen ikke evner å overkomme ulikhetene internt (se f.eks. Lamm, 1988). Når det gjelder enklere oppgaver, finner forskningen at homogene grupper ofte løser dem best, for man får en mer effektiv problemløsnings- og beslutningsprosess, uten for mye *prosesstap* i gruppen (Steiner, 1972). I slike typer oppgaver vil friksjoner og konflikter heller være negative enn positive.

Ulikhet blir av stadig flere karakterisert som en betingelse for suksess. Gerzon (2006) skriver blant annet om hvordan ledere som har suksess, klarer å transformere forskjeller og konflikter til muligheter. Til tross for dette vet vi at hovedtrenden er at ledere fremdeles tilsetter flest ja-folk i sine nærmeste stillinger, og at ledergrupper og styre er fulle av mennesker ofte som er like hverandre når det gjelder både kjønn, alder, utdanning og sosial bakgrunn. Utfordringen det er å håndtere friksjonene som kan, og kanskje bør, oppstå i samarbeid i heterogene grupper, er enklest å styre unna ved nettopp å velge å bruke homogene grupper som fungerer godt nok. Selv om den teoretiske kunnskapen eksisterer om hvilke gruppesammensetninger som er de beste, så synes det å ta lang tid før heterogeniteten settes ut i praksis, i stor skala.

Side 67:

Georg Simmel skriver at forekomst av konflikt kan tas som mål på stabiliteten i sosiale forbindelser (Simmel, 1908). Striden er en sikkerhetsventil, og det er bare fordi vi slåss at vi ikke går fra hverandre. Cicero skriver om hvordan staten bør organiseres for at

borgere kan leve sammen (se Johansen, 2003:146–147). Han hevder at debatt eller krangel virker i det lange løp snarere til å styrke vennskapet, enn til å svekke det. Det som i musikken heter harmoni, heter i staten samdrøktighet (*concordia*). Dette *concordia* viser til et samhold som tåler at motsetningene utspiller seg. En slik forfatningsform hevder Cicero er den beste og mest stabile av de alle, ettersom den fordeler makten slik at motstridende interesser blir ivaretatt (Johansen (2003) baserer dette på Ciceros filosofiske skrifter (51 f.kr.) se litteraturliste). Mange av Vestens Tenkere har filosofert over konfliktrelaterte problemstillinger. Hegel viderefører Platon og Kants dialektiske resonnement, og utvikler sine egne dialektiske begreper. Hegel hevder at man utvikler seg best gjennom motsetninger, og beskriver hvordan motsetninger kan utvikles og løstes opp i en høyere enhet. Dette er parallelt med dagens konfliktteoretiske resonnementer og hypoteser. Hegel postulerte at når en kom med en *tese*, ville en annen komme med en *antitese*. Ved å la disse motsetningene utspille seg, vil det være mulig for personene å komme frem til en felles *syntese*, som integrerer motsetningene. I dialektikkens vesen handler det om at ingenting kan være motsetninger om de ikke har noe felles (se Haga, 1993:352–373).

Selv om konflikter fremheves som bra, både av en rekke filosofer og konfliktteoretikere, så vet vi at det oftest føles ubehagelig å være i konflikter. De kan være nedbrytende og ødeleggende. Noen resultater kan være mistriksel, sykemeldinger, skilsmisser og i sin mest dramatiske konsekvens: Krig. Vi vet likevel også at konflikter kan brukes til å komme frem til innovasjon og gode løsninger. Som nevnt innledningsvis, så finner forskning på konflikter at det ikke er konfliktene i seg selv som er problemet, men det er *håndteringen* av konfliktene som er avgjørende (se f.eks. Ury, Brett & Goldberger, 1988). Forskning på konflikter kan derfor gi oss en slags «analytiske briller», som kan hjelpe oss med å håndtere de konfliktsituasjonene vi stadig møter.

Ofte er det også slik at konflikter kommer av forhold i systemer eller strukturer som partene er en del av, heller enn at partene er irrasjonelle i seg selv. I konflikter legger vi likevel mye oftere skylden på personene som er involvert, enn på systemene de er en del av. I psykologien kalles dette for den fundamentale attribusjonsfeilen (se f.eks. Ross, 1977). Når man skal håndtere konflikter, er det viktig å være klar over hvordan disse forskjellige årsaksbildene virker. Retorikken, som brukes, kan være med på å definere årsaker, utfallsrom og endelig løsninger.

Domstolsretorikk vs. meklingsretorikk

Jeg definerer domstolsretorikk som den språkbruken vi tradisjonelt finner i domstolene; det juridiske språket og den juridiske diskurs.¹ Språket og argumentasjonen i domstolene er bygget opp med utgangspunkt i gjeldende lover, regler og rettspraksis – og med dette utgangspunkt; hvordan vi kan komme frem til hvilke rettigheter og/eller krav den enkelte person har.

Domstolsretorikken er blant annet historisk, generell og vinn-tap-orientert. Den er i prinsippet historisk fordi man tar utgangspunkt i lover og regler som allerede er utformet, men den er også historisk i formen da man i ordinære domstolsprosesser er opptatt av å finne ut av *hvå* som har skjedd i *fortiden*, gjennom å føre bevis for *hvå* som har skjedd. På bakgrunn av det historiske, blir det tatt en avgjørelse som skal gjelde for fremtiden. Den er generell fordi lover er de facto generelt utformet. Lovene må derfor fortolkes når de skal anvendes på konkrete problemstillinger. Domstolsretorikken er også vinn-tap-orientert fordi formålet er å avgjøre hvem av partene som har *rett* og hvem som tar *feil*, og dermed utrope en vinner og en taper – selv om avgjørelsen også

kan være at man delvis vinner eller taper. I mange slike tilfeller er det bare tapere igjen når kampen er over. De økonomiske og menneskelige kostnadene overstiger nok ofte gevinsten i mange saker. Det er f.eks. ikke uvanlig i rettslige, økonomiske tvister at saksomkostningene langt overstiger tvistenes totalbeløp.

Side 68:

Retorikk ble i antikken definert som talekunst, og omfatter også det vi kan kalle overtalelseskunst. Tilhørerne skal ledes til å se tingene slik taleren selv gjør det og gi sin tilslutning til det taleren står for. Johansen skriver at; «retorikk er en praktisk lære om hvordan stridende parter konfronterer hverandre» (2003:147). Retorikk kan være en form for veltalenhet gjennom slik kommunikasjon. Språk eller kommunikasjon kan skape enhet eller avstand mellom mennesker. Hvordan vi bruker språket vil ha stor betydning for om en konflikt oppstår, eskaleres, og for mulighetene til å finne en løsning. Rosenberg (1998) har arbeidet systematisk med bevisstgjøring av språk som opptrapper og avspenner konflikter. Det sentrale ved avspennende konfliktspråk er at man snakker i et «jeg-språk». Det innebærer at man må si noe om seg selv, hva man føler og har behov for. Formålet er ikke å endre eller tro noe om den andre. Dersom man benytter et «du-språk» vil det ofte følges av vurderinger og fortolkninger av den andre, som denne ikke nødvendigvis kjenner seg igjen i. «Du-språk» er typisk konfliktoppbyggende språk.

Metaforer er et kraftig språklig virkemiddel. Bildene som brukes i språket for å beskrive fenomener, er i stor grad med på å styre, fargelegge og forsterke hvordan vi ser på forskjellige fenomener, og hvilke antakelser og holdninger vi utvikler i forhold til dem (se f.eks. Vinje, 1993; Lakoff & Johnson, 2003).

I domstolsretorikken er det krigsmetaforen som er dominerende. Ved opplæring i prosedyreteknikk for advokater benyttes ofte krigsmetaforer for å beskrive advokatens språkførsel:

«En advokat må være fryktløs under forsvaret av sin klients interesser, men jeg vil samtidig si at dette må forstås og begrenses derhen at de våpen som advokater fører må være krigerens og ikke snikmorderens våpen.» (Hjort, 1956:24)

I ny norsk litteratur om sakførsel (f.eks. Boye, 2004) henvises det til denne klassiske litteraturen, men ifølge Nordhelle (2006), har det skjedd en nyansering i senere tid da det også vises til at: «Advokaten bør tenke på den andre parts selvbilde og ikke være unødig sårende» (Boye, 2004:280). Generelt sett er det slike krigsmetaforer som florerer i domstolenes diskurs. Det handler om å forsvare påstander eller krav, man *angriper* svake punkt, man legger opp *strategier* for å vinne, man bruker argumenter som *våpen*, og argumentene kan være *slagkraftige* og *fulltreffere*. Endelig så skal man som nevnt utnevne *vinnere og tapere*.

Det har blitt en selvsagt sannhet i vår kultur at det er konkurranse som bringer frem det beste i oss. Kanskje kan idretten ha noe av skylden for dette? Forskning på f.eks. forhandlinger viser imidlertid at de beste avtalene oppnår man der partene, som forhandler, er samarbeidsorientert, heller enn individuelt- eller konkurranseorientert (se f.eks. Pruitt & Lewis, 1975). Det er faktisk en fordel å samarbeide, i alle fall så lenge man ikke fokuserer *for sterkt* på samarbeidselementet i forhandlingene, og har tilstrekkelig høyt aspirasjonsnivå og energi (se f.eks. Shapiro & Rognes, 1996). Dersom man konkurrerer, og kun forsøker å ivareta egne interesser,

får man ofte den største delen av ressursene det konkurreres om, men metaforisk sagt får partene da ofte en større andel av en liten kake. Gjennom å samarbeide, kan man gjøre kaken større – og når ressursene som skal fordeles er større, vil man kunne klare seg bedre, selv med en mindre andel av den store kaken (se f.eks. Pruitt & Carnevale, 1993). Dette er også i tråd med det man finner i strategilitteraturen, og det som kalles «Co-opetition»-teori. Dette er en teori om samarbeid og konkurranse i forretningsforhold. Nalebuff og Brandenburger (1996:4) formulerer det på følgende måte: «*Business is cooperation when it comes to creating pie, and competition when it comes to dividing it up.*» Business handler altså både om samarbeid og konkurranse i samme prosess, akkurat slik forhandling gjør det. Mekling kan defineres som assisterte forhandlinger (se f.eks. Rognes, 2001), så dette gjelder også for mekling. Konkurranseelementet synes imidlertid ofte å være intuitivt, mens det kan virke mer krevende å få til gode samarbeidsprosesser.

Side 69:

Så lenge krigsmetaforene regjerer, er det vinn-tap-orienteringen som vil dominere innenfor domstolssystemet. Skal man endre dette må man først endre bruk av metaforer, evt. innføre nye metaforer. Lakoff & Johnson (2003) kontrasterer krigsmetaforen med en dansmetafor. Dersom man tenker på argumentasjon som en dans heller enn krig, vil man se på argumentering på en helt annen måte. Man forbinder helt andre ting med en dans enn en krig. Det er for det første umulig at bare den ene parten vinner. Dansepartnere er avhengig av hverandre for å gjøre det bra. Kun gjennom forståelse og samarbeid vil de kunne oppnå gode resultater, og se bra ut sammen. Partene er likeverdige og avhengige. Kommer man i utakt, eller setter opp en felle for motparten, vil det være like ødeleggende for begge. En slik metafor henspiller mer på det vi definerer som dialogen, enn på tradisjonell argumentasjon og debatt. Formålet for dialogen er nettopp at partene kan få tilgang på nye virkeligheter gjennom å utvikle en felles forståelse for problemer, konflikter eller andre ulikheter. Ifølge kvantefysikeren og dialogforskeren David Bohm (1996-2) er det ikke vinnere eller tapere i dialoger. Det skal være samarbeidsprosjekt der alle vinner hvis noen vinner. I en dialog handler det først og fremst om å tenke sammen og å få tilgang til alt av partenes felles ressurser og perspektiver. Gjennom å dele kunnskap og ressurser vil man kunne utvikle mye bedre avtaler i fellesskap, enn det hver enkelt kan gjøre for seg selv.

I en meklingstilnærming vil man være opptatt av å avdekke de ulike virkelighetsbildene til partene; hvilke interesser partene har, hva behovene er – og hva de ønsker for fremtiden. Meklingstilnærmingen er mye mer dialogisk enn juridisk. Den dialogiske tilnærmingen er også diametralt forskjellig fra den tradisjonelle, juridiske, krigsmetaforiske diskurs.

Dialogteori fremhever fire viktige aspekter som er sentrale for å få til gode dialoger; det er respekt, evne til å lytte, at partene er ærlige og at man evner å kunne ta flere perspektiv (Isaacs, 1999). Man kan si at dialog er en samtaleform uten sider, men med et senter. Dialog kommer fra de greske ordene «dia» og «logos». «Dia» betyr gjennom, mens «logos» betyr ord. Gjennom ordene skal man ideelt sett tenke sammen, og når man tenker sammen så impliserer det også at man ikke lenger ser på sine egne posisjoner som endelige, men man er åpen for at virkeligheten kan forandre seg gjennom interaksjon med andre (Isaacs, 1999). Gjennom dialogen kan man oppnå produktive effekter av motsetninger mellom

standpunkt.

Filosofen Michail Bachtin (2003) tenker seg dialogen som et karneval. Ved å la en slik metafor være ledende for dialogen, legger man til rette for latter, lekenhet og det uforutsigbare. Man legger mindre press på den enkelte til å tilpasse seg og innordne seg de andre. I det klassiske karnevalet snus alt på hodet, men det finnes også regler; alle kler seg ut og er med på leken. De må ønske å slå seg løs slik karnevalet legger opp til. Det finnes derfor en motivasjon for å delta.

Side 70:

Mekling er en tilnærming der hver konflikt kan bli behandlet på dens egne premisser. Det er en fremtidsrettet og spesiell behandling, der partene selv skal ta ansvaret for den avtalen eller beslutningen man kommer frem til. Forutsetningen for mekling er at partene må ønske å være med – de må samtykke i å møte til mekling. En grunnforutsetning er derfor at partene skal være motiverte til å komme frem til en løsning. Gjennom mekling skal man (ideelt sett) prøve å få partene til å gå fra konkurranse (og hat) til samarbeid og forståelse. Kommunikasjon er sjelden en 1:1 overføring av budskap fra sender til mottaker. Alt vi sier er gjenstand for fortolkning, avhengig av den referanserammen som den enkelte har. Mekleren kan brukes som et medium til fortolkning og korreksjon av feiltolkninger som er oppstått i konfliktfokkene mellom de stridende parter.

Det synes derfor mer sentralt å omtale mekling som en tilnærming, heller enn at det eksisterer en egen retorisk form. Mekling kan defineres som en interessebasert konfliktbehandling, der mekleren kan ha flere ulike roller, men det sentrale er at partene selv blir aktive og deltakende i både prosess og endelig avtale (se f.eks. Moore, 1986; Pruitt & Carnevale, 1993). Mekleren har også ulike retoriske grep han kan bruke, men de går mer på å utvikle forståelse mellom partene enn at noen skal overtales eller overbevises. Kunnskap om Rosenbergs (1998) konfliktdepressive språk, og dialogens grunnprinsipper, er selvsagt viktige virkemidler for mekler, når han håndterer konflikter. Det samme gjelder innsikt i Bubers (1923) kategorisering av de to ulike grunnforholdene mellom mennesker. Alt dette kan hjelpe mekler til å bidra med å skape reelle endringsprosesser i hardt skadete relasjoner. Retoriske tilnærminger henspiller mer på lingvistiske kamper enn på substansielle endringer, slik jeg ser det.

Nå er det imidlertid slik at det også mekles i domstolene. Før jeg går videre inn og ser mer konkret på hvordan det juridiske språket er med på å innskrenke og avgrense fortolkning og løsningsalternativer for konflikter, vil jeg først gi en oversikt over mekling i domstolene.

Mekling i domstolene

Helt siden tvistemålsloven² (tvml.) ble innført i 1915 har vi hatt en selvstendig meklingshjemmel i tvml. § 99: «*Retten kan paa ethvert trin av saken forsøke mægling mellem parterne.*» En utfordring med denne hjemmelen er at dommeren kan komme til å inhabilisere seg selv dersom han går for aktivt inn i en meklingsprosess. Dersom det mekles etter tvml. § 99, skal dommeren, om saken ikke blir forlikt, fortsette med ordinær behandling og endelig avsi dom i saken. Dette har lagt sterke begrensninger på meklingsaktivitet i norske domstoler.

I 1997 ble det derfor innført et prøveprosjekt med rettsmekling. Dette er hjemlet i tvml. § 99 a: Kongen kan gi forskrift om en forsøksordning ved enkelte tingretter og lagmannsretter om utvidet mekling i saker som er brakt inn for domstolen (rettsmekling). Det nye med rettsmekling er at den som mekler mellom partene (som hovedregel) ikke skal dømme i saken dersom partene ikke kommer til enighet, (jf. rettsmeklingsforskrift § 7). Rettsmekling kan bryte med det kontradiktoriske prinsipp i domstolene, som er hjemlet i tvml. §§ 111, 334. Det innebærer at meklere har anledning til å møte med partene enkeltvis i særretter, sterkt i strid med hva som er mulig i en ordinær domsbehandling. Det kontradiktoriske prinsipp innebærer at hver part, til enhver tid, skal ha tilgang på hva den andre parten anfører. Siden vi også har et muntlighetsprinsipp i domstolene (jf. f.eks. tvml. § 329), innebærer dette at partene i en rettsak til en hver tid har rett til å høre alt hva den andre parten sier.

Side 71:

Initiativet til å prøve ut nye meklingsordninger ble tatt av en gruppe dommere, advokater og akademikere som følte behov for alternative konflikthåndteringsordninger. Gruppen leverte et notat i 1993 til Justisdepartementet med tittelen *Et tilbud om alternativ konfliktløsning i Norge?* Utgangspunktet var blant annet de alternative tvisteløsningsmetoder som hadde utviklet seg i USA. Gruppen vurderte det slik at det var behov for et meklingsstilbud utover meklingen som skjedde etter tvml. § 99 og det tilbudet som blir gitt i forliksrådet. Dette ga støtet til utviklingen av den prøveordningen vi har i dag. Prøveprosjektet ble innført ved noen utvalgte domstoler i 1997. Ved inngangen av 2006 var prøveordningen utvidet til å gjelde samtlige ordinære domstoler i Norge, med unntak av Høyesterett. Fra april 2007 ble ordningen også innført i særdomstolen Jordskifteretten. Prøveordningen skal videreføres til å bli en permanent ordning når den nye tvisteloven trer i kraft fra 1. januar 2008. Meklingsordningen og meklingsstanskegangen har fått så sterk innflytelse at den nye tvisteloven har fått navnet: *Om mekling og rettergang i sivile tvister*.³ Hovedformålet med denne nye loven er jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005): «Å gi en mer effektiv sivil rettspleie som gir raskere, billigere og riktigere tvisteløsning for partene og bidrar til rettsavklaring» (s. 13).

I 2001 ble det gjennomført en evaluering av prøveordningen med rettsmekling. Rapporten som ble utarbeidet, fikk navnet *Raskere? Billigere? Vennligere?* Da hadde ordningen vært forsøkt ved ti domstoler gjennom en fireårsperiode. Evalueringen var overveldende positiv. I de sakene man valgte å bruke rettsmekling, var det en forliksprosent på ca. 80 prosent. Både parter, advokater og dommere rapporterte at de i hovedsak var fornøyd med ordningen, og at den fungerte på en raskere, billigere og vennligere måte enn den ordinære domstolsbehandlingen. På denne bakgrunn ble ordningen videreført og utvidet, og er endelig blitt integrert og har satt sitt preg på den nye tvisteloven. Ordningen reguleres i dag av Forskrift om forsøksordning med rettsmekling, fra 1996 (rettsmeklingsforskrift).

I dag går ca. 25 prosent av alle sivile tvister til rettsmekling, og forliksprosenten er i gjennomsnitt ca. 70 prosent. Tilbudet om rettsmekling blir gitt i de fleste sivile saker som kommer inn til tingsretter og lagmannsretter. Dersom partene aksepterer å møte, vil de normalt få en raskere behandlingstid enn om saken går til ordinær hovedforhandling og behandling. Rettsmekleren er vanligvis en dommer ved den aktuelle domstolen (jf. rettsmeklingsforskrift

§ 3). Det gjelder noen spesielle spilleregler for rettsmeklingsprosessen. Det mest radikale, som nevnt over, er meklers anledning til å bryte det kontradiktoriske prinsipp (jf. rettsmeklingsforskrift § 4). Rettsmeklingsprosessene synes i stor grad å tendere mot en sær møteprosess, der sær møtene er en overveldende mye brukt teknikk. Prosessen er i utgangspunktet uten forpliktelser. Dersom man ikke kommer til en avtale, går saken videre til ordinær behandling hos en ny dommer ved domstolen (jf. rettsmeklingsforskrift § 7). Mekler kan opplyse partene om at de selv må informere ham om hvilke informasjon han evt. ikke kan bringe videre til motparten. Partene og meklere har taushetsplikt, slik at ingenting av det som kommer frem i prosessen kan brukes i den senere behandlingen av saken (jf. rettsmeklingsforskrift § 4). Meklingsprosessen er dermed konfidensiell. Produktet av meklingen derimot, dersom det kommer til en avtale, er vanligvis et rettsforlik. Dette er ikke unntatt offentlighetens lys, slik at rettsforlik på samme måte som dommer er tilgjengelige for allmennheten (jf. rettsmeklingsforskrift § 6). Dersom partene ønsker en avtale, som er unntatt offentligheten, kan de evt. veile å inngå et utenrettslig forlik.

Rettsmekling synes å være et godt alternativ i de norske domstolene. Det bringer også meklingsfenomenet med dets metaforer inn i domstolssystemet. Om dette kan utkonkurrere krigsmetaforene er vel ikke sannsynlig, men at domstolsretorikken kan bli mer nyansert, som følge av dette, kan være en positiv bieffekt. Den tradisjonelle domstolsretorikken kan gi unødvendige begrensninger, særlig i forhold til potensielle utfallsrom.

Side 72:

Konflikt vs. tvist

Når konflikter skal behandles av domstolene, blir de transformert fra å være en konflikt til å bli en rettslig tvist. Konflikten i en stevning uttrykkes ved hjelp av det juridiske språket, vi kan si at den blir *juridifisert* (Vindeløv, 1996). Alle juridiske irrelevante faktorer blir skåret bort. Det man står igjen med da er en spissformulert tvist, der partenes påstander og krav danner grunnlaget for, og grensene for, hva dommeren kan bestemme. *Disposisjonsprinsippet* sler at partenes krav danner grensene for hva dommen kan bli, jf. tvml. §§ 85–86. Bakgrunnen for dette er at det er partenes sak og de som i utgangspunktet *disponerer* over saken.

En av hovedutfordringene med *juridifiseringen* er at det totale konfliktbildet mellom partene gjennomgår en kraftig forenkling, og det blir ofte fokusert bare på en eller to åpenbare konflikt dimensjoner. I en oppsigelsessak kan det for eksempel bety at en konflikt, som i utgangspunktet var svært emosjonell og omhandlet mange forskjellige elementer, kommer til mekling, og omfatter der et krav og et motkrav om økonomisk oppreisning.

Når en konflikt blir transformert til en tvist, så skjer det samtidig en slags subtil definering av hva konflikten egentlig handler om. I transformasjonsprosessen legges dermed strategien for hvilke slag man skal kjempe, og aktuelle rettsområder blir avgrenset. For en mekler vil det kunne være ulike tilnærminger til partenes påstander i prosesskrivene.

I en kvalitativ studie av femten rettsmeklinger har jeg blant annet studert fenomenet *definering*. Jeg har utforsket og analysert hvordan meklere tilnærmer seg konflikter på forskjellige måter. På bakgrunn av mine data, har jeg funnet det hensiktsmessig å dele

meklernes tilnærminger inn i to hovedkategorier:

- Innskrenkende definering
- Utforskende definering

I en ordinær domstolsbehandling må dommeren forholde seg til en innskrenkende definering av tvistene. Skal en tvist behandles på ordinær måte kan man ikke behandle annet enn det partene anfører, nettopp jf. disposisjonsprinsippet. I rettsmekling er det annerledes, men en stor andel av meklere, som ble observert, havner likevel i den første kategorien; de definerer innskrenkende. Det betyr at de krav og posisjoner som anføres i prosesskrivene, tas som det gitte utgangspunkt for meklingen. Et eksempel på dette, som er hentet fra en av meklingsene, er følgende: «*Denne saken gjelder oppsigelse, om denne er gyldig eller ugyldig og eventuelt spørsmål om erstatning.*» En slik innledende definering vil sannsynligvis legge sterke føringer på hva det faktisk mekles om i rettsmeklingsmøtet.

Noen få andre meklere har en helt annen tilnærming til defineringene; de er mer utforskende i formen og åpner heller opp, enn skrenker inn, mulighetene. Et eksempel på dette fra en av meklingsene er følgende:

«Denne saken vi skal behandle her i dag er en spesiell sak, og hvor mye det er å mekle om her, får jeg få vite av partene etter hvert. Det blir spennende å få høre hva det her er snakk om og hva konflikten egentlig dreier seg om. Er det kun et pengebeløp, eller er det andre underliggende interesser her, f.eks. en aksept eller unnskyldning fra den andre part? Husk at konflikter handler om andre ting enn det som synes åpenbart ut fra posisjonene.»

Side 73:

Denne mekleren klarer sannsynligvis å sette i gang tankeprosesser hos partene som går utover det faktiske kravet og tvisten som ligger til grunn. Mekleren åpner opp et potensielt utfallsrom, som går ut over de tradisjonelle, rettslige mulighetene. I begge de to sakene det her er referert til, var utgangspunktet at partene var uenige om et økonomisk beløp. Man kan imidlertid også tenke seg at prosessen med å være utforskende eller innskrenkende kan starte når det går ut et informasjonsskriv om rettsmekling til partene fra domstolen.

Definering er generelt viktig og avgjørende for hva man faktisk velger å fokusere på. I sosiologien er det slik at det å kunne definere diskursen ofte likestilles med å definere virkeligheten selv. Diskurs knyttes der tett sammen med teorier om makt. Eksempelvis kan man tenke seg forskjellen mellom å bli kalt frihetskjemper og terrorist.

I domstolene formuleres tvistene slik at de passer til lover og regler som gjelder, og selv om det ikke er algoritmer som brukes, så er det ikke så urimelig å sammenlikne det med dette. Volkema (1986) hevder at det er viktig at problemer blir definert på en slik måte at ikke løsningen ligger implisitt i definisjonen, men at defineringen kan generere frihet i tankegangen omkring problemet. Den gruppen rettsmeklere som definerer konfliktene på en utforskende måte, som referert over, vil i tråd med Volkema oppmuntre til frihet i tankegangen rundt konfliktene. Det er på en

slik måte vi kanskje kan legge best til rette for kreative prosesser og gode utfall for partene. Vi må tenke nytt, og om vi ikke etter hvert kan anvende karnevals- eller dansemetajoren på rettsmeklingsprosessene, så er i alle fall håpet at andre, alternative metaforer kan få mer innpass i meklingsprosessen. Gjennom en slik type tilnærming kan vi kanskje oppnå at flere konflikter blir løst, og ikke bare håndtert.

Konflikthåndtering vs. konfliktløsning

Mange konflikter synes å vende tilbake til domstolene, med jevne intervaller. Dersom man ser på konfliktene man har rundt seg i sine nærmeste relasjoner, synes kanskje mønsteret å være det samme; konflikter har en tendens til å være sykliske og repeterende i sin natur. Er det slik at konflikter er repeterende, eller er det kanskje heller slik at konfliktene vender tilbake i nye klær, med jevne mellomrom, fordi de faktisk ikke har blitt løst?

Side 74:

Man kan bruke en sykdomsmetafor når man snakker om konflikter, selv om den henspiller på problemene snarere enn mulighetene. Sykdomsmetaforen kan imidlertid illustrere et viktig aspekt ved konflikthåndtering, nemlig forskjellen på symptomer og egentlige (underliggende) problem. En pasient kan ha mye plager med utslett. Hvis man konkluderer med at problemet er eksem, vil man kanskje smøre på forskjellige salver for å lindre og forsøke å løse problemet. Hvis det egentlige problemet er at man reagerer på noe man spiser hver dag, så vil ikke løsningen på problemet være salve eller krem. Løsningen vil være å slutte å spise det man faktisk reagerer på. Dersom utslettet bare er et symptom vil tiltakene, som man i utgangspunktet startet ut med, ikke løse noe problem, kanskje vil det dempe smertene en stund, men det egentlige problemet må fjernes dersom pasienten skal ha en sjanse til å bli frisk. Det samme gjelder for konflikter. Ofte tar vi tak i symptomer, som vi tror er det egentlige problemet. Tvister kan nok i mange tilfeller ha karakter av å være symptomer på noe annet – partene får faktisk ikke løst problemet ved å få en avgjørelse på en tvist. Kanskje er den avgjørelsen så snever at den ikke gjør noe med det totale konfliktbildet. Vi kan tenke oss to naboer som har store konflikter seg i mellom. De går til retten med en grensetvist og får en dom for hvor grensen går utover i sjøen. Konflikten mellom partene bare fortsetter. Det egentlige problemet var kanskje at begge partene hadde store båter, som ikke fikk plass inntil land, slik forholdene på stedet var. En varig løsning på problemet kunne vært å bygge en brygge i fellesskap, slik at begge båtene kunne få plass.

Retoriske virkemidler brukes for å påvirke, men de skaper også forventninger. Språket som brukes vil, dersom man tar en konstruktivistisk tilnærming, være med på å skape den virkeligheten vi lever i. Å kalle domstolene for konfliktløsere, er det samme som å si at dersom man tar konflikten med seg dit, så vil man få en endelig løsning på det hele. I mange tilfeller er det svært langt fra sannheten, og parter som forventer en endelig løsning, kan bli svært skuffet når det går opp for dem at konflikten er like betent etter avsluttet behandling. I mange tilfeller er kanskje relasjonen mellom partene om mulig enda dårligere etter en ordinær domstolsbehandling.

Det elegante med domstolene er likevel at man faktisk får en *avgjørelse* i tvisten. Selv om ikke alltid problemene blir løst, så får partene noe å forholde seg til, om de liker det eller ikke. Noen ganger er dette nok, og problemene gir seg, andre ganger kan nok en dom være like mye begynnelsen på noe mer, enn slutten på noe

annet.

Det er veldig utfordrende å faktisk løse konflikter. Hvis vi går tilbake til konfliktteorien ser vi at konflikter kommer fra ulikhet og avhengighet. Når man skal løse konflikter må man enten tilnærme seg *ulikhetene* eller *avhengigheten*. Ordinær domstolsbehandling og rettsmekling forsøker å løse konflikter ved å håndtere *ulikhetene* mellom partene.

Dersom man ikke ønsker å gå inn i ulikhetene, eller dette alternativet synes både prøvd, utprøvd og ferdig prøvd – så kan man bryte avhengigheten til den man er i en konflikt med. Man kan flytte fra nabokonflikten, si opp jobben for å fjerne seg fra konfliktene med sjefen eller andre kolleger, eller man kan skille seg. En skilsmissestatistikk på 50 prosent viser at halvparten forsøker å fjerne avhengigheten til en partner ved å gå ut av ekteskapet. I de tilfellene det ikke er barn inne i bildet kan dette fjerne problemet på kort sikt. Dersom paret har barn, blir man imidlertid ikke kvitt den andre personen. Avhengigheten vedvarer, om enn langs en annen dimensjon, som igjen genererer muligheter for nye og andre konflikter. Poenget her er at det å fjerne avhengigheter i mange situasjoner kan være vanskelig. Noen ganger er båndene kanskje umulige å bryte. Da blir man på et eller annet vis tvunget til å ta stilling til ulikhetene.

Fordelen med mekling er at det i utgangspunktet skal være mulighet for å få til mer varige, bedre og mer motiverende avtaler enn det domstolene kan gi på ordinær måte. Dette er fordi partene involveres selv både i prosessen og selve utformingen av løsningene. En beslutning gjennom en dom innebærer at man får tredd en beslutning ned over hodet på seg. Man kan da risikere i verste fall å få en avgjørelse som man kan mene er feil eller urettferdig. Dette skal ikke være mulig gjennom mekling da partene selv skriver under på avtalen for at den skal kunne forlikes. Dette betyr selvfølgelig ikke at domstolenes metoder og resultater generelt sett er uegnet og lite hensiktsmessige i vårt samfunn.

Side 75:

Domstolsretorikkens utilstrekkelighet – og fortreffelighet

Selv om domstolsretorikken bringer med seg mange utfordringer, og har en tendens til å eskalere, heller enn å roe ned konflikter, betyr det likevel ikke at domstolsbehandlingen ikke har en viktig funksjon. Noen saker egner seg mye bedre for domstolsbehandling enn for mekling. I lovforarbeidene til den nye tvisteloven (Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kap.10) presiseres det at minnelige løsninger ikke alltid er å foretrekke. I blant er det viktig å få en avgjørelse ut fra behovet om rettsavklaring. Mekling kan også være betenkelig dersom partenes ressursituasjon i meklingen er for ulik. Eksempler på dette kan være at en part møter med advokat, mens den andre (kanskje svake part) ikke har advokat. Man kan også tenke seg at det er uheldige maktubalanser mellom parter av andre grunner. Slike meklingssituasjoner vil kunne gi en mekler store utfordringer. Ressursituasjonen i en mekling skal (og bør) ikke føre til at parter oppnår særlige fordeler eller lider særskilte tap, f.eks. som følge av at parten ikke evner å ivareta egne interesser på en god måte. Hver tvist bør derfor vurderes i forhold til om den egner seg for mekling eller ikke.

I tillegg er det slik at noen konflikter har sterkere

relasjonsmessige aspekter enn andre. Nabokonflikter og familiekonflikter er eksempler på saker der partene vil ha en relasjon etter avsluttet behandling. I disse tilfellene kan det være viktig å ivareta det relasjonelle så godt som mulig. Eksempler på det motsatte kan være de mange erstatningssakene som kommer til mekling. I de tilfellene er det ofte slik at partene ikke har noen avhengighet utover den aktuelle saken. I mange situasjoner er det derfor bare en utfordring å komme frem til et beløp i meklingen – eller rettsaken. Partene har gjerne verken motivasjon eller ønske om å forbedre relasjonen til motparten, utover den aktuelle saken. Disse sakene, som er veldig distributive i sin natur, skiller seg fra de mer komplekse sakene, der det er langvarige forbindelser mellom partene. Det sier seg selv at tilnærmingen bør varieres i forhold til hvilken type konflikt som er til behandling, og at dansing og karneval kanskje gjør seg best i de mer relasjonelle problemstillingene.

Meklingsbudskapet (og dialogen) skal dermed ikke forkynnes. Det skal heller presenteres som et alternativt og utvidet verktøy for domstolene. I en del tilfeller gir meklingsverktøyet helt andre muligheter enn det en dom kan gi. I en del situasjoner er imidlertid ordinær domstolsbehandling det eneste riktige. I saker der man f.eks. vil ha en prinsipiell avgjørelse, eller er ute etter å få fastslått hvem som har rett eller galt, så er domstolene den beste og den eneste veien å gå. Domstolenes uavhengighet og metode har vært en viktig premissleverandør for rettferdige beslutninger i samfunnet i århundrer. Beslutningene blir tatt og kan i de fleste tilfeller prøves i flere instanser, slik at rettssikkerheten blir godt ivaretatt. En innvending mot for utbredt meklingsvirksomhet er nemlig manglende innsyn i prosessene og utfordringer knyttet til rettssikkerheten.

Side 76:**Implikasjoner for forskning**

Kommunikasjon spiller åpenbart en sentral rolle i konflikthåndtering generelt og mekling spesielt. Et kommunikasjonsmessig perspektiv på mekling er derfor nyttig for å få mer kunnskap om- og innsikt i – hvordan kommunikativ atferd, fra f.eks. mekler, påvirker meklingsprosessen. Jones (1988) tok, som en av de første, et kommunikasjonsmessig perspektiv på meklingsprosessen. Dette perspektivet har tilført meklingslitteraturen ny innsikt, men fremdeles representerer denne tilnærmingen et stort potensial for videre forskning. Et kommunikasjonsmessig perspektiv på meklingsprosessen kan innebære at man fokuserer på en mikroanalyse av spesifikke verbale og nonverbale sammenhenger, hvordan en sosial konstruering av mening i kommunikasjon skjer, eller hvordan konteksten påvirker kommunikasjonen i meklingen (Folger & Jones, 1994:ix). Studier av metaforbruk i mekling og konflikthåndtering kan fokusere på hvordan metaforbruk er med på å skape mening i meklingsprosessen. Putnam (2004) gir en oversikt over forskning fra konfliktlitteraturen, som har fokusert på forskjellige språklige tilnærminger, som kan være nyttige for å løse opp i fastlåste konflikter. Hun kaller dem for kritiske punkt eller skiftsituasjoner i forhandlinger. Eksempler på dette er (a) å endre abstraksjonsnivå i konflikten; f.eks. ved å gå fra det spesielle til det generelle, (b) å gå fra det konkrete til det abstrakte, og (c) å gå fra det bokstavelige til det symbolske. Disse tilnærmingene henspiller alle på det metaforiske. Metaforer kan defineres som språklige bilder, slik at de kan være både abstrakte, symbolske og generelle.

Jameson, Bodtger & Jones (2006) studerer hvilke

implikasjoner metaforer i meklingsprosessen har for de meklingsprosessene som blir brukt, i forbindelse med å håndtere følelser i meklingsprosessen. De finner at metaforbruken kan hjelpe meklerne med å avgjøre hvilke teknikker som er mest hensiktsmessige å bruke, for å håndtere følelsesmessige utbrudd på en best mulig måte. Tracy & Spradlin (1994) finner at meklere bruker språket og metaforer til å definere hva meklingsprosessen egentlig er, og de skiller mellom to grupper, der den ene gruppen bruker økonomiske termer (effektivitet, bunnlinje, tid er penger osv.), mens den andre gruppen bruker termer som henpeiler på terapi. Hvilke metaforer som brukes vil kunne være avgjørende i forhold til hvilken prosess partene føler de er en del av, men ikke minst i forhold til hvilken rolle meklerne tar.

Et kommunikasjonsperspektiv på meklingsprosessen kan hjelpe oss til å få mer innsikt i hvordan spesielle kommunikasjonsmessige handlinger er med på å skape virkelighetsbilder for meklere og parter, og hvordan dette influerer prosess og utfall av meklingsprosessen. På bakgrunn av den forskningen som allerede er gjort på metaforbruk i meklingsprosessen, og med hensyn på litteraturstudier som er gjort i forbindelse med denne artikkelen, synes det å være interessant å studere bruk av metaforbruk i meklingsprosesser videre. Er det slik at det er krigsmetaforene som råder – eller har meklingsmetaforene også plass i rettsmeklinger? Hvilken betydning har metaforene som brukes for meklingsutfall? Brukes forskjellige metaforer på forskjellige stadier i prosessen? Og hva er forskjellen mellom meklere som aktivt bruker metaforer vs. meklere som ikke bruker dette verktøyet? Mulighetene for videre forskning på dette området er derfor mange.

Avslutning

Ved innføringen av rettsmekling ble domstolene utstyrt med et utvidet meklingsverktøy. Dersom domstolene bruker de alternative verktøyene med kløkt og fornuft, kan vi kanskje se en fornyelse i rettsapparatet i tiden som kommer. Krigsmetaforene vil nok alltid være til stede, men kanskje kan vi se at også meklingsmetaforene kan få mer innpass, og hjelpe til med vennligere, raskere og billigere prosesser for partene.

Side 77:

Referanser

- Aschehoug & Gyldendal (2005). Store norske ordbok. Oslo: Kunnskapsforlaget.
- Bachtin, M. (2003). *Latter og Dialog. Utvalgte skrifter*. Cappelen upopulære skrifter. Cappelen Akademisk Forlag. (Oversatt av Audun Johannes Mørch, 2003)
- Bohm, D. (1996-1). *On Creativity*. New York: Routledge Classics.
- Bohm, D. (1996-2). *On Dialogue*. New York: Routledge Classics.
- Boye, K. (2004). *Sakførsel i sivile saker*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Buber, M. (1923). *Jeg og Du*. Oslo: Cappelen (oversatt 2005).
- Cicero: *De re publica* (51 f.Kr.), i: *Ciceros filosofiske skrifter*, bd. I. København 1969, s. 225–271.
- Deutsch, M. (1973). *The Resolution of Conflict: Constructive and*

Destructive Processes. New Haven, CT: Yale University Press.

Esser, J.K. & Lindoerfer, J.S. (1989). Groupthink and the space shuttle Challenger accident. *Journal of Behavioral Decision making* (2), 167–177.

Folger, J.P. & Jones, T.S. (1994). *New directions in mediation. Communication research and perspectives*. Beverly Hills: Sage Publications.

Gerzon, M. (2006). *Leading through conflict. How successful leaders transform differences into opportunities*. Cambridge, MA: Harvard Business School Press.

Guzzo, R.A. & Shea, G.P. (1992). Group performance and intergroup relations in organizations. I M.D. Dunette & L.M. Hough (red.), *Handbook of Industrial & Organizational Psychology* (2. utgave). Palo Alto, CA: Consulting Psychologists Press, 1992.

Haga, Å. (1993). *Georg W. F. Hegel (1770–1831)*, I T.B. Eriksen (red.), *Vestens Tenkere*. Oslo: Aschehoug.

Hjort, J.B. (1956/2007). *Prosedyreteknikk*. Oslo: Den norske sakførerforening/forlag1.

Isaacs, W. (1999). *Dialogue and the art of thinking together: a pioneering approach to communicating in business and in life* :Currency Doubleday.

Jameson, J.K, Bodtker, A.M. & Jones, T.S. (2006). Like talking to a brick wall: Implications of emotion metaphors for mediation practice. *Negotiation Journal*, 22, 199–207.

Janis, I.L. (1989). *Crucial decisions*. New York: The Free Press.

Johansen, A. (2003). *Samtalens tynne tråd*. Spartacus Forlag.

Jones, T.S. (1988). Phase structures in agreement and no-agreement mediation. *Communication research*, 15, 470–495.

Lakoff, G. & Johnson, M. (2003). *Metaphors we live by*. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Lamm, H. (1988). A review of our research on group polarization: Eleven experiments on the effects of group discussion on risk acceptance, probability estimation and negotiation positions. *Psychological reports*, 62, 807–813.

Marazzi, D. (2004). Hormones converge for couples in love. *New Scientist print edition*, 5.5.2004.

March, J.G. & Simon, H.A. (1958). *Organizations*. New York: Wiley.

Moore, C.W. (1986). *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict*. San Fransisco: Jossey-Bass.

Nalebuff, B. & Brandenburger, A.M. (1996). *Co-opetition*. London: HarperCollins Business.

Nordhelle, G. (2006). *Mekling, Konfliktforståelse og konflikthåndtering*. Oslo: Gyldendal Akademisk.

Pondy, L.R. (1967). Organizational conflict: Concepts and models. *Administrative Science Quarterly*, 296–320.

Pondy, L.R. (1992). Reflections on organizational conflict. *Journal of Organizational Behavior*, 13, 257-261.

Pruitt, D.G. & Carnevale, J.C. (1993). *Negotiation in Social Conflict*. Buckingham: Open University Press.

Pruitt, D.G. & Lewis, S.A. (1975). Development of integrative solutions in bilateral negotiation. *Journal of Personality and Social Psychology*, 31(4), 621-633.

Putnam, L.L. (2004). Transformations and critical moments in negotiations. *Negotiation Journal*, 20, 275-295.

Rognes, J.K. (2001). *Forhandlinger*. Oslo: Universitetsforlaget.

Rosenberg, M.B. (1998). *Nonviolent communication*. Del Mar: PuddleDancerPress.

Ross, L. (1977). The intuitive psychologist and his shortcomings. I L. Berkowitz (red.), *Advances in Experimental Social Psychology*, 10. Orlando, FL: Academic Press.

Shapiro, D.L. & Rognes, J.K. (1996). Can a dominating orientation enhance the Integrativeness of negotiated agreements? *Negotiation Journal* 12(1), 81-90.

Simmel, G. (1908/1955). *Conflict and the Web of Group-Affiliations*. New York: The Free Press (1955:46-47).

Steiner, I. (1972). *Group processes and productivity*. New York: Academic Press.

Tracy, K. & Spradlin, A. (1994). Talking like a mediator: Conversational moves of experienced divorce mediators. I J.P. Folger & T.S. Jones (eds.), *New Directions in Mediation. Communication Research and Perspectives*. Beverly Hills, CA: Sage Publications.

Ury, W.L., Brett, J.M., & Goldberger, S.B. (1988). *Getting disputes resolved. Designing systems to cut the cost of conflict*. San Francisco: Jossey-Bass.

Vindeløv, V. (1996). *Konflikt, tvist og mægling. - Konfliktløsning ved forhandling*. København: Akademisk Forlag.

Vindeløv, V. (2004). *Konfliktmægling*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag.

Vinje, E. (1993). *Tekst og tolking*. Oslo: Ad Notam Gyldendal.

Volkema, R.J. (1986). Problem formulation as a purposive activity. *Strategic Management Journal* 7, 267-279.

Rapporter, notater, lover, proposisjoner

FOR 1996-12-13 nr. 144: Forskrift om forsøksordning med rettsmekling.

Innst. O. nr. 69 (1995-1996). Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i tvistemålsloven (rettsmekling).

Justisdepartementet (2000-2001). *Raskere? Billigere? Vennligere? Evaluering av forsøksordning med rettsmekling*. Oslo:rhKnoff As (R157JD), 2001.

Lov om rettergangsmåten for tvistsmål (tvistemålsloven). Lov av 13. august 1915.

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Lov av 17. juni 2005.

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005). Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Rettsmekling – Et tilbud om alternativ konfliktløsning i Norge? Notat

¹ Diskurs kommer fra det latinske *discursus*, som betyr *å løpe frem og tilbake*. Det betyr i hovedsak tale, samtale eller drøftelse (se f.eks. Aschehoug og Gyldendal, 2005).

² Lov om rettergangsmåten for tvistsmål (Tvistemålsloven) (13.8.1915).

³ Lov av 17. juni 2005 lov nr. 90.

Denne artikkelen er skrevet ut av: markus markus
© Universitetsforlaget

9.0. Artikkel 4

Språklige bilder i rettsmeklinger
- en analyse av metaforer i meklingsprosessen

Språklige bilder i rettsmeklinger

En analyse av metaforer i meklingsprosessen

Av stipendiat Solfrid Mykland

Rettsmekling kan være et håndverk. Når mekling sammenliknes med et håndverksyrke, brukes en metafor for å fremheve noen viktige egenskaper ved meklingen. Sammenlikningen gjør det enkelt å forstå at meklere trenger systematisk opplæring i faget og øvelse i de forskjellige verktøyene som finnes. Metaforer beskriver ikke bare hva mekling er, meklere bruker også metaforer når de mekler. I denne studien er meklernes metaforbruk i 15 rettsmeklinger utforsket. Metaforer viser seg å være et kraftig språklig virkemiddel i meklingsprosessen. De øker forklaringskraften i språket, bidrar til å tydeliggjøre viktige egenskaper ved meklingsprosessen og kan også skape gjensidig forståelse mellom parter i konflikt. Samtidig er metaforene et virkemiddel som kan bidra til å frustrere partene og gi et feilaktig inntrykk av potensialet til meklingsprosessen. Det synes i tillegg å være generelt lav bevissthet fra meklernes side i forhold til bruk av metaforer i meklingsprosessen. Siden metaforer både påvirker meklingsprosessen, og det synes å være lav bevissthet rundt bruken, betyr det at det er viktig for meklere å få mer innsikt i egen språkbruk. Det er samtidig viktig å utvikle kompetanse i forhold til dette i fremtidig opplæring av meklere.

SOLFRID MYKLAND (1975) er cand. agric. fra Norges Landbrukshøgskole 2000 og cand. merc. fra Norges Handelshøyskole 2003. Hun arbeidet som jordskiftedommer i Nord- og midhordland jordskifterett fra 2000 til 2002. Mykland er nå stipendiat ved Institutt for strategi og ledelse ved Norges Handelshøyskole der hun er i ferd med å slutføre sitt doktorgradsarbeid om mekling.

1 INTRODUKSJON

Det er X som har bydd opp til dans – og den i hvitten er tatt fra den andresiden ... (mekling 13).

Vi skal se i dag om vi kan finne et sidespor til jussen slik at vi kan finne en løsning ... (mekling 15).

Dette er en frivillig ordning, jeg går derfra ut fra at dere ønsker å få til en avtale, hvis ikke er ikke dette her nødvendig ... (mekling 7).

Sitatene over illustrerer hvordan meklere kan introdusere parter til mekling på svært forskjellig vis. Mekling kan presenteres som et spennende alternativ (mekling 13), som en form for reise (mekling 15) eller mer som et pliktøp (mekling 7). Bildene vi bruker i språket kan være avgjørende for om vi får tilhørers oppmerksomhet eller ikke. De tre bildene som tegnes av mekling her, gir hver for seg svært forskjellige inntrykk av hva mekling egentlig er. Avhengig av hvor bevisste meklere er i forhold til dette, kan bildene brukes strategisk av mekler for å gi det beste inntrykket av meklingsprosessen og dens sentrale kvaliteter. Siktemålet med denne artikkelen er nettopp å utforske metaforbruk – eller språklige bilder – i meklingsprosessen.

Bilder i språket kan være illustrerende og tydeliggjørende. Samtidig er de forenkende – og kan dermed være villedende. Når vi velger oss et bilde, blir vi bundet til de synlige egenskapene som bildet fremhever. Bestefaren til en liten gutt jeg kjenner døde for ikke så lenge siden. Foreldrene hans fortalte at bestefar var reist til himmelen. Den lille gutten klarte ikke å forstå hvorfor ikke bestefaren hadde tatt mobiltelefonen med seg – den hadde han nemlig alltid med seg når han var på reise. For den lille gutten ble reisemetaforen svært forvirrende i forhold til møtet med døden. Virkeligheten stemte jo ikke med hans egne assosiasjoner med reise. I forhold til mekling har tidligere forskning fremhevet reisemetaforen som en idealmetafor for meklingsprosessen (se f.eks. Haynes 1999). Reisemetaforen gir (for de fleste) assosiasjoner til fellesskap, forandring og hyggelige mål – og det er sjelden assosiasjoner til kamp eller krig. Krigsmetaforen blir derimot fremhevet som noe negativt som man bør unngå (Haynes 1999). I denne studien finner jeg imidlertid at bildet er mer nyansert når det gjelder hvordan metaforene påvirker meklingsprosessen. Utfordringen for meklere i enhver meklingsprosess er å bruke teknikker som er tilpasset konflikten som skal håndteres, og som kan bevege partenes oppmerksomhet bort fra det destruktive i kampen og krigen, og over til samarbeid og konstruktive løsninger.

Studien er gjennomført i et tilfeldig utvalg av norske domstoler. Meklingene som er observert, er derfor rettslige meklinger, eller *rettsmekling* som det formelt sett heter. Det betyr at det vanligvis er ordinære dommere som mekler. Rettsmekling var en prøveordning som ble innført i 1997 ved et utvalg av fem norske domstoler. Ordningen ble raskt utvidet – og omfattet etter hvert alle norske domstoler med unntak av Høyesterett. Meklingsordningen ble endelig formalisert ved innføring av ny tvistelov den 1.1.2008.¹⁾ De fleste parter i sivile saker får tilbud om å møtes til mekling med det formål å løse saken i minnelighet før saken kommer til full hovedforhandling. Evaluering

1) Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

gen av prøveordningen i 2001 konkluderte med at ordningen var *raskere, billigere og vennligere* for partene som var involvert.²⁾

Forskning viser at det er en stor utfordring for meklere i domstolene å frigjøre seg fra det rettslige språket og den rettslige tilnærmingen (Welsh 2005). I flere tilfeller debatteres det i hvilken grad rettslig mekling utgjør et reelt alternativ til den tradisjonelle domstolsbehandlingen, og det hevdes at rettslig mekling i mange tilfeller bærer preg av å være en forenklet, domstolsliknende prosess (Welsh 2005; Vindeløv 2007). I denne artikkelen vil jeg utforske *hvilke* metaforer som er utbredt i rettslige meklinger, og deretter *hvordan* de ulike metaforene påvirker meklingsprosessen. Artikkelen organiseres på følgende måte: Først presenteres teori og eksisterende forskning på metaforbruk i meklingsprosessen. Deretter gis det en kort oversikt over metoden som er brukt i denne studien. Dataene fra studien presenteres og drøftes, og praktiske implikasjoner diskuteres helt til slutt.

2 TEORI

En metafor kan i sin enkleste forstand defineres som et språklig bilde (Wangenstein 2005). Tradisjonelt har metaforer blitt forbundet med det poetiske og prosaiske språket, og bildene er ofte svært maleriske i formen (f.eks. *solnedgangen farget himmelen rød...*). I denne artikkelen defineres metaforer mye bredere. Utgangspunktet for studien er det som kalles den kognitivt lingvistiske tilnærmingen (Lakoff and Johnson 1980; Jakel 1999; Lakoff and Johnson 2003). Her er ikke metaforer bare pynt i språket, men de har en viktig funksjon. Den teoretiske tilnærmingen forklarer hvordan bildene, og språket som sådan, påvirker hvordan vi *definerer, strukturerer og opplever* verden. Metaforene har dermed ikke bare med språket å gjøre, de påvirker også hvordan vi tenker (Lakoff 1993).

Utgangspunktet for studier i et kognitivt lingvistisk paradigme er den konseptuelle metaforteorien (Lakoff and Johnson 1980; Lakoff and Johnson 2003). Denne teorien beskriver i hovedsak to elementer: (a) et kildedomene og (b) et måldomene. Fra kildedomenet, som er kjent, (f.eks. krig) henter vi språklige uttrykk som brukes når fenomenet i måldomenet, som er ukjent eller nytt, skal forstås (f.eks. argumentasjon). Vi *projiserer* språkbruk fra et kjent til et ukjent domene. Selve konseptet *krig* vil gjøre tilgjengelig en rekke språklige uttrykk som vi kan bruke når vi argumenterer. Vi kan finne *slagkraftige* argumenter, vi *inntar ulike posisjoner*, vi *torpederer hverandres argumenter*, osv. Krigsmetaforen *strukturerer* dermed våre handlinger slik at vi faktisk kan krige

2) Se: NOU 2001:32, Bind B. Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven), s. 1133–1207.

med ordene. Dette innebærer også at argumentasjonen kan *defineres og oppleves* som krig av partene selv (Lakoff and Johnson 2003). Viser også her at metaforene er *latente*, og at de avdekkes gjennom å analysere de språklige uttrykkene som brukes.

Forskjellige metaforer vil gi tilgang på ulike språklige uttrykk. Med utgangspunkt i en dansemetafor vil de som argumenterer, være partnere, ikke motstandere. Et godt *utfall* vil være avhengig av at partene lykkes og samarbeider, og vil ikke kunne beskrives i forhold til den enkle vinn-tap terminologien som kjennetegner både domstolstilnærmingen og det krigerske. Det er imidlertid viktig å merke seg at man ikke kan kontrollere partenes assosiasjoner til uttrykkene som brukes. Et eksempel på dette har vi f.eks. når mekling sammenliknes med en dans. For noen kan dans assosieres med samarbeid. For andre kan dans være en tvangstrøye som de slett ikke behersker eller ønsker å delta i. For andre igjen kan dans kobles til spill for galleriet, der det er staffasje og fasade mer enn innhold. Dersom det blir opp til partene å trekke alle disse slutningene selv, ser vi at f.eks. dansemetaforen kan gi svært forskjellig inntrykk av meklingsprosessen.

Bruk av metaforer er i realiteten en form for kategorisering (Lakoff 1987). Vi foretar en slags analog behandling av et fenomen, basert på noen sentrale egenskaper som blir fremhevet og sett på som like. Gjennom en slik overføring av egenskaper foregår det også en forenklingsprosess. Det forenkler fenomenet, fordi vi kan bruke vår tidligere erfaring til å si noe om begrepet, men det låser oss samtidig til noen utvalgte og synlige egenskaper til fenomenet. Bowker og Star (1999) utforsker hvilke konsekvenser klassifisering kan få i ulike situasjoner. De finner blant annet at det skjer en usynliggjøring gjennom kategoriseringen. De sier følgende: «Jo enklere det er å bruke en kategori, desto vanskeligere er det å oppdage den ...» (Bowker and Star, 1999:33). Ved å plassere noe i en kategori (eller metafor) trer visse egenskaper tydelig frem, mens andre tones ned. I boken *Women, Fire and Dangerous things*, skrevet av Lakoff (1987) er nettopp tittelen et eksempel på en kategori fra et australsk stammespråk (aborigenees), der kvinner, flammer og farlige ting betegnes av ordet *balan*. Ved å kategorisere kvinner sammen med flammer og farlige ting, blir assosiasjonene til kvinners egenskaper tett knyttet til nettopp flammer og farlige ting. Dette kan selvsagt bidra til et overforenklet syn på kvinner. Forenkling er bra i den forstand at det hjelper oss å effektivisere. Det er imidlertid utfordrende dersom vi har etablert noen «gale stier», dvs. at metaforene vi bruker er feil eller misvisende.

Den kognitive psykologien foreskriver ulike måter å kompensere for slike overforenklinger (se f.eks. Plous 1993). Et tiltak kan være å bruke flere forskjellige tilnærminger eller øke bevisstheten i forhold til det man gjør. Overført til bruk av metaforer kan en fleksibel metaforbruk, som kombinasjon av flere metaforer, sikre at bildene av situasjonen som metaforene tegner, blir mindre utsatt for feilkilder, og det samme gjelder dersom meklere øker sin bevissthet rundt selve bruken av metaforer.

Haynes (1999) er en av de første som utforsket metaforer i meklingsammenheng. Som nevnt innledningsvis fokuserte Haynes på hvordan krigsmetaforer kunne byttes ut med reisemetaforer i meklingsprosessen. Hans utgangspunkt var egne meklingserfaringer etter lang tids praksis som mekler, og da særlig i familiekonflikter. Schulz (2006) gjør en alternativ casestudie av filmen *Sjokolade* knyttet til metaforer. Hun utforsker hvordan en mekler kan sammenliknes med en kokk, og gjennom sitt kokkefag legge til rette for at mennesker kan komme i ny dialog. Hun finner at meklere selv kan hjelpe parter selv om de ikke i utgangspunktet ønsker det eller har bedt om det, så lenge tilnærmingen er tilpasset hver enkelt person og konflikt. Schulz illustrerer på en artig måte hvordan meklere kan legge til rette for ny dialog mellom parter som har vært i lang konflikt, men som er avhengige av hverandre og har både nytte og glede av å kunne forholde seg til hverandre.

Empiriske studier av metaforer i meklingsprosessen er foreløpig svært begrenset. Flere har imidlertid fokusert på hvor *viktig* fenomenet er. Dette gir behov for mer innsikt i *hvordan* metaforene både brukes og virker. På denne bakgrunn var det naturlig å bruke en kvalitativ tilnærming til dette fenomenet, og dette blir presentert i detalj i metoddelen.

3 METODE

Materiale til denne studien er hentet fra en kvalitativ, eksplorativ studie av meklingsprosessen. En slik studie er spesielt nyttig når man ønsker mer innsikt i fenomenet som skal studeres (Frankfort-Nachmias and Nachmias 1996). I meklingsforskningen er det flere ganger påpekt at det er for lite kunnskap om meklingsteknikker og hvordan de enkeltvis påvirker meklingsprosessen (Wall, Stark and Standifer 2001; Beardsley, Quinn Biswas and Wilkenfeld 2006). Meklingsteorien er også fremdeles regnet for å være svakt utviklet på flere områder. Utgangspunktet for denne studien var å få en dypere forståelse for ulike meklingsteknikker og hvordan de virker, ved å bruke en induktiv analysemetode. Den induktive metoden brukes gjerne når det er et svakt teorigrunnlag innenfor feltet, og det innebærer en «bottom up» arbeidsmetode der dataene heller enn teorien styrer analysene (Eisenhardt 1989; Weick 1989).

Datainnsamlingen til denne studien foregikk fra 2004 til 2006, og ordningen var da regulert av forskrift om forsøksordning med rettsmekling.³⁾ Jeg valgte å studere mekling i en rettslig sammenheng fordi det (1) var et stort utvalg av meklinger tilgjengelig, (2) meklingene foregikk til fastlagte tider på bestemte steder, (3) rammevilkårene for

3) Forskrift om forsøksordning med rettsmekling av 13.12.1996 nr. 1144.

meklingene var svært like (f.eks. var alle meklernes utdannet jurister), (4) det var mulig å få tilgang til mange av de rettslige meklingsene, og (5) jeg kjenner godt til domstolskonteksten (som tidligere praktiserende jordskiftedommer). Jeg observerte totalt 15 meklinger, der to av dem var mekling etter barneloven⁴⁾ § 61, altså barnefordelingsaker, mens de siste 13 var ordinære rettsmeklinger.

Jeg hadde ingen systematiske utvalgsriterier for hvilke meklinger jeg skulle følge. Jeg inkluderte meklinger som jeg fikk tilgang til, der både parter, advokater og meklere hadde samtykket til min tilstedeværelse. Utvalget ble derfor betinget av aksess. Dette gir en fare for det som kalles opportunistisk utvalg (Lincoln and Guba 1985), dvs. at meklinger der jeg fikk aksess, kunne tenkes å være av en spesiell type. Jeg fikk imidlertid kun avslag i to tilfeller, og begge disse sakene var av en så spesiell karakter at mekler ikke ønsket at det skulle være en observatør til stede, av respekt for partene. I en eksplorativ studie kan man bruke innsikt som blir utviklet underveis, for å f.eks. endre på utvalgsriteriene. Dette kalles for en fokusering av utvalget (Lincoln and Guba 1985). Mot slutten av studien valgte jeg nettopp å følge noen utvalgte meklere flere ganger. Dette var meklere med lang erfaring som viste seg å ha en stor bredde i meklings teknikker og språkbruk, og som jeg derfor fant gav en større rikhet til datamaterialet. Totalt sett observerte jeg derfor elleve ulike meklere. Det er et stort spekter av forskjellige typer konflikter i utvalget. Noen konflikter er mellom parter som har en langvarig relasjon, f.eks. i barnefordelingssaker eller nabokonflikter, mens andre er mellom parter med en kortvarig relasjon, der relasjonen er avsluttet etter det kommer til en løsning, f.eks. erstatningssaker eller oppsigelsessaker. Den store variansen i konflikttyper gjør den potensielle feilkilden fra et opportunistisk utvalg liten.

I tabellen under er det gitt en oversikt over hvilke metaforer som er identifisert hos meklernes i de enkelte meklingsene, og videre hvor utbredt de forskjellige metaforene er i de ulike meklingsene. Utbredelsen er gradert ved tre nivåer, med tilhørende koder:

	Kode	Definisjon
Lite brukt	I	1–4 språklige uttrykk fra konseptuell metafor
Middels brukt	■	5–8 språklige uttrykk fra konseptuell metafor
Mye brukt	■	9 eller flere språklige uttrykk fra konseptuell metafor

4) Lov om barn og foreldre Lov av 8. april 1981 nr. 7. (barnelova).

Metaforer:	Krig	Gave	Reise	Maskin	Fest	Handel	Rollebytte	Domstol
Mekling								
1	■	■	■	■			■	■
2		■	■	■		■	■	■
3		■	■	■		■	■	■
4			■				■	■
5		■	■		■	■	■	■
6		■	■			■	■	■
7		■	■			■		■
8	■	■	■				■	■
9	■	■	■			■	■	■
10	■	■	■			■	■	■
11	■		■			■		■
12	■		■		■	■	■	■
13		■	■	■	■	■	■	■
14		■	■			■	■	■
15	■	■	■	■	■	■	■	■

Tabell 1: Metaforer i meklingsprosessen

I tabellen ser vi at metaforene brukes i ulike grad i meklingene. Domstols- og handelsmetaforen skiller seg ut i forhold til anvendelse. Rollebytte- og reisemetaforen er også brukt i utstrakt grad. Vi ser også at mekling 15 skiller seg ut med utstrakt grad av metaforbruk.

Utvalget i studien begrenser seg til 15 meklinger. Det er imidlertid tydelige mønstre på tvers av meklere og konflikter. Jeg mener derfor at funnene i studien er interessante, også utover det aktuelle utvalget. Konteksten har nok en betydning for *hvilke* metaforer som er å finne, og utgjør derfor en begrensning i forhold til ekstern validitet (Cook and Campbell 1979). Implikasjonene av funnene i studien kan uansett fungere som en veiviser for hvor man kan gå videre med studier av metaforer og språkbruk i meklingsprosessen. I det videre vil jeg vise eksempler og drøfte de ulike metaforene som er identifisert i datamaterialet.

4 ÅTTE SPRÅKLIGE BILDER

Jeg identifiserte åtte konseptuelle metaforer i de observerte meklingene. Disse er som følger:

1. Krig
2. Reise
3. Gave
4. Fest
5. Maskin
6. Handel
7. Rollebytte
8. Domstol

Under vil hver enkelt metafor defineres, deretter illustreres ved sitater fra meklingene – og til slutt drøftes dataene opp mot eksisterende forskning.

4.1 Krig

Krig er en kamp der parter kjemper om å overvinne hverandre. Overordnet er det også dette som gjerne skjer i konflikter. I 6 av de 15 meklingene finnes det språklige uttrykk som er direkte avledet av krigsmetaforen. Det er få utsagn i hver enkelt mekling, men de fleste utsagnene leder til et klart vinn/tap fokus, der *posisjoner* og *kamprelaterte* uttrykk er utbredt. I mekling 10 sier f.eks. mekler at *jeg har ikke oppnådd så mye på den andre siden . . .* I mekling 1 sier mekler at *viljen til å gi etter er ikke så stor . . .*, og endelig i mekling 11: *Ok, da kan motparten få innlede . . .* I et par tilfeller har imidlertid språkbruken en litt annet form (f.eks. i mekling 15): *Dere har denne krigen gående, men jeg vet jo ikke om dere faktisk er uvenner . . .*

Det krigerske språket er i all hovedsak med på å understreke konfliktnivået, kampen og posisjoneringen mellom partene. I meklingen blir da selve *kampen* mellom de aktuelle partene billedliggjort, og det kan bli stort fokus på dimensjoner som partene er uenige om, heller enn å finne frem til aspekter som partene er eller kan enes om. Disse krigerske elementene er imidlertid så integrert i det vi kan kalle for domstolsretorikken, at den krigerske språkbruken også er med på å gi meklingen et rettslig preg. Med utgangspunkt i denne studien synes det rettslige og det krigerske å påvirke prosessen i samme retning, nemlig mot det fordelingsorienterte. Totalt sett var likevel det krigerske mindre utbredt enn jeg hadde forventet ut fra tidligere studier av metaforbruk i meklingsprosessen.

Jeg fant også at den krigerske metaforen ikke bare gir fordelingsorienterte assosiasjoner. Krigsmetaforen er så godt kjent at den også kan brukes med et visst tilsnitt av

humor, slik eksemplet fra mekling 15 viser. I dette tilfellet brukes metaforen fra meklers side for å utvikle forståelse for partenes situasjon. Partene reagerte med smil der de konstaterte at *jo* det var nok temmelig krigersk stemning mellom dem. Krigen blir her en referanse som partene kan kjenne seg igjen i. Partene kan da starte prosessen med å være enige om noe.

I meklingsforskningen finner man at en konstruktiv tilnærming til konflikter f.eks. kan være å få partene til å starte med symbolske innrømmelser (Moore 1996), eller man kan starte med å håndtere det som er minst betent (Moore 1996; Vindeløv 2004). Der som partene tidlig i prosessen opplever at det faktisk er mulig å komme til enighet med motparten, kan det være motiverende for resten av prosessen. I mekling 15 startet prosessen nettopp med en tidlig avklaring som gav en felles forståelse av situasjonen. Partene var i krig og trengte hjelp for å komme seg ut av uføret. Når meklere bruker metaforer bevisst, får man også en bevissthet i forhold til om reaksjonene som metaforene skaper er i samsvar med hensikten. Dette gir mekleren mulighet til å tilpasse bruken av metaforer i prosessen.

4.2 Reise

Konseptet *reise* referer til forskjellige typer turer, med forskjellige typer fremkomstmidler. I 13 av 16 meklinger brukes det språkbruk som kan avledes fra en reisemetafor. I mekling 15 sier mekler f.eks.: *Vi skal se i dag om vi kan finne et sidespor til jussen slik at vi kan finne en løsning.* I mekling 9 sier mekler: *Det er flere spor som kan tenkes her...* I mekling 3 brukes reisemetaforen gjennomgående i hele meklingen. Mekler spør f.eks.: *Kommer vi videre med dette? Vi er enda ikke i havn....*

Denne studien indikerer at det er klare betingelser knyttet til om reisemetaforen påvirker prosessen positivt eller negativt. Det er flere eksempler på at reisemetaforen gir språklige uttrykk som på en positiv måte bidrar til meklingsprosessen. Sitatet fra mekling 15 bidrar til en tydeliggjøring av et sentralt aspekt ved rettsmeklingsprosessen; nemlig at det er mulig å frikoble seg fra det rettslige og finne praktiske og gode løsninger. Den samme teknikken ser vi brukes i mekling 9. Samtidig inkluderes partene her i valget av mulige spor. Tidligere forskning viser at det er avgjørende for partenes tilfredshet over tid at de blir ivaretatt og hørt, selve behandlingen i prosessen er funnet å være viktigere enn innholdet i avtalen (Pruitt 1995; Gwartney, Fessenden and Landt 2002). Også på denne bakgrunn synes det spesielt viktig at partene inkluderes helt fra starten av i forhold til å sette premissene for prosessen.

Det er imidlertid flere eksempler på at reisemetaforen genererer frustrerte utbrudd fra partenes side. Vi finner et eksempel på dette i mekling 3. Her brukes reisemetaforen gjennomgående i hele meklingen, men det synes som at metaforen brukes ubevisst fra

meklerens side. Mekler fokuserer på *hvor langt er dere da villige til å gå? Og vi er enda ikke i havn ... Jeg føler nå dere er veldig nær ...* osv. Partene har ikke lyst til å gå fremover, og de føler heller ikke at de er nær hverandre, slik mekler til stadighet kommer tilbake til. Samtidig er det veldig sterk oppmerksomhet kun *fremover* i tid. Partene ytrer stadig ønske om å få gå bakover i tid og snakke om hva som skjedde der. Det tillater ikke mekler i dette tilfellet. I de tilfellene der bruken av metaforer ikke sammenfaller med partenes ønsker for situasjonen, kan metaforene bidra til å frustrere partene, kanskje fordi partene ikke kjenner seg igjen i bildene som blir tegnet. I mekling 3 hadde det kanskje vært nyttig å tenke seg mekling mer som en tidsmaskin, og ikke bare en lineær prosess i en retning. I mekling 3 førte reisemetaforen til et forenklet bilde av meklingspotensial.

4.3 Gave

Gavemetaforen er et bilde på at man gir eller får noe. Inkludert i dette er også byttehandling. Gavemetaforen finnes i 11 av 16 meklinger. I mekling 14 sier mekler: *X har nok store forventninger til hva han skal kunne få i dag ...* Og i mekling 15 sier mekler: *Det er ikke alltid slik at man får alle ønskene sine oppfylt – det vet vi jo også fra julaften.*

På samme måte som reisemetaforen kan også gavemetaforen føre til både positive og negative reaksjoner fra partene. Det er ikke alle reiser man har lyst til å være med på, men det er heller ikke alle gaver man er like glad for å få – eller gi. I mekling 15 ser vi at mekler bruker gavemetaforen aktivt for å avklare partenes forventninger til meklingsprosessen. Dette er en elegant måte å klargjøre hvilke begrensninger som ligger i meklingsprosessen. Partene kan ikke forvente at alle ønskene deres kan bli oppfylt. For at det skal komme til en løsning er partene avhengig av hverandres samtykke.

Gavemetaforen har potensial til å gi et fordelingsorientert fokus, særlig i de konfliktene der det kun er én dimensjon. Dersom det er flere dimensjoner i konfliktene som håndteres, så er imidlertid ikke den nødvendige konsekvensen at dersom man gir noe, så kommer man samtidig dårligere ut av situasjonen. I konflikter med flere dimensjoner er det muligheter for å byttehandle. Fordelen med meklingsprosessen at mekler kan hjelpe partene med å kapitalisere på ulikheter (Rognes 2001). De språklige uttrykkene *gi* og *ta*, kan dermed også knyttes til en slik byttehandlingsprosess. Dersom partene har ulike preferanser for de forskjellige dimensjonene er det mulig å gi det som betyr minst, og få det som betyr mest. Flere av de observerte meklerne prøvde å få partene til å rangere interessene sine, antakelig for å få i gang slike bytteprosesser, men uten helt å lykkes i de observerte tilfellene.

4.4 Maskin

Maskinmetaforen billedliggjør en mekanisk prosess – slik vi kjenner den fra den tekniske verden. I mekling 1 sier mekler: *Da tror jeg det blir skjæring*. I mekling 15 sier mekler videre: *Dette kan lett gå varmt hvis vi begynner å file på kronene – jeg har ikke lyst til å gjøre det. Det kan bli unødvendig belastning på maskineriet... Du kjenner til dette; hvis man ikke hiver på olje så skjærer det seg....*

Maskinmetaforen finnes bare i fem meklinger, men det illustrerer likevel hvordan metaforene øker forklaringskraften i språket. Det er en kreativ måte å forklare partene hva det er som skjer med prosessen når man går frem og tilbake med f.eks. små beløp. Konsekvensene av atferden blir tydeliggjort. En slik måte å kommunisere på skaper gjerne mening for partene det gjelder. I mekling 1 synes det imidlertid å være en noe mer tilfeldig bruk av maskinmetaforen. At det blir *skjæring* kan også betegnes som et integrert språklig uttrykk i vår hverdagslige språkbruk knyttet til problemer eller konflikter. Dette uttrykket trenger derfor ikke, og det synes heller ikke, som at det er bevisst metaforbruk. I mekling 1 var det økende konfliktnivå gjennom hele prosessen, og bruken av ordet *skjæring* synes i hovedsak å være en konkluderende kommentar mot slutten av prosessen.

I flere meklinger er det eksempler på at mekler tillater «skytlingen» frem og tilbake med små beløp. Det går som oftest varmt i de meklingene dette skjer. Mot slutten av meklingene skjer dette nærmest uten unntak. I 13 av 15 meklinger stiger konfliktnivået kraftig mot slutten, nettopp når de siste kronene og formuleringene skal fordeles (Mykland 2008). En viktig utfordring for mekler er å finne teknikker og tilnærminger som ikke bidrar til å øke frustrasjonen mellom partene, men tvert imot er best egnet til å legge til rette for gjensidig forståelse. Maskinmetaforen er et godt bilde for å illustrere for partene hva som skjer når de velger denne taktikken. Dersom partene får en forståelse av hvilke konsekvenser deres atferd fører til, kan det kanskje være lettere å endre atferden. Maskinmetaforen er derfor i mange tilfeller svært godt egnet til å redusere frustrasjon og øke partenes forståelse for meklingsprosessen.

4.5 Fest

En fest er en selskapeleg sammenkomst der musikk, dans og hygge er sentrale elementer. I mekling 13 innleder mekler med følgende kommentar: *Det er X som har bydd opp til dans og den invitten er tatt fra den andre siden*. I mekling 12 innleder mekler med: *Det er så mange parter her i dag at jeg tror vi tar en hilserunde rundt bordet!* Og endelig i mekling 15 sier mekler: *Jeg vil bare si nå med en gang at dere må da ikke skyte på pianisten fordi det kommer dårlig musikk*.

De språklige uttrykkene fra konseptet *fest* brukes i fire av femten meklinger. Fest assosieres oftest med noe hyggelig og positivt. Vert og vertinne (her mekleren) kan bidra til å legge forholdene til rette, men man (her partene) har selv ansvaret for at festen skal bli vellykket.

De fire aktuelle meklingene er av forskjellig art, men det som er felles, er at mekler evnet å få til en god stemning mellom partene i prosessene. Mekling 12 og 13 ble meklet av den samme mekleren. Det som kjennetegner disse meklerne, er blant annet aktivitetsnivået deres. Meklerne er tydelig engasjerte, de bruker ofte og mange metaforer og kombinerer også gjerne disse med utstrakt bruk av humor. Det synes å være en fordel at den språklige stilen er konsistent med hvordan mekleren faktisk mekler. Goldberg fant at det viktigste kriteriet for at meklinger ble vellykket var at partene hadde tillit til mekler (Goldberg 2005). Dersom det skal utvikles tillit er det viktig at mekler fremstår som troverdig, og troverdigheten avgjøres i forhold til hvordan man fremstår (Goldberg and Shaw 2007). Dans og musikk er språklige uttrykk som sannsynligvis er fjernt fra de fleste stridende parters virkeligheter. Desto mer utfordrende er det å få de språklige uttrykkene til å gi både mening, og positiv mening, for de partene det gjelder. Det er jo f.eks. også slik at det ikke er alle personer man ønsker å være hyggelige med - eller danse med. Det er dermed alltid en fare for at kreativ metaforbruk kan gi *feil* assosiasjoner til de partene det gjelder. Da blir ikke konsekvensene positive i meklingsprosessen, og det kan heller medføre frustrasjon og ytterligere konflikteskalering.

4.6 Handel

Handel innebærer kjøp og salg av definerte varer. I mekling 1 sier mekler: *Jeg har ikke noe konkret beløp å tilby* Litt senere sier han: *De tilbyr nå x kr* I mekling 7 sier mekler: *Vi har allerede et tilbud på bordet*

Handelsmetaforen er å finne i 12 av 15 meklinger. Når språklige uttrykk hentes fra handel, blir penger fort det overordnede formålet med meklingsprosessen. I noen saker vil det å komme frem til et beløp være riktig i meklingsprosessen. I en del situasjoner er det ikke mulig å komme frem til kreative avtaler på grunn av konflikten karakter. Det betyr imidlertid ikke at det relasjonelle skal (og må) underordnes. Både i forhandlinger og meklinger vil det være både saklige og relasjonelle elementer (Fisher, Ury and Patton 1999). Dersom det bare fokuseres på det saklige (f.eks. penger), vil prosessen fort kunne bli «prutete». Et rent beløpsfokus kan marginalisere meklingsprosessen til en *prutete* prosess, der målet synes å være å møtes på et fiktivt midtpunkt mellom partenes påstander. Dette finner jeg flere eksempler på i observasjonene, og særlig kan nevnes mekling 3. Når kun én dimensjon håndteres, blir det en forenklet håndtering av konflikten, på lik linje med det som skjer i domstolene. Vindeløv (2004) beskriver hvordan

konflikter transformeres til tvister når de tas til domstolene, fordi alle irrelevante rettslige faktorer blir skåret bort. En viktig utfordring for meklerne er å klare å reversere den rettslige prosessen som har skjedd med konflikten, slik at man i meklingen kan håndtere hele konflikten, ikke bare den forenklete tvisten. Utfallsrommet i en tvist er gjerne begrenset av partenes påstander, mens man i en konflikt kan komme frem til løsninger der også relasjonelle og praktiske elementer kan inkluderes.

4.7 Rollebytte

En innsikt i ulike roller og dermed ulike perspektiv kan gi viktig lærdom for aktørene som er involvert i meklinger eller forhandlinger. I mekling 15 finner vi et eksempel på at mekler oppfordrer til rollebytte. Mekleren sier: *Er du enig x, lest med y sine øyne, at takstpris ikke betyr at huset skal betales med siste krone som er gitt i en budrunde?* I mekling 3 bruker også mekleren denne teknikken flere ganger; Mekler spør: *Hva tror du motparten vil si til deres tilbud?* Og litt senere: *Hvordan tror du motparten vil ta dette?*

I 13 av 15 meklinger er denne teknikken brukt. En slik tilnærming, der partene aktivt utfordres til å ta den andre partens syn, synes å være en viktig teknikk for å utvikle gjensidig forståelse mellom partene. Det bidrar også til å få partene til å reflektere over hvordan den andre parten vil reagere på tilbudet som gis, og partene kan evt. få en ny mulighet til å korrigere tilbudet før det gis. I litteraturen er også denne teknikken nevnt som en god måte å forberede seg til forhandlinger og mekling på (Rognes 2008).

Rollebytte synes i prinsippet å være en positiv teknikk i meklingsprosessen. Vi ser imidlertid i mekling 3 at partene er svært frustrerte. Parten svarer i begge tilfellene med frustrasjon når mekler spør hvordan motparten vil reagere, og sier f.eks.: *Han synes sikkert at det bare er smuler, og det gjør meg enda mer sint...* Og til det andre spørsmålet sier parten: *De vrinsker sikkert og vil kanskje si at de ikke vil gå lenger enn til x kr...* I mekling 3 blir imidlertid rollespillmetaforen kombinert med domstolsmetaforen. Partene omtales ikke ved navn, men som *part* og *motpart*. I mekling 15 bruker mekleren heller navnene på partene når han snakker med dem, og han gjør der prosessen mer personlig.

I en tradisjonell domstolsbehandling «mister» partene navnene sine og blir omtalt enten som *part* og *motpart* eller *saksøker* og *saksøkte*. I følge Buber (1964) skjer det ofte en transformasjon fra jeg–du til jeg–det i konfliktsituasjoner. Det betyr at vi gjerne tingliggjør våre motstandere til et *det*, og da er det lettere å være hevnjerrig og ond. Buber hevder at en helt sentral utfordring i konfliktsituasjoner er å få partene til å se hverandre som likeverdige personer igjen (Buber 1964). Vi ser at i mekling 15 jobber mekler aktivt med dette, mens partene i mekling 3 er svært distansert fra hverandre. Disse eksemplene viser igjen hvor stor makt språket kan ha, og hvor viktig det er for mekler å være seg bevisst de teknikkene og metaforene som brukes.

4.8 Domstol

I samtlige 15 meklinger finnes det språklige uttrykk avledet fra domstolen. Domstolen er *konteksten* i denne studien, men den defineres også som en konseptuell *metafor*. Grunnen til dette er nettopp identifiseringen av alle de språklige uttrykkene som er avledet fra den rettslige behandlingen.

Det rettslige språket finnes på ethvert punkt i meklingene. I mekling 11 innleder f.eks. mekler med å si: *Da vil jeg først gi ordet til saksøkersiden...*, og advokatene får videre holde sine *innledningsforedrag*. Meklerne bruker også i utstrakt grad evaluerende teknikker, og i mekling 5 sier f.eks. mekler følgende: *Når du setter i gang tiltak som kan påvirke naboendommene, kommer du i et ansvarsforhold*. I mekling 6 sier mekler: *Mitt poeng er at dere har prosessrisikoen for at avtalen er ugyldig. Dere må ikke ta utgangspunkt i at dere har rett*.

Det er en viktig utfordring for mekler å gjøre meklingene til noe *annet* enn en rettslig arena. Mekling er per definisjon alternativt, jf. det engelske *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. Dette begrepet ble innført av professor Sander i 1976 (Sander 1976). Hans foredrag den gangen blir referert til som *the big bang* i meklingslitteraturen i forhold til å definere en alternativ håndteringsform til den tradisjonelle rettslige måten å løse konflikter på (Hoffman 2006; Moffitt 2006). I denne studien finnes det eksempler på meklingsprosesser som er svært rettsliggjorte, der mekler kommer med klare domsprognoser og presser partene kraftig. Det finnes samtidig eksempler på prosesser som er mer alternative, og der meklingsalternativet kommer klart frem. Rettslig mekling foregår i domstolskonteksten, og det er derfor naturlig at det rettslige får et visst innslag. Domstolsmetaforen er nok den kraftigste av alle de nevnte metaforene her, og det er disse språklige uttrykkene meklerne kjenner best. Noen meklere lar partene slippe mer til, og de får være med på å sette premissene både for prosessen og løsningene. Jo mer deltakende partene får være, desto mindre rettslig blir ofte prosessen – og da er også de kreative mulighetene større.

5 AVSLUTTENDE DRØFTING

I kapitlet over har jeg presentert og diskutert åtte metaforer som er identifisert i de forskjellige rettsmeklingene. Som vi ser av tabell 1, i metodeframstillingen, er metaforene utbredt hos samtlige meklere. Med utgangspunkt i den kognitivt lingvistiske tilnærmingen ville noe annet nærmest vært utenkelig, gitt at vårt begrepssystem er definert som grunnleggende metaforisk (Lakoff and Johnson 2003). I dagligspråket vårt florerer det med metaforer – og det synes opplagt at vi tar med oss denne språkbruken, bevisst eller ubevisst til de forskjellige arenaene i livet der vi bruker språket – herunder også i profesjonelle sammenhenger.

Et viktig neste spørsmål blir dermed hvor bevisste meklerne er i forhold til metaforene som brukes. Er de språklige uttrykkene som hentes fra de overordnede metaforene, så integrert i dagligtalen at de brukes av meklerne uten at de reflekterer over det – eller brukes de som bevisste strategier i meklingsprosessen? I denne studien synes det å være eksempler på begge deler, men det kan se ut som at mye metaforbruk er ubevisst. I følge Bowker og Star (1999) blir kategorier mindre synlige jo mer vi bruker dem. Det betyr at bilder i språket som brukes svært mye, typisk blir en del av våre automatiserte talemåter, og på den måten «usynliggjøres» de for oss. Når mekler spør parter i konflikt om *hvor mye de er villige til å gi*, eller *hvor langt de er villige til å gå*, er kanskje ikke intensjonen at partene skal få assosiasjoner til henholdsvis gaver eller reiser. Ordene som meklerne bruker, er gjerne en del av et innøvd vokabular. Meklings situasjonen som sådan er imidlertid en helt ny opplevelse for partene. Når partene f.eks. blir anmodet om å gi mer eller gå lenger, kan de få inntrykk av at de må gi gaver de ikke ønsker, eller at de tas med på reiser de ikke har lyst til å være med på. Partenes assosiasjoner til meklers språklige uttrykk har ikke mekleren kontroll over. Det kan være diskrepans mellom meklers og parters assosiasjoner knyttet til ordene og bildene som brukes. Når bruken av metaforer skjer ubevisst, er det vanskelig for mekler å tilpasse språkbruken og bildene til prosessen.

I noen tilfeller er det tydelig at mekler bruker metaforer på en bevisst og aktiv måte. I noen tilfeller ser vi at språkbruken er så tydelig at den nærmest blir karikert. Fordelen med en bevisst bruk av metaforer er at mekler kan *tilpasse* språkbruken og bildene underveis i prosessen dersom partene åpenbart er ukomfortable eller ikke kjenner seg igjen i meklers tilnærming. En slik tilpasning fører til en *fleksibilitet* i meklingsprosessen, som vi ideelt sett er ute etter. En mekler fortalte meg at han hadde sagt i en mekling at noen av partenes utfordringer syntes å ha utviklet seg fra en fjær til fem høns. Partene ble da rasende, og mente dette var en utidig og uriktig sammenlikning. Mekleren kunne da ta seg litt inn igjen og sa i neste omgang at denne utfordringen heller kunne sammenliknes med en stor stein som blokkerte samarbeidet. Dette nikket partene samtykkende til og var åpenbart fornøyd med assosiasjonene som bildet skapte. Aktiv bruk av metaforer sikrer likevel ikke at metaforene virker slik de er tenkt. Metaforene bidrar til å tydeliggjøre, og passer ikke metaforene – slik det er vist i eksemplet over, står man i fare for at det blir fokusert på feil dimensjoner, at konflikten eskalerer og/eller at det blir utfordrende å få partene i konstruktiv tale igjen. Aktiv bruk sikrer derfor ikke «riktig» bruk, men det gir mulighet for en mer fleksibel prosess. Ubevisst bruk av metaforer kan selvsagt også fungere, men dette vil kunne avhenge mer av tilfeldigheter.

Metaforenes evne til å *tydeliggjøre* er viktig. Siden metaforene er språklige bilder, kan meklere bruke bilder som tydeliggjør enkelte aspekter ved meklingsprosessen. Billedbruk er generelt sett regnet for å være et godt pedagogisk hjelpemiddel. Bildene tydeliggjør imidlertid bare utvalgte aspekter av meklingsprosessen. Dersom bruken av metaforer blir for snever (f.eks. bare bruk av reisemetaforen) eller «feil» (f.eks. bare ved bruk av domstolsmetaforen), vil metaforene kunne gi et utilstrekkelig inntrykk av hva meklingsprosessen egentlig er. Dette illustreres også innledningsvis gjennom historien om den lille guttens møte med døden. Reisemetaforen ble for ham svært forvirrende i forhold til å forstå hva døden egentlig var. Meklere som fokuserer mye på beløp og løsninger, kan gi partene et inntrykk av at meklingskun er en måte å komme frem til løsninger på, der hensyn til relasjon og andre aspekter ikke hører hjemme. Meklingens *fleksible* potensial kommer bedre til uttrykk der meklerne f.eks. varierer metaforbruken og gjerne bruker forskjellige metaforer i den samme tilnærmingen. I meklings 15 finner vi et svært godt eksempel på dette. Her sammenliknes meklings både med reise, konkurranse, gave og fest innledningsvis, og ved å trekke assosiasjoner fra et stort mangfold av bilder blir kanskje partenes forventning til det de skal møte riktigere. I denne meklings blir partene presentert for en fleksibel metode helt fra starten av, kun ved hjelp av meklerens ordvalg.

I tillegg til å tydeliggjøre enkelte aspekter kan også metaforene bidra til *økt forklaringskraft*. I flere av meklingsene blir metaforene brukt for å understreke innholdet i det som blir sagt. Maskinmetaforen blir f.eks. brukt for å forklare hvordan små, stegvise reduksjoner av beløp på begge sider kan ødelegge prosessen og føre til brudd (det kan fort gå varmt). Rollebyttmetaforen kan brukes for å forklare hvordan den andre parten tenker. De språklige uttrykkene kan dermed bidra til å forsterke innholdet i forklaringene som mekler bruker. I det sistnevnte eksempelet bidrar også metaforen til å hjelpe partene til å utvikle en gjensidig forståelse for hverandres perspektiver og tenkemåter. Dette er også et svært viktig aspekt ved meklingsprosessen og kan ofte være nøkkelen til gode prosesser og mer varige avtaler. Dersom partene utvikler en forståelse for hverandre, kan det være lettere for dem å forholde seg til hverandre i fremtiden.

Siden metaforene bidrar til tydeliggjøring og forenkling, kan de også føre til et feilaktig inntrykk av meklingsprosessen. Som vi ser i tabell 1, er domstolsmetaforen den som er mest utbredt av alle metaforene, og den er identifisert i samtlige 15 meklings. Dette er ikke uventet, gitt det faktum at meklings faktisk foregår i en rettslig kontekst. Spørsmålet er imidlertid om den rettslige språkformen fører til at meklingsene nærmest blir forenklete rettslige prosesser, eller om de rettslige uttrykkene også kan bidra til noe positivt i meklingsprosessen. Analysene viser at begge deler kan være tilfelle: Noen meklings fremstår som utpreget rettslige – der partene får sin «dom» av

mekleren, mens andre meklinger fremstår tydeligere som et alternativ til det rettslige. Det synes som en sentral utfordring for meklere, som er vant til å dømme, å slippe partene til, og la dem få utforme løsninger på sine egne premisser. Fordelen med f.eks. evaluerende teknikker er at de også kan bidra til å realitetsorientere partene. En evaluerende teknikk vil f.eks. være å indikere hvilke svake og sterke sider partenes saker synes å ha, med utgangspunkt i tidligere rettspraksis. Utfordringen for meklerne synes imidlertid å være å realitetsorientere uten samtidig å forhåndsdomme. Videre er det også eksempler på at bruk av voldgift helt mot slutten av prosessene kan bidra til å unngå konflikteskalering i de tilfeller det kun er snakk om å fordele de siste kronene.⁵⁾

Analysene av dataene i denne studien indikerer at samtlige metaforer er i stand til å gi både positive og negative effekter. En overordnet konklusjon, som vi kan trekke ut av denne studien, er derfor at effektene av metaforene *kommer an på*. Bildet som tidligere forskning har tegnet av metaforer i meklingsprosessen, bør derfor nyanseres. Tidligere forskning har beskrevet «positive» og «negative» metaforer. Jeg finner at det ikke bare er metaforene i seg selv som er viktige – det avgjørende er hvordan de blir brukt og tilpasset de ulike situasjonene. Denne diskusjonen leder oss på en naturlig måte over til de praktiske implikasjonene metaforene har i meklingsprosessen.

6 PRAKTISKE IMPLIKASJONER

Selv om meklere interagerer med parter hele dagen, er like fullt meklingsprosessen et ensomt fag å praktisere. Denne ensomheten er noe de aller fleste meklerne jeg har snakket med har trukket frem. Partene evaluerer ikke meklerne etter endt meklingsprosessen, og det er generelt lite rom for tilbakemelding i meklingsprosessen. I de fleste tilfeller blir det opp til den enkelte meklers opplevelse å avgjøre hva som fungerer og ikke fungerer av de teknikkene som brukes. I denne artikkelen har vi sett hvordan forskjellige språklige uttrykk kan ha avgjørende betydning i meklingsprosessen. Språklige bilder brukes i utstrakt grad, men samtidig synes det å være lite bevissthet rundt dette. På denne bakgrunn er det en viktig praktisk implikasjon at meklere blir mer bevisst sin egen språkbruk, slik at de i neste omgang kan være mer strategiske og fleksible i forhold til dette.

En bevisstgjøring av meklers språkbruk kan gjøres på flere måter. For det første er det viktig med innsikt i hvordan man selv bruker språket. Det å lese en artikkel som denne kan bidra til å initiere slike refleksjonsprosesser hos meklerne. For det andre kan

5) Vurderingene av teknikkene i denne studien er primært gjort i lys av at meklerne forholder seg til et avtalesfokuset paradigme – der et overordnet formål for mekleren er å få partene til å komme frem til en avtale. For mer innsikt i alternative meklingsparadigmer, se f.eks. Bush and Folger (2005) eller Boserup (2007).

økt kompetanse i forhold til språkbruk generelt og metaforer spesielt bidra til økt bevisstgjøring. Kursvirksomhet og kompetanseutvikling i forhold til språklige teknikker kan bidra til dette. I tillegg til egne bevisstgjøringsteknikker kan det også være nyttig å få tilbakemelding fra andre. Språklige uttrykk kan oppleves forskjellig for taler og tilhører, og det vil derfor være nyttig for praktiserende meklere å få tilbakemelding fra andre på hvordan f.eks. bruken av metaforer fungerer. Spørsmålet blir derfor hvilke alternativer meklere har for å få tilbakemelding i meklings situasjonene.

Det finnes en ordning med co-mekling i norske domstoler. I saker som mekles etter barneloven, mekler ofte «domsmekleren» sammen med en psykolog, jf. barneloven § 61. Psykologenes kompetanse fremheves av alle meklere jeg har snakket med, som nyttig for rettsmeklingsordningen. Tvisteloven åpner også opp for at det kan hentes inn sakkyndige på det området som tvisten omhandler (se tvisteloven § 8-4 første ledd). I en av meklingsene jeg observerte, var det nettopp hentet inn en bygningssakkyndig som meklet sammen med «domsmekleren». Meklere kan også trekke inn dommerkolleger dersom de finner dette nødvendig eller ønskelig på bakgrunn av sakens karakter. Under slike co-meklinger kan meklerne i forkant prate sammen og bli enige om å evaluere hverandre i forhold til f.eks. språkbruken underveis i meklingsen.

Det er også i de fleste tilfeller mulig å ha med observatør under meklingsen. Opplæring av nye rettsmeklere kan f.eks. skje ved observasjon av mer erfarne meklere. Under min datainnsamling var jeg med som observatør i forskerrollen. I spesielle situasjoner har også andre faggrupper anledning til å følge meklingsen, f.eks. journalister som skriver om rettsmeklingsordningen, eller studenter som skal lære om ordningen. Jeg fikk selv flere tilbakemeldinger fra meklerne som satte pris på å ha noen å diskutere både sak og prosess med, både underveis og i etterkant av meklingsen.

Det finnes derfor muligheter, både faktiske og potensielle for å få tilbakemelding som mekler. Et siste punkt kunne også vært lokale og/eller regionale samlinger for meklere. Slike samlinger kan være en fin arena for erfaringsutveksling og utforskning av sentrale utfordringer. Mitt hovedinntrykk etter denne studien er at det er et stort behov for arenaer for meklere der de kan utveksle erfaringer og øke bevisstheten rundt det de gjør.

7 AVSLUTNING

De fleste assosierer kanskje metaforer med pynt og staffasje i språket – noe som egner seg best i dikt og romaner. De færreste er nok bevisst hvor stor plass metaforene både har og tar i dagligspråket vårt. Vi definerer, strukturerer og opplever verden i stor grad med utgangspunkt i metaforene. Disse språklige bildene har derfor ikke bare med språket å gjøre, de påvirker også sterkt hvordan vi tenker om ting og forholder oss til dem.

I denne studien har vi sett at meklere, som alle andre, bruker svært mange metaforer i sin tilnærming til konflikter. Språket er meklernes viktigste verktøy. Det kan derfor være mer avgjørende her enn for mange andre, hvilke ord og uttrykk de bruker i sin kommunikasjon. Bevisstheten synes likevel å være generelt lav i forhold til dette fra meklernes side. Forhåpentligvis kan denne studien være til inspirasjon for praktiserende meklere – i forhold til anvendelse og bevisstgjøring rundt dette.

Litteratur

- Beardsley, K., Quinn, D.M., Biswas, B. and Wilkenfeld, J. (2006). «Mediation style and crisis outcomes.» *Journal of Conflict Resolution* 50(1): 58–86.
- Buber, M. (1964). *Jeg og du*. [København], Munksgaard.
- Cook, T. D. and D. T. Campbell (1979). *Quasi-experimentation: design & analysis issues for field settings*. Boston, Houghton Mifflin Co.
- Eisenhardt, K. M. (1989). «Building theories from case study research.» *Academy of Management Review* 14(4): 532–550.
- Fisher, R., Ury, W. and Patton, B. (1999). *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*. London, Random House.
- Frankfort-Nachmias, C. and D. Nachmias (1996). *Research methods in the social sciences*. London, Arnold.
- Goldberg, S. B. (2005). «The secrets of successful mediators.» *Negotiation Journal* 21(3): 365–376.
- Goldberg, S. B. and M. L. Shaw (2007). «The secrets of successful (and unsuccessful) mediators continued: Studies two and three.» *Negotiation Journal* 23(4): 393–418.
- Gwartney, P. A., Fessenden, L. and Landt, G. (2002). «Measuring the long-term impact of a community conflict resolution process: A case study using content analysis of public documents.» *Negotiation Journal – on the Process of Dispute Settlement* 18(1): 51–74.
- Haynes, J. (1999) Metaphor and mediation. DOI:
- Hoffman, D. A. (2006). «The future of ADR practice: Three hopes, three fears, and three predictions.» *Negotiation Journal* 22(4): 467–473.
- Jakel, O. (1999). Kant, Blumenberg, Weinrich. Some forgotten contributions to the cognitive theory of metaphor. *Metaphor in Cognitive Linguistics*. R. W. G. a. G. Steen. Amsterdam, Benjamins: 9–27.
- Lakoff, G. (1987). *Women, fire, and dangerous things: what categories reveal about the mind*. Chicago, Ill., University of Chicago Press.
- Lakoff, G. (1993). The contemporary theory of metaphor. *Metaphor and Thought*. I. A. Ortony. Cambridge, Cambridge University Press: 202–251.

- Lakoff, G. and M. Johnson (1980). *Metaphors we live by*. Chicago, University of Chicago Press.
- Lakoff, G. and M. Johnson (2003). *Metaphors we live by*. Chicago, University of Chicago Press.
- Lincoln, Y. S. and E. G. Guba (1985). *Naturalistic inquiry*. Beverly Hills, Calif., Sage.
- Moffitt, M. L. (2006). «Before the big bang: The making of an ADR pioneer.» *Negotiation Journal* 22(4): 437–443.
- Moore, C. W. (1996). *The mediation process, practical strategies for resolving conflicts*. San Fransisco, Jossey-Bass Publishers.
- Mykland, S. (2008). Rettsmekling: En rettslig prosess uten kontradiksjon? *Artikkel under arbeid*, Norges Handelshøyskole.
- Plous, S. (1993). *The psychology of judgment and decision making*. New York, McGraw-Hill.
- Pruitt, D. G. (1995). «Process and Outcome in Community Mediation.» *Negotiation Journal* 11(4): 365–377.
- Rognes, J. K. (2001). *Forhandlinger*. Oslo, Universitetsforl.
- Rognes, J. K. (2008). *Forhandlinger*. Oslo, Universitetsforl.
- Sander, F. E. A. (1976). «Varieties of dispute processing.» *Federal Rules Decision* (77): 111–123.
- Vindeløv, V. (2004). *Konfliktmægling*. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Vindeløv, V. (2007). «Rettsmægling i Danmark – en diskussion om rammer og indhold.» *Juristen* (5): 150–155.
- Wall, J. A., Stark, J. B. and Standifer, R. L. (2001). «Mediation – A current review and theory development.» *Journal of Conflict Resolution* 45(3): 370–391.
- Wangensteen, B. (2005). *Bokmålsordboka: definisjons- og rettskrivningsordbok*. Oslo, Kunnskapsforlaget.
- Weick, K. (1989). «Theory construction as disciplined imagination.» *Academy of Management Review* 14(4): 516–531.
- Welsh, N. A. (2005). Institutionalization and Professionalization. *The Handbook of Dispute Resolution*. M. L. a. B. Moffitt, Robert C. San Fransisco, CA, Jossey-Bass: 487–506.

Andre referanser

- Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).
- Forskrift 13.12.1996 nr. 1144 om forsøksordning med rettsmekling.
- Lov 17.6.2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).
- NOU 2001:32. Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

10.0. Artikkel 5

Særmøter som rasjonelle myter?
En analyse av omfang og innhold i særmøter i rettslige meklinger

SÆRMØTER SOM RASJONELLE MYTER? – EN ANALYSE AV SÆRMØTENES OMFANG OG MEKLERES ATFERD I RETTSLIGE MEKLINGER

FORSKER, CAND.MERC. SOLFRID MYKLAND,
INTERNATIONAL RESEARCH INSTITUTE OF STAVANGER (IRIS)

1. Introduksjon

Et sær møte i en meklingsprosess innebærer at mekleren møter med partene enkeltvis. For rettsmeklingsprosessen er dette hjemlet i tvisteloven¹ § 8-5 første ledd: «Det kan holdes møter med partene hver for seg eller samlet.» Denne bestemmelsen bryter med det kontradiktoriske prinsipp, som er et av de grunnleggende prosessrettslige prinsippene vi har i domstolene.² Kort sagt innebærer full kontradiksjon at partene til enhver tid har rett til å få høre – og imøtegå – alt hva motparten anfører. De prosessuelle grunnprinsippene har som hovedfunksjon å sikre at partene som bruker rettsapparatet får en forsvarlig behandling slik at rettsikkerheten ivaretas.³ Siden sær møtene bryter med et av disse viktige prinsippene er det en god grunn i seg selv for å utforske omfanget av teknikken, og hvilken type mekleratferd som utøves innenfor disse møtene. Det er en ny teknikk i domstolssammenheng, men samtidig er det en velkjent teknikk fra annen meklingspraksis, for eksempel i arbeidskonflikter eller lønnskonflikter (Brett, Barsnes og Goldberg 1996; Kovach 2005).⁴

I denne artikkelen vil bruken av sær møter i rettslige meklinger utforskes, både med hensyn til *hvor mye* sær møtene brukes, og hvilke typer mekleratferd som særlig kjennetegner disse møtene. Innenfor rammene for etisk mekleratferd og definisjoner av gode meklingsprosesser, vil det diskuteres hvilke muligheter og utfordringer sær møtene kan bidra til å skape for meklere og parter i meklingsprosessen.

Analysene baserer seg på en studie av rettsmeklinger som er gjort i et utvalg av norske domstoler. Et sitat illustrerer hvordan majoriteten av de rettslige meklere i denne studien vurderer sær møtene:

¹ Lov om meklung og rettergang i sivile tvister. Lov av 17. juni 2005 nr. 90. (tvl.).

² Se f.eks. tvl. §§ 1-1 annet ledd; 9-14, 9-15, 11-1, 11-2 og 11-3.

³ Dette er blant annet forankret i tvl. § 1-1, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 6 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14.

⁴ Kontradiksjonsprinsippet er fraveket i rettsmeklinger, blant annet fordi mekler ikke skal treffe en avgjørelse i saken, dette til forskjell fra ordinær rettslig behandling. Meklerne synes likevel i stor grad å gi partene råd og domsprognoser, jf. evalueringen av prøveordningen (Knoff 2001), og da kan det skapes utfordringer i forhold til kontradiksjon.

«Etter innledningen vil partene få lov til å ha en meningsutveksling over bordet, dersom det synes fruktbart. Jeg vil merke meg hva dere sier. Deretter vil vi gå over til sårnoter. De er alltid fruktbare og nyttige ...» (Mekling 6).

Meklerne som er observert er derfor i all hovedsak jurister – og praktiserende dommere ved tingretter og lagmannsretter i Norge.⁵ Jeg vil starte med å gi en kort oversikt over utgangspunktet for den norske rettsmeklingsordningen, og drøfte hvordan gode meklingsprosesser kan defineres. Deretter vil jeg beskrive den teoretiske forankringen og presentere tidligere forskning knyttet til sårnotene. Jeg vil også beskrive den metodiske tilnærmingen i studien. Dataene fra studien presenteres og drøftes, og praktiske implikasjoner diskuteres til slutt.

2. Rammene og bakgrunnen for den norske rettsmeklingsordningen

Den norske rettsmeklingsordningen bygger på det som kalles for en interessebasert meklingstilnærming (Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 124).⁶ Dette innebærer at partenes interesser og behov skal være utgangspunktet for løsningene som utformes, og det skal være et alternativ til en rettighetsbasert tilnærming, som er det ordinære domstolsbehandling bygger på. Da er det lover, regler og rettigheter som er utgangspunktet for håndteringen. Et overordnet prinsipp innenfor en interessebasert meklingsmodell er at partene bestemmer hva løsningen skal bli, mens mekleren styrer prosessen. Meklere kan styre meklingsprosessen på ulike måter. Leonard Riskin utviklet en mye sitert (og kritisert)⁷ modell for rettslig mekleratferd i 1996, der han blant annet skiller mellom evaluerende og tilretteleggende (fasiliterende) meklingstilnærminger. Evaluerende tilnærminger innebærer at mekleren aktivt kan peke på styrker og svakheter i partenes argumentasjon, mens tilretteleggende tilnærminger betyr at mekleren legger til rette for at partene kan kommunisere sammen, og bruker ofte utstrakt grad av spørsmål som hjelpemiddel for å veilede partene mot en løsning.

Da rettsmekling ble diskutert som mulig prøveordning, ble det presisert at meklingsmodellen skulle bygge på en *tilretteleggende* modell, hvor mekleren klarlegger partenes interesser og behov og legger til rette for at partene selv kommer frem til en løsning (se Ot.prp. nr. 41 (1995-1996), s. 2 og 7). Evalueringen av prøveordningen til Knoff (2001:18) fant imidlertid at norske meklere i praksis var mer aktive i utformingen av løsningsforslag, fremfor å legge til rette for at partene kunne finne frem til løsningsforslag selv. Lovgiver uttaler, og konkluderer i Ot.prp. 51, s. 125-126, med at den norske rettsmeklingsordningen *skal* gå ut på å legge til rette for kommunikasjon

⁵ I studien har det også vært to psykologer og en bygningssakkyndig som har vært co-meklere i tre av sakene. Alle "hovedmeklere" har derfor vært dommere.

⁶ Begrepet "avtalefokuset meklings" er en annen betegnelse for "interessebasert meklings" og begrepene brukes omhverandre.

⁷ Inndelingen til Riskin er blitt mye kritisert, særlig knyttet til hva som defineres som meklings i denne modellen. Kovach og Love (1998) er et typisk eksempel på dette, der det hevdes at evaluerende meklertilnærminger som definerer konfliktene snevert og rettslig, *ikke* kan, skal eller bør regnes som meklings.

mellom partene, *men* at mekler må kunne gi uttrykk for styrker og svakheter i partenes argumentasjon *og* at mekler må kunne peke på forslag til løsning, herunder hjelpe partene med å utvikle slike løsninger. Dette er også nedfelt i tvisteloven § 8-5 tredje ledd.⁸

I følge tvisteloven kan derfor rettsmeklere evaluere både faktiske og rettslige forhold i partenes argumentasjon. De kan også peke på løsningsforslag. Lovgiver påpeker imidlertid at «rettsmekleren må være varsom med å uttrykke seg på en måte som partene kan oppfatte som uttrykk for hva en dom i saken sannsynligvis vil gå ut på (domsprognose). ... Grunnlaget for å si hva som sannsynligvis blir utfallet av en dom etter hovedforhandling med full bevisførsel, vil være svakt, og det er fare da for at partene kommer frem til en minnelig løsning på uniktige premisser. På sikt kan dette svekke rettsmeklingens legitimitet» (Ot.prp. 51, s. 126). Mekleren skal derfor ikke trekke evalueringene så langt at det foregripes hva en dom vil kunne bli. Lovgiver advarer dermed mot domsprognoser, og mot at mekler *selv* skal komme med løsningsforslag. Dette antakelig for å dempe noe av den evaluerende meklingsatferden som man hadde erfart i prøveordningsperioden. Selv om lovgiver forsøker å moderere den evaluerende tilnærmingen til meklerne, så står meklerne reelt sett helt fritt til å gjøre dette, med utgangspunkt i den loyteksten som foreligger. Jeg konkluderer derfor med at det opprinnelige utgangspunktet med en tilretteleggende modell har endret karakter til å bli en mer evaluerende rettsmeklingsmodell, ved innføringen av den nye tvisteloven.

På bakgrunn av de refererte lovforarbeider vil en god rettsmeklingsprosess kunne defineres som en prosess som ivaretar partenes interesser og behov. Dette innebærer (1) at det kan håndteres andre forhold enn de rettslige, (2) at prosessen må tilpasses til behovene som finnes i de forskjellige sakene, og endelig (3) at det *skal* legges til rette for god kommunikasjon mellom partene, slik at de kan komme frem til gode løsninger *selv*.

Rammene for hva som er *lov* eller *akseptabelt* å ta opp i særmøtene, vil, som for den øvrige rettsmeklingsprosessen, være begrenset av etiske hensyn. I Norge har vi imidlertid ikke egne etiske retningslinjer for rettsmeklingsprosessen pr. i dag, i motsetning til for eksempel Danmark.⁹ I Norge er etiske retningslinjer for dommere under utvikling, og disse vil sannsynligvis også danne rammene for rettsmeklere i domstolene.¹⁰ Foreløpig gir reglene i domstolsloven (dl.) § 55 tredje ledd¹¹ og dl. § 236¹², utgangspunktet for etiske vurderinger.¹³ Reglene gir føringer for god

⁸ Tvl. § 8-5 tredje ledd: *Rettsmekleren skal oppføre upartisk og søke å klarlegge partenes interesser i tvisten med sikte på en minnelig løsning. Rettsmekleren kan peke på forslag til løsning og drøfte styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.*

⁹ <http://www.domstol.dk/saadangoerdu/retsmaegling/Pages/Etiskeretningslinjerforretsmaegling.aspx>

¹⁰ <http://www.domstol.no>

¹¹ Domstoloven § 55 tredje ledd: "En dommer er uavhengig i sin dømmende virksomhet. En dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt."

dommerskikk (§ 236), og mer utvidet at man skal utføre dommergjærringen upartisk, og at atferden skal inngi alminnelig tillit og respekt (§ 55 tredje ledd). Mekleratferden, som refereres i denne studien, vil drøftes opp mot hva som kan regnes som forsvarlig atferd innenfor den norske rettsmeklingsprosessen, med utgangspunkt i retningslinjene som er gitt i forarbeidene til tvisteloven og de generelle etiske rammene som er gitt i domstolsloven.

I det videre vil jeg gi en oversikt over sentrale funn i meklingsforskningen knyttet til særmøtene. Jeg vil deretter vise hvordan denne studien av norske rettsmeklinger relaterer seg til tidligere studier av dette fenomenet.

3. Tidligere forskning

I en stor studie av meklingsprosessen fant Welton, Pruitt og McGillicuddy (1988) at partene var mindre fiendtlige, gav mer informasjon og foreslo flere løsninger i særmøter enn i fellesmøter. Særmøtene ble også brukt som en arena til å få ut frustrasjon. Man fant også at meklerne i større grad spurte etter ny informasjon og utfordret partene til å komme opp med nye alternativer enn de gjorde i fellesmøter. På bakgrunn av dette ble særmøtene fremhevet som en viktig teknikk for å få fremdrift og legge til rette for problemløsning i meklingsprosessen. Dette er også i samsvar med rådene som Moore (1987) gir i sin mye siterte artikkel *The caucus: Private meetings that promote settlement*. Det er også kriterier som fremheves som sentrale fordeler ved særmøtene i norske, praktikerorienterte fremstillinger av rettsmekling (se for eksempel Kjelland-Mordre, Anker, Gammalgård, Rolland og Steen 2008:201; Austbø og Engebretsen 2006:94-100).

I studien til Welton m.fl. (1988) fant man imidlertid også at partene forsøkte å manipulere meklerne i særmøtene ved å snakke utpreget negativt om motparten, og fremhevet styrker og fordeler ved egen sak. I tillegg ble meklerne vurdert å være mindre upartiske i særmøtene, og det syntes å være slik at meklerne viste mer medfølelse med den parten som hadde krevd mekling. Det avdekkes derfor her muligheter for manipulering både fra meklers og parter side. Mulighetene for manipulering fra meklers side er også en etisk utfordring ved særmøtene som Moore (1987:99-100) trekker frem.

¹² Dl. § 236: "Tilsynsutvalget kan treffe vedtak om disiplinærtiltak når en dommer i Høyesterett, lagmannsretten, tingretten, jordskifteverretten eller jordskifteretten forsettlig eller uaktsomt overtrer de plikter som stillingen medfører, eller for øvrig opptrer i strid med god dommerskikk. Som disiplinærtiltak kan en dommer gis kritikk eller advarsel. Tilsynsutvalget kan gi en uttalelse om hva som er god dommerskikk, uten at dommeren ilegges disiplinærtiltak. Tilsynsutvalget kan ikke vurdere forhold som kan overprøves etter reglene i rettspleielovgivningen for øvrig."

¹³ Det er imidlertid ikke opplagt at disse rammene vil gjelde analogt for eksterne rettsmeklere. Det er presisert i lovparagrafene at dette gjelder for *dommere*. Mangelen på et generelt etisk rammeverk er derfor særlig utfordrende for eksterne rettsmeklere, som det i prinsippet ikke finnes egne rammevilkår for pr. januar 2010.

Welton, Pruitt, McGillicuddy, Ippolito og Zubek (1992) fant at omfanget av særmøtene *ikke* ble funnet å ha noen betydning for *om* det ble inngått en avtale, eller for *kvaliteten* på avtalen. Swaab og Brett (2007) kom frem til samme konklusjon i en stor studie av særmøter i ulike meklingsprosesser i Nederland, når særmøtene ble brukt underveis i meklingsprosessen. En forklaring på dette kan være at meklere bruker særmøtene mer av rutine enn av behov (Swaab og Brett 2007:10). Dersom ikke særmøtene brukes på bakgrunn av særlige behov, vil man også kunne regne med mer tilfeldige effekter av denne teknikken. Flere studier finner også at meklere typisk er mer stabile enn fleksible i sine meklingsstiltakninger (Brett, Drieghe og Shapiro 1986; Kressel, Frontera, Forderza, Butler og Fish 1994; Rognes og Sky 2003). Tidligere forskning indikerer derfor at meklings teknikker generelt *ikke* brukes etter behovsprøving, men mer på bakgrunn av rutiner.

Swaab og Brett (2007) finner imidlertid at særmøter med partene *fant* for selve meklingsprosessen, bidro positivt både til kvalitet i avtalene og til reduksjon i konfliktnivået mellom partene, *dersom* mekleren brukte disse møtene til å bygge partenes tillit. Dette er også i samsvar med Billikopf-Encina (2002) sine anbefalinger om bruk av særmøter, på bakgrunn av en teorigjennomgang av meklingslitteraturen. Dersom disse tidlige særmøtene ble brukt til å diskutere ulike løsningsforslag syntes det imidlertid å bidra til å øke konfliktnivået mellom partene.

Betydningen av tillitskapende prosesser innledningsvis i meklingsprosessen samsvarer godt med tidligere studier av tillit i meklingsprosessen. Tillit er funnet å være nøkkelen til suksess i meklingsprosesser, både sett fra et parts- og advokatperspektiv (Goldberg 2005; Goldberg og Shaw 2007). Goldberg (2005) konkluderer med at enkeltteknikker har ingen betydning dersom mekleren ikke har tillit fra partene. Suksess defineres som evne til å bevege partene fremover mot en løsning (Goldberg 2005). Partene rapporterer at mekleren må være vennlig, empatisk, ærlig, demonstrere integritet og være godt forberedt, for at de skal være tillitsverdige. Advokatene hevder imidlertid at mekleren må gi gode evalueringer, spørre gode spørsmål og lytte til svarene. Vi ser derfor her et fokus på betydningen av opplevd, god behandling fra partene og advokatene i meklingsprosessen. Dette er også i samsvar med teori og forskning på prosedyremessig rettferdighet i domstolene (se Thibaut og Walker 1975; Lind og Tyler 1988; Lind, Kulik, Ambrose og de Vera Park 1993). Det sentrale her er at partene vurderer om håndteringen har vært vellykket ut fra hvordan de vurderer selve behandlingen de har fått i prosessen, heller enn ut fra utfallet. Dette er også i samsvar med en studie av meklingsprosessen som fant at parter, åtte måneder etter de hadde vært til meklings, vurderte meklingsprosessen som vellykket, avhengig av om de nettopp følte de hadde blitt behandlet på en god måte i selve prosessen, og ikke ut fra kvaliteten i utfallet som ble oppnådd (Pruitt, Peirce, McGillicuddy, Welton og Castrianno 1993).

Behovene til partene i meklinger vil imidlertid kunne variere, avhengig av hvilken type konflikt de har og hvilken type relasjon de har til motpart. I tilfeller der partene har en videre relasjon, er det indikasjoner i forskningen på at det å møtes i seg selv kan ha en viktig verdi, og vi skal se på et eksempel på dette.

På bakgrunn av casestudier fremhever Fisher og Shapiro (2005) betydningen av å utvikle et godt forhold til forhandlingsmotparten, og at dette typisk kan utvikles gjennom fellesmøter, et fokus på felles interesser, og på forståelse og respekt for motparten. Grensekonflikten mellom Ecuador og Peru trekkes frem som et eksempel der det hadde vært en langvarig, blodig konflikt mellom landene, og det hadde en sentral betydning at presidentene for de to landene kunne møtes og utvikle en god tone slik at de *sammen* kunne utvikle potensielle løsninger i konflikten. Presidentene trekker i etterkant frem betydningen av samarbeid for å utvikle forståelse og respekt for den andre parts ønsker og behov. Dette eksempelet viser hvor viktige slike fellesmøter kan være. Det er vanskelig å utvikle et tillitsforhold og en forståelse for andre uten selv å møte med dem. Og betydningen blir særlig stor når avhengighetsforholdet fortsetter og man trenger en videre, god relasjon.

Kort oppsummert indikerer tidligere forskning at sær møtene har både fordeler og utfordringer. Dersom meklere får partenes tillit synes sær møtene å være en effektiv arena for å få frem informasjon om konflikten, men samtidig er det særlig utfordringer knyttet til manipulasjon, både fra parter og meklers side. Det å møtes i seg selv kan ha en viktig betydning når man har en videre relasjon, men helt overordnet finnes det få konsistente funn knyttet til sær møtenes innvirkning, verken på meklingsprosessen eller på meklingsutfallet. Et avgjørende forhold mer overordnet, synes å knytte seg til hvordan partene blir behandlet i prosessen, og at prosessen vurderes som mer sentral enn selve utfallet. Et viktig spørsmål knytter seg dermed til om sær møtene bidrar til å skape konstruktive prosesser for partene sin del. Endelig indikerer tidligere studier at meklere i liten grad behovsprøver teknikkene de anvender i meklingsprosessen, og dette, mener jeg, kan gi det som kalles rasjonelle myter. Vi skal se litt på hva den ny-institusjonelle teorien sier om dette.

Sær møter og rasjonelle myter

Rasjonelle myter er et begrep fra den ny-institusjonelle organisasjonsteorien. Meyer & Rowan (1977) kalte rutiner som blir imitert for *rasjonelle myter*. At myten er rasjonalisert innebærer at det er skapt en overbevisning om at den er et effektivt middel for å nå et organisatorisk mål. At den er institusjonalisert innebærer at myten har fått allmenn utbredelse og blir tatt for gitt som en effektiv, tidsnøkk og naturlig måte å utføre oppgaver på. Rasjonelle myter kan derfor i praksis

være *irrasjonelle* å følge. I denne sammenhengen vil jeg derfor utforske om særmøter faktisk er hensiktsmessige å bruke – eller om de i noen sammenhenger også kan være uhensiktsmessige. Det innledende sitatet fra mekling 6 (... *særmøtene er alltid nyttige og fruktbare...*) illustrerer en trend av utsagn fra meklere som kan indikere at særmøtene har fått allmenn utbredelse og blir tatt for gitt som en effektiv og naturlig måte å utføre meklingsoppgavene på. I forlengelsen av det som er funnet i tidligere studier, er det også mye som tyder på at meklere generelt sett er mindre fleksible i sin bruk av metoder og tilnærminger enn det man i utgangspunktet skulle tro. Dette kan være utfordrende i en rettsmeklingsprosess, fordi uten behovsvurdering av særmøtebruken, kan denne prosedyren ha fått *for* stor utbredelse i norske rettsmeklinger, og kommunikasjonsmessige aspekter mellom partene kan dermed bli skadelidende. Jeg utforsker dette nærmere i analysene under på bakgrunn av observasjonene som er gjort. I forlengelsen av dette vil også selve *innholdet* i særmøtene bli utforsket og analysert. Først vil jeg imidlertid gi en kort oversikt over de metodiske i denne studien.

4. Metode

Jeg har gjennomført en studie av meklingsprosessen ved å observere totalt 15 rettslige meklinger. En systematisk oversikt over disse finnes i tabell 1. Jeg fulgte meklinger i fire tingretter og en lagmannsrett. Tingrettene har blitt nummerert fra 1-4. Det er fulgt ti forskjellige meklere; fem kvinnelige og fem mannlige. Disse er nummerert fra 1 til 10. Av de 15 meklingsene ble det 4 brudd og 11 forlik (73 % forlik), og det var en gjennomsnittstid i meklingsene på 3,8 timer. Dette er i tråd med tidsbruk og resultater fra norske rettsmeklinger generelt som ble funnet i evalueringen av prøveordningen med rettsmekling (Knoff 2001). I analysene til denne studien har jeg imidlertid kun brukt 13 av meklingsene som grunnlag for analysene. Jeg har ikke inkludert meklingsene etter barneloven siden disse meklingsene følger andre prosedyrer i forhold til lovverket.

Tabell 1: 15 observasjoner

Mekling	Domstolstype	Mekler	Sakstype	Utfall	Tid
1	Tingrett 1	Mekler 1: Mann	Avhendingssak, Erstatningspørssmål knyttet til skjulte feil og mangler ved husoverdragelse	Forlik	5 t
2	Lagmannsrett	Mekler 2: Mann	Erstatningssak etter feilbehandling på sykehus	Forlik	2 t
3	Tingrett 2	Mekler 3: Kvinne	Avhendingssak, Erstatningspørssmål knyttet til skjulte feil og mangler ved husoverdragelse	Brudd	3 t
4	Tingrett 1	Mekler 1: Mann	Barnefordeling	Forlik	6 t
5	Tingrett 1	Mekler 4: Kvinne	Sak etter naboloven, tvist om lovligheten av oppføringen av en garasje og ulemper knyttet til dette	Forlik	8 t
6	Tingrett 3	Mekler 5: Mann	Tvist om gyldighet av overførsel av eiendom	Brudd	3 t
7	Tingrett 2	Mekler 6: Kvinne	Oppsigelseessak og erstatning knyttet til dette	Forlik	2 t
8	Tingrett 3	Mekler 5:	Barnefordeling	Brudd	4 t

		Mann			
9	Lagmannsrett	Mekler 2: Mann	Oppsigelsessak og erstatning knyttet til dette	Forlik	5 t
10	Lagmannsrett	Mekler 2: Mann	Spørsmål om gyldighet av forkjøpsrett	Forlik	2,5 t
11	Tingrett 3	Mekler 7: Kvinne	Avhendingssak, Erstatningsspørsmål knyttet til skjulte feil og mangler ved husoverdragelse	Brudd	2 t
12	Lagmannsrett	Mekler 8: Mann	Avhendingssak, Erstatningsspørsmål knyttet til skjulte feil og mangler ved husoverdragelse	Forlik	4 t
13	Lagmannsrett	Mekler 8: Mann	Personskadeerstatning	Forlik	4 t
14	Tingrett 4	Mekler 9: Kvinne	Fordeling av verdier i etterkant av samlivsbrudd	Forlik	4 t
15	Lagmannsrett	Mekler 10: Mann	Fordeling av verdier i etterkant av samlivsbrudd	Forlik	5 t

Jeg fikk ikke anledning til å bruke noen form for opptak under meklingene. Under observasjonene noterte jeg derfor ned dialogen mellom aktørene i meklingen. Umiddelbart etter at meklingene var over skrev jeg ned notatene mine på pc og kompletterte med det jeg husket. Dette gav meg svært detaljert oversikt over dialogen som hadde vært under meklingene, inkludert mange direkte sitater. I ca. halvparten av meklingene fikk meklerne lese utskriftene fra meklingene. Under viser jeg et kort eksempel på hvordan meklingene er transkribert. Utdraget er hentet fra mekling nr. 12, og er hentet fra meklerens introduksjon til prosessen:

....

Mekler: Jeg skal så å si litt om rettsmekling. Advokatene vet godt hva dette er, men partene selv har stort sett kun en retts sak i livet og er ikke rutinert i dette, heldigvis!!

Det blir tilbudt rettsmekling for at partene skal kunne få en løsning i saken. Dette er et relativt nytt tilbud til partene. Tidligere kunne dommere også mekle i de sakens de fikk til behandling, men da måtte de ta hensyn til at de skulle komme sitert på. Dette er rettsmekling, og det betyr at blir det ikke enighet her i dag blir saken overført til en annen dommer, og jeg skal ikke domme denne saken eventuelt.

Alle har taushetsplikt her i dag, det gjelder for meg, for partene og for Solfrid Mykleland. Om vi ikke kommer i mål her i dag kan ingen av partene bruke noe av det som kommer frem her i dag til sin fordel i en eventuell senere retts sak. Dette er veldig viktig, om det kommer ut tilbud her i dag kan det ikke tas frem igjen senere. Dette er viktig for det betyr at en aktiv deltakelse her i dag ikke betyr at man står i fare for å miste posisjonen sin. Enten løser vi det her i dag, eller så begynner dem helt på nytt i retts saken.

....

I særmetode er det også taushetsplikt. Dere gir meg derfor beskjed om hva dere vil jeg kan gå videre med. Dere kan derfor i utgangspunktet si hva dere vil til meg i særmetode uten at dere skal være redd for at det kommer videre.

Denne saken her handler vel om penger, i andre saker er det mulig å komme frem til mer kreative løsninger, jeg tviler på om det er mulig her i dag, men man skal selvfølgelig aldri si aldri. Hvis det er penger det dreier seg om så er det slik at noen må betale litt og andre må få litt for å få til en løsning.

Dette eksempelet illustrerer hvordan meklingene er dokumentert, og som vi ser er det svært detaljerte beskrivelser av hendelsesforløpet og hva som ble sagt under prosessen. Dette er en form for feltnotater. En god beskrivelse kjennetegnes ved at man tillater en leser å tre inn i situasjonen og forstå hva som skjedde der (Fangen 2004). De nøyaktige beskrivelsene fra de femten meklings situasjonene i denne studien synes å ivareta disse hensynene. Meklerne som leste gjennom utskriftene mente også at det var gode beskrivelser av hva som faktisk hadde skjedd.

Selve analysen hadde i utgangspunktet en induktiv form, som innebærer at dataene styrer analysearbeidet, og at analysen har en fortolkende form (Patton 1990). Fortolkende analyser kjennetegnes ved at det er en vekselvirkning mellom induktive og deduktive tilnæringer. Jeg bygger derfor videre på tidligere forskning som er gjort, men er samtidig utforskende slik at dataene er styrende for de teknikker og kategorier som utvikles som resultat av disse analysene.

Jeg vil forklare kort hvordan jeg helt konkret har gått frem for å avdekke de rasjonelle mytene og de ulike kategoriene for meklingsatferd i denne studien. Jeg startet med å observere meklingsene og deretter samtale med de ulike meklemene. Deretter transkriberte jeg notatene jeg hadde gjort meg underveis i meklingsene, og så leste jeg gjennom transkriptene av meklingsene gjentatte ganger. Visse særpreg ved meklingsene ble gjennom dette arbeidet tydelig. For det første var det slående hvor utbredt særmøtene var. Jeg fant at alle meklemene brukte særmøter, i hovedsak gjennom hele prosessen. Jeg gikk deretter inn i hver enkelt meklings og lette etter meklemes argumentasjon for å benytte denne teknikken. Som jeg vil vise i analysene var meklemes overordnede tilnærming at teknikken ble brukt som en selvfølge, og ikke på bakgrunn av konkrete behovsvurderinger.

Den andre hoveddelen av artikkelen handler om ulike kategorier av meklingsprosesser. Et viktig overordnet formål med denne studien har vært å få innsikt i hva som kjennetegner norske rettsmekleres atferd. Gjennomgangen av de enkelte meklingsprosessene viste at det var ulike grupperinger av atferd. Meklemes rettslige atferd var tydelig i de aller fleste meklingsene, hvilket også antakelig er naturlig siden meklingsen foregår innenfor domstolens rammer. Likevel var det mulig å gruppere meklingsene i fem prosesser på bakgrunn av hovedtilnærmingene i de enkelte prosessene. Meklemene var svært konsistente i sine atferdsvalg, hvilket også er i tråd med tidligere forskning. De ulike kategoriene er diskutert med andre forskere, men selve kategoriseringen er gjort av meg alene. Funnene viser stor variasjon i forhold til hvordan norske rettsmeklingsprosesser gjennomføres, og det i seg selv er god grunn til at det bør fokuseres mer på dette i videre forskning, både knyttet til hvilke typer mekleratferd vi ønsker oss i norske rettsmekliger, og hvilken atferd som kan bidra til å gi de beste prosessene i forskjellige typer konflikter. Funnene i denne studien gir indikasjoner på at særpreg ved den norske rettsmeklingsordningen medfører at tidligere utviklet modeller for mekleratferd ikke nødvendigvis kan anvendes direkte for å forstå norske meklemes atferd. Avslutningsvis foreslår jeg derfor en alternativ modell som er bedre tilpasset mekleratferden som er funnet i norske domstoler.

Jeg har ikke foretatt konkrete vurderinger av om de enkelte meklingsprosesser er *gode* eller *mindre gode*, men basert på noen hovedtilnæringer, som er avdekket fra meklemes side, blir det drøftet

på mer generelt grunnlag om meklernes atferd synes å bidra til konstruktive eller mer utfordrende meklingsprosesser, i tråd med teorigrunnlaget for den interessebaserte meklingsmodellen. Et sentralt aspekt er om meklingsprosessene synes å bidra til å ivareta partenes interesser og behov, herunder om partenes muligheter for kommunikasjon blir ivaretatt. I det videre vil jeg vise eksempler fra rettsmeklingene som relaterer seg til utbredelse, innhold og implikasjoner av særmøtene.

5. Særmøter som rasjonelle myter og fem prototypiske rettsmeklingsprosesser

Utbredelse og innhold

I samtlige 13 meklinger brukes særmøtene i utstrakt grad. I de fleste meklingene blir denne teknikken presentert innledningsvis som en selvfølgelig måte å gjennomføre meklingen på. Et sitat fra mekling nr. 2 illustrerer dette på en god måte: *Det finnes noen spilleregler for denne prosessen. Jeg vil stort sett snakke separat med dere...*²² Særmøtene presenteres som en naturlig del av meklingsprosessen, og noe som mekler har avgjort på forhånd. En slik tilnærming til særmøtene finnes i 13 av de 15 meklingene. Noen meklere går til og med så langt at de nærmest definerer mekling som en særmøteprosess. I mekling 7 sier mekler følgende: *Når dere så deles så starter den egentlige meklingen...* I mekling 10 er det også et eksempel på en konsekvent særmøteprosess, der meklingen foregår utelukkende ved hjelp av telefon som logistisk hjelpemiddel. I kun to meklinger har mekleren en annen type tilnærming, og presenterer særmøter mer som et alternativ, ikke som en selvfølgelighet. I mekling 12 sier mekler følgende:

I loven står det at det er mekler som bestemmer hvordan selve meklingen skal gjennomføres. Det betyr at det er jeg som velger hvordan jeg skal gjøre det her i dag. Jeg tror det er mest hensiktsmessig at dere deles opp og at selve meklingen foregår på den måten at jeg går mellom dere i forskjellige rom. Fasilitatene er ikke så godt egnet for dette her, men vi må finne en løsning slik at dere får hvert deres rom. Alternativet er at vi sitter rundt dette bordet og drøfter en løsning i fellesskap. Dere har allerede vært i retten og jeg tror ikke det er konstruktiv. Saken er godt opplyst og jeg tror det mest nyttige er at vi går over i særmøter rett etter innledningen nå.

Og i mekling 15 blir følgende formuleringer brukt:

Det viktige og det som er spesielt med rettsmeklingen er enemøtene. Det er for så vidt opp til dere å bestemme om dere ønsker slike møter eller ikke, men jeg vil anbefale på det sterkeste at vi bruker slike møter. Det innebærer at dere blir satt på hvert deres rom, og at jeg skifter i mellom dere.

I de to sistnevnte meklingene blir partene gjort oppmerksomme på at særmøteformen er et valg, de i prinsippet kan ta stilling til. Vi ser likevel at meklere gir partene sterke føringer på hvordan prosessen bør være. I mekling 12 vises det til at saken er godt opplyst fordi den allerede har vært i tingretten, videre fellesmøter vurderes derfor som overflødig. I mekling 15 knyttes ikke særmøtene opp til en slik type betingelse, og det er det siste som er vanligst i de observerte meklingene, det vil si å anbefale særmøtene uten forbehold eller knyttet til sædige betingelser. Det synes å bli tatt som en selvfølge at særmøtene er en god måte å drifte meklingene på. Særmøtene blir også omtalt som *"Det viktige og det som er spesielt med rettsmeklingen..."* (mekling 15).

Når partene deles i særretter, hvilket de gjør i alle de observerte meklingsene, holdes partene, med ett unntak (mekling 1), atskilt helt til man kommer frem til en avtale eller et brudd. Deretter samles partene igjen, enten for å skrive forlik dersom det fremkom en enighet, eller for å få informasjon om videre saksgang dersom meklingsen endte med brudd. Den eneste variasjonen som er å finne, er i forhold til hvor lenge partene holdes sammen i fellesmøtet før de skilles i særretter. I meklings 1 ble imidlertid partene samlet en periode for å avklare bakgrunnen for noen beløp som det ble forhandlet om. Mekleren hentet partene inn slik at de kunne gjøre dette direkte, og det var ingen grunn for at mekleren skulle være et unødvendig mellomliggende ledd. Muligheten for en slik direkte avklaring brukes bare i ett tilfelle i de observerte meklingsene, men det kan godt tenkes at dette er mer utbredt enn de observerte meklingsene gir inntrykk av.

I de observerte rettsmeklunge er det dermed liten variasjon når det gjelder å kombinere særretter og fellesmøter på forskjellige måter. Underveis i meklunge synes derfor ikke fellesmøtene å bli brukt som en selvstendig teknikk for å bedre kommunikasjonen mellom partene. I de tilfellene der partene har en videre relasjon oppmuntrer imidlertid samtlige meklere partene til en konstruktiv interaksjon etter meklunge.¹⁴ Eksempler på dette er:

Mekling 10: Da gjenstår det bare å taeske for i dag og jeg vil taeske dere for at konstruktivt samarbeid. Jeg har sagt til X at jeg håper dere får til å normalisere forholdet dere i mellom nå. Taeske for i dag og lykke til videre. (telefonmekling)

Mekling 14: Saken er nå avsluttet og jeg håper dere nå kan legge det økonomiske bak dere. Det er fint hvis dere kan legge noe av konflikten bak dere og at andre, for eksempel barna, ikke trenger å bli trukket inn i dette...

Det er viktig å huske på at meklunge i dette utvalget ikke gir et statistisk dekkende bilde på hvordan dette foregår i praksis. Det illustrerer imidlertid en trend som det kan være nyttig å utforske nærmere. Hvis vi ser på et utsagn fra Moore (1987:91): *“There is no right time to call a caucus”*, og et av de overordnede formålene for rettsmeklungsordningen, om at partenes kommunikasjon ideelt sett skal forbedres, så kan det synes som at de kommunikasjonsmessige aspektene blir begrenset ivaretatt i disse *“særrettermeklunge”*. Ved å holde partene i hovedsak atskilt, så får partene begrenset mulighet til å løse konflikten selv. Mekleren blir også en svært sentral aktør i meklungsprosessen, der mekleren blir den som overfører all informasjon mellom partene. Dette kalles også i meklungsforskningen for *“shuttle-diplomacy”* (Brahm og Burgess 2003). Ekstremvarianten av dette finner vi i telefonmeklunge, som vi skal se litt nærmere på.

I dette datautvalget er det kun ett eksempel på meklunge som foregår pr. telefon (mekling 10). Den aktuelle mekleren anslo at han hadde meklet mellom 20 og 30 saker på denne måten det siste året. Fremgangsmåten er da at mekler ringer opp partene annenhver gang, mens partene sitter på hver sin advokats kontor, og snakket med mekler på høytalertelefon. I dette tilfellet

¹⁴ I 9 av de 13 meklunge hadde partene ingen relasjon i etterkant av meklunge, i 4 av meklunge var det imidlertid varige relasjoner mellom partene. I selve rettsmeklunge var det da 4 konflikter mellom enten naboer eller nær familie.

(mekling 10) fikk ikke partene møte hverandre, eller snakke sammen, verken før, under eller etter avtalen ble undertegnet. Konflikten var mellom far og sønn vedrørende verdsettelse og eventuelt tilbakekjøp av en eiendom. Det var også barnebarn innblandet, slik at partene hadde en vanskelig relasjon utover denne aktuelle saken. Partene hadde ikke vært på talføt med hverandre på flere år. Partene hadde imidlertid samtykket til at meklingen skulle foregå på denne måten i forkant.

Dersom denne meklingen skulle vurderes ut fra et rent kommunikasjonsmessig kriterium, ville det blitt en dårlig vurdering. Når partene ikke på noe tidspunkt får kommunisere direkte, så er det også vanskelig for dem å lære noe om dette av selve meklingen. En generelt viktig utfordring for meklere er imidlertid å jobbe med det relasjonelle i fastlåste saker, under en svært anstrengt tidsramme. Når parter har kniget med hverandre, kanskje i årevis, er det nok litt optimistisk å tro at meklere kan reparere det meste gjennom et meklingsmøte som vi vet at i gjennomsnitt varer i overkant av tre timer.¹⁵ Meklingsprosesser må imidlertid også vurderes i forhold til hva som ville vært alternativet for partene. Et åpenbart alternativ i telefonmeklingen hadde vært et normalt meklingsmøte, der partene hadde fått treffe hverandre, i alle fall under presentasjonen av saken, og eventuelt ved signeringen av avtalen. En av meklerne fortalte at han virkelig følte at en mekling var vellykket når partene pratet sammen i en lett tone etter forlikingsingåelse. Mekleren fortalte at det beste eksemplet han kunne tenke seg var i en entrepriseretts sak der partene hadde vært i bitter konflikt, og ikke hadde direkte kommunikasjon da de kom til meklingen. Da saken var ferdig, og partene møttes igjen for å skrive under avtale, så satte parter og advokater seg huler til bulter rundt bordet, tidligere saksøker og saksøkte satt ved siden av hverandre, og alle snakket hyggelig sammen. I telefonmeklinger vil ikke slike situasjoner være mulig. Partene kom imidlertid frem til en enighet, og et alternativ til minnelige avtaler vil være full hovedforhandling i konfliktene. Rettslige hovedforhandlinger bidrar sjelden til å forbedre relasjonen mellom parter, og kanskje er dette derfor enda verre for parter som har en vanskelig relasjon. En minnelig avtale vil i alle fall gi partene en avtale å forholde seg til.

Det er nok viktig å bruke et bredere sett med kriterier for å vurdere om meklingsprosessene som preges av særmøter er gode eller mindre gode. Et overordnet formål med prosessene er å komme frem til minnelige avtaler med partene. I over 70 % av tilfellene lykkes dette (Mykland, Rognes, Sky, Hoddevik og Laskemoen 2009, jf. Knoff 2001). Det er både samfunnsøkonomisk nyttig, og det gir antakelig mange parter en mindre belastning enn det en full domstolsbehandling vil gjøre (jf. Knoff 2001). Med utgangspunkt i tidligere forskning, er det imidlertid viktig å utforske hvordan partene blir behandlet i selve meklingsprosessene. Konsistente funn viser at det er

¹⁵ Knoff fant som en del av evalueringen av prøveordningen med rettsmekling at gjennomsnittet pr. mekling var på 3,2 timer (Knoff 2001), men det er viktig å huske at det ikke er en *begrensning* på 3 timer fra lovgivers side. Kanskje kunne det med fordel vært brukt mer tid i enkelte meklinger, for eksempel slik at det hadde blitt mer tid til å behandle også relasjonelle og kommunikasjonsmessige utfordringer.

avgjørende at mekler oppnår partenes tillit, og at partene føler de blir forstått og hørt. Goldberg og Shaw (2007) finner for eksempel at meklere må være vennlige, empatiske og være godt forberedt for å oppnå partenes tillit. Når denne tilliten er opprettet er det enklere å få tilgang på partenes interesser, behov eller forhandlingssoner. En mekler har fordelen med å komme inn i en situasjon der tilliten mellom partene ofte er svært dårlig, og meklere vil dermed kunne profitere på kontrasteffekten i forhold til det dårlige forholdet mellom partene. Mekleren vil fort kunne fremstå som tillitsverdig i forhold til en meget stereotypisert og konfliktfull motpart. Mekleren må like fullt også gjøre egne aktiviteter for å oppnå partenes tillit. Gjennomgående synes det å være slik at de fleste meklerne i denne studien jobber systematisk med dette. I de fleste meklingsene kan det identifiseres tillitskapende aktiviteter fra mekler, ut fra Goldberg og Shaw (2007) sin definisjon. I telefonmeklingen finnes det for eksempel en rekke eksempler på dette, og meklere synes å få frem svært mye informasjon om saken fra de respektive partene. Partene uttrykker underveis at de føler seg trygge på at meklere har gjort det som er nødvendig for å få utviklet en best mulig løsning. Mekleren får drevet prosessen fremover, steg for steg, og bruker mye tid på å lytte til partene og få frem hva det er som egentlig er viktig for dem. Ved å vurdere en sæmøteprosess ut fra hvordan meklere forholder seg til partene, så ville telefonmeklingen fått en positiv vurdering. En analyse av denne telefonmeklingen illustrerer at det ikke er enkelt å gi klare svar på hva som er en best mulig meklingsprosess. I denne situasjonen kom partene frem til en avtale, og de slapp en videre behandling i domstolssystemet. Det er likevel klart at det å ikke møtes i selve meklingsprosessen er utfordrende, og at det i alle fall krever høy kompetanse og bevissthet fra meklers side for å gjennomføre dette på en akseptabel måte. Man må også kunne konkludere med at telefonmeklinger *ikke* er det lovgiver har i tankene når det legges vekt på at det kommunikasjonsmessige aspektet mellom partene skal forbedres i meklingsprosessene.

I de observerte meklingsprosessene er det gjennomgående inntrykket at meklere er gode til å utvikle et tillitsforhold til partene. En utfordring synes imidlertid å være at forholdet mellom mekler og parter i noen tilfeller synes å bli *for* godt. Moore (1987) definerer muligheten for koalisjoner mellom mekler og parter som en sentral etisk utfordring som kan oppstå i meklingsprosessen. Senere studier synes ikke å ha studert denne utfordringen empirisk, utover Welton m.fl. (1988) som finner eksempler på at meklere er *mindre upartiske* i sæmøtene enn i fellesmøtene. I denne studien finner jeg eksempler i 7 av 13 meklingsprosesser på at det utvikles en slags allianse mellom mekler og parter. I en allianse "vi-er" mekler seg med partene, og synes å gi inntrykk av at han er "på lag" med partene, og kjemper på deres lag mot motpart. Eksempler fra studien på en slik type alliansebygging er:

Jeg synes nå jeg blir bedre rykket enn vi kunne frykte... (mekling 10), *Jeg er rask for at vi kommer til å få bodet i veien...* (mekling 6), og: *Vi mangler for ordne opp nå...* (mekling 15).

En slik bygging av allianser mellom mekler og parter kan illustrere et nært tillitsforhold mellom parter og mekler, og det synes å gi mekler tilgang på informasjon fra partene, men det synes også å kunne gi negativ effekt på relasjonen mellom partene. I mekling 15 eksploderer advokaten mot slutten etter mekler har sagt at *Vi mannfolk får ordne opp nå...* Mekler følger opp dette med: *Ja, pengene sitter langt inne der mede tydeligvis...* Advokaten nærmest broler følgende til klienten sin:

Han knytter med deg nå X. Fy faen – nå blir jeg sint. Den rasen, dette er ikke nødvendig. Du får tenke på at blir du ferdig med dette så trenger du ikke se den kjerringa igjen. Aldri. Aldri Tenk på det...

Vi ser her et eksempel på at også advokaten er en tydelig del av alliansen, og at han er med på å trekke opp konfliktnivået i situasjonen, og på den måten bidrar til å øke avstanden mellom partene. På et organisasjonspsykologisk språk kan vi si at det synes å danne seg "inn-grupper" og "ut-grupper" (Sherif 1966). Mekler og den ene parten er én gruppe (inn-gruppen), mens motparten utgjør ut-gruppen. En inn-gruppe arbeider gjerne mot et felles mål, og konkurrerer mot den andre gruppen. Ut-gruppen blir gjerne sett på som sydebukker og årsaker til inn-gruppens problemer. Det er også typisk at man stereotyperer de "andre", og at man danner seg fiendebilder av dem. Så lenge man er i et konkurranseforhold vil disse gruppetyperne kunne dannes.

Sannsynligvis er ikke meklers intensjon å øke konfliktnivået mellom partene med utsagn som nevnt over. En bevissthet rundt hvordan slike typer kommentarer kan virke på partene er nok likevel viktig for meklere å ha med seg. Sosialpsykologisk gruppeteori predikerer at et fokus på felles mål, læring og innsikt i "de andre" kan hjelpe til med å bryte ned disse grensene (Sherif 1966). I mekling handler dette prinsipielt om å få partene til å skjønne at de er avhengige av hverandre for å nå et felles mål, og at de beste avtalene ofte oppnås gjennom samarbeid (Rognes 2008). Her er det samtidig viktig å poengtere at teorien om "inn-" og "ut-grupper" primært er utviklet for relasjoner som er mer langvarige. Likevel kan disse teoretiske sammenhengene bidra til å illustrere en dynamikk i meklings situasjonene, og det kan også gi en indikasjon på hva meklere bør være observante på der allianser med parter synes å oppstå.

Om allianser kan vurderes som konstruktive eller negative bidrag til meklingsprosessen vil avhenge av hvordan gode meklingsprosesser vurderes. Spiller det noen rolle om konfliktnivået mellom partene i prosessen stiger, dersom partene ikke skal ha noe med hverandre å gjøre i ettertid? Og vil ikke slike allianser kunne føre til at partene føler seg forstått og dermed ivarett av mekleren i prosessen? Denne studien gir ikke konkrete svar på hvordan denne teknikken kan vurderes totalt sett. Identifiseringen av teknikken bekrefter tidligere studier som har indikert at slike relasjoner mellom parter og mekler kan forekomme (Welton m.fl. 1988), og i denne studien får vi en empirisk bekreftelse at slik manipulering ser ut til å foregå. Moore (1987) påpekte imidlertid det etisk utfordrende med å manipulere partene. Ved å inkludere seg selv som aktiv

part ("vi") i meklingen, blir mekleren svært integrert i prosessen, som partene kanskje ideelt sett kunne vært mer aktivert i selv. Man kan derfor sette spørsmålsteget ved om en slik type atferd er innenfor rammene for "akseptabel dommeratferd", og om dette faktisk er en atferd som gir mulighet for manipulering av partene. Kanskje er ikke meklerne bevisste at de blir så nært identifisert med partene. Særmøtene åpner opp for en spesiell nærhet mellom mekler og parter som det er viktig at meklerne er seg bevisst slik at man unngår ønske utfordrende situasjoner.

Vurderingen av om meklingsprosessene er gode eller ikke kan vurderes på flere måter. Særmøtene *kan* gi mulighet for at mekleren utvikler partenes tillit, og de kan også føre til at mekleren får tilgang på mer informasjon. I hovedsak synes de fleste meklerne å bruke teknikker som gjør at de fremstår som tillitsverdige. Kommunikasjonen *mellom* partene synes imidlertid ikke å bli særlig godt ivaretatt, og fleksibiliteten mellom å veksle mellom særmøter og fellesmøter synes ikke å være tilstede i det hele tatt. Det kan derfor synes å være en bruk av særmøtene som kan likne på "rasjonelle myter", det vil si at man bruker dem av rutine og ikke i særlig grad på bakgrunn av behovsprøving. Dette er også i samsvar med konklusjonen til Swaab og Brett (2007), som mente at særmøter syntes å bli brukt på bakgrunn av tradisjon heller enn bevisste valg. Det krever imidlertid større grad av utforskning for å klargjøre hvor bevisste meklerne er disse valgene, og hvordan meklere vurderer særmøter og fellesmøter i forhold til hverandre. Austbø og Engebretsen (2006:96) definerer særmøtene som en hovedmotor i rettsmeklingen, men tiden er kanskje inne for å utforske i større grad hvordan denne hovedmotoren kan brukes i samspill med andre virkemidler, og da særlig i forhold til å jobbe med partenes kommunikasjon.

Bevissthet er sentralt for meklere både når det gjelder enkeltteknikker og når det gjelder fokuset i prosessene som blir gjennomført. I det videre vil jeg presentere fem prototypiske meklingsprosesser som er funnet i denne studien: (1) "Rettslige" prosesser, (2) "utforskende" prosesser, (3) "utforskende" prosesser med tilbud om voldgift (4) "tilretteleggende" prosesser og (5) "prutete" prosesser.

"Rettslige" prosesser

I denne studien ser vi at meklerne i mange tilfeller anvender evaluerende, rettslige teknikker der styrker og svakheter ved saken, og drøfting av potensielle "domsutfall" blir dominerende i meklingsprosessen. Varianter av dette finnes i samtlige observerte meklinger, og følgende utsagn fra mekling 1 er ikke uvanlig: *Jeg tror dere vil komme i en ansvarsposisjon, og det er omfanget vi diskuterer her...*²². Gjennomgående rettslig fokus i meklingene kan imidlertid skape sentrale utfordringer som vi skal se et eksempel på i det videre. I mekling 11 finner vi et ekstremtilfelle av dette, der det foregår sterk grad av rettslig utspørring av den ene parten, inkludert domsprognose:

Makler: I saken ligger det også et malisærkereser bryr, der står det at dere har vært sammen i 20 år på grunn av samarbeidsavtalen, er det riktig?

Part: Ja...

Makler: Så dere står at i løpet av 20 år søjdede det ingenting, men likevel har dere gått til konfliktrådet med denne saken??

Part: Ja... Men det var fordi vi ikke fikk noe svar...

Makler: Hvis en domstol skal avgjøre dette vil spørsmålet være om dette er noe en kjøper burde fått vite. Da bør dere se på. Er dette noe kjøper burde fått opplysninger om? Det er uklart at en domstol vil godta forklaringene deres. Det forutsettes over kort tid etter at barn overtale vordommen...

Part: Ja, men det må jo være et spørsmål om hvor dette vannet kom fra...?

Makler: Det er helt tydelig at det er overvannsproblematikk her, og det er saken i et våttiskall. Det er også slik en domstol vil se på det at barn ikke har fått opplysninger om dette. Dere hadde en sak med kommunen i 2000...

Part: Men vi skjønner ikke hvor overvann kommer fra...

Makler: Kan vi fokusere på det vitnelige spørsmålet om kjøper burde fått vite dette?

...

Makler: Jeg kan signalisere for det har jeg mulighet til siden jeg ikke skal domme, at dere vil ikke vinne frem med dette i en rettsak. Dere bør vurdere prosessrisikoen, går det ut retten kan erstatningen bli mye høyere enn det dere tenker dere...

...

Makler: Jeg vil gjerne si en gang til at dere har en dårlig sak...

...

Denne meklingen viser ett tilfelle med svært utbredt bruk av rettslige, evaluerende teknikker i rettsmeklingsprosessen. Hovedfokuset er å få partene til å inngå en avtale. Utsagnene som er referert fra mekleren i dette eksempelet, kom alle i særreiser. Utfordringen når mekler tar slik kontroll med prosessen og selve defineringen av hva som skal håndteres, (*Kan vi fokusere på det rettslige spørsmålet om kjøper burde fått vite dette?*), og ikke minst de evaluerende kommentarene (*Dere vil ikke vinne frem med dette i en rettsak...*) er at partene kan presses inn i avtaler de kanskje egentlig ikke ønsker. Når parter inngår et rettsforlik kan dette ikke ankes, og det kan kun angripes ved ugyldighetssøksmål (jf. tvl. § 19-12, annet og tredje ledd). I en ordinær rettsak kan man få prøvet saken i tre instanser, hvilket også skal bidra til å sikte at avgjørelsene (dommene) kan kvalitetssikres om nødvendig. Dette er også et viktig prosessrettslig grunnprinsipp. Siden man i mekling tar fra partene muligheten til å anke, og også mye av mulighetene til å kommunisere direkte med motpart, er det svært viktig at partene ikke presses inn i noe de selv ikke ønsker. Slikt press kan ha flere uheldige implikasjoner; partene kan risikere å få en "uriktig" avtale, og det kan derfor gå på rettsikkerheten løs. Endelig kan det også føre til mistillit til selve det rettslige meklingsinstituttet dersom partene føler at dette er en arena der de blir presset til noe de egentlig ikke ønsker. Dette er også klart uttrykt av lovgiver i forarbeidene der meklerne blir fratrukket å komme med domsprognoser, nettopp fordi rettsmekling er på et tidlig stadium i

saksbehandlingen, og det enda er vanskelig å si noe sikkert om potensielle utfall (Ot.prp. 51, s. 126).

Eksempelen over viser et ekstremtilfelle med bruk av rettslige tilnæringer, der rettsmeklingen får et gjenskiinn av rettslige prosesser, men da uten rettsikkerhet. Slike prosesser kan minne om det som Riskin (1996) kaller for ”små, evaluerende prosesser”, det vil si at det tas utgangspunkt i en smal rettslig definisjon av konflikten, og meklere evaluerer argumentene som knytter seg til dette. Eksempelen fra mekling 11 er nok imidlertid enda sterkere enn Riskins kategori, fordi her er det kombinert med sterk grad av maktbruk og press fra meklers side. Mekling 11 viser et eksempel på en meklingsprosess som er løsningsfokusert, der kun de rettslige elementene får plass. Partene får også en reaktiv rolle, mens meklere blir den suverene drivkraften i meklingen.

I rettsmeklinger har meklere en rolle som mekler, men *egentlig* er meklere dommer. Meklingen er noe dommerne gjør i tillegg til det å være dommer, og i praksis veksler de mellom disse rollene avhengig av om det er meklerarbeid eller dommerarbeid de skal gjøre. I evalueringen av prøveordningen ble det presisert at det bør strekes opp klarere retningslinjer for meklerrollen (Knoff 2001:126), og lovgiver presiserer at dommeren må være sædlig omhyggelig med å forklare hva som skiller rettsmeklerrollen fra dommerrollen (Ot.prp. 51, s. 122). I rettsmeklinger som er observert introduserer meklere seg typisk som egentlig dommere, og eksempler på formidling av dette ser vi for eksempel i mekling 2 og 9:

*Mekler (2): Jeg heter X og jeg er dommer her i domstol Y. Jeg jobber mye med det vi kaller rettsmekling.
Mekler (9): Jeg er dommer i domstol Z og skal ha denne meklingen i dag...*

Autoriteten som dommerrollen gir – og kompetansen som mekler har i kraft av å være *egentlig* dommer, gir meklere stor potensiell makt (Alfini 1999; Sander 1999). En dommerrolle impliserer for eksempel muligheten for å bestemme hva som er ”riktig” i de enkelte tilfeller. Ved å introdusere seg som ”dommer” og ikke som ”mekler” tydeliggjør man de rettslige rammene for meklingen, og i følge både Alfini og Sander er dette god nok grunn for at dommere kanskje ikke *bør* mekle i domstolene. Siden meklere i utgangspunktet kan tenkes å sitte på sannheten, fordi han egentlig er dommer, vil en meklers vurderinger kunne gi sterke føinger til hvordan partene opplever potensielle utfallmuligheter. Det vil også kunne påvirke deres oppfatning av om de har en sterk eller svak sak, og dermed om de ønsker å komme til enighet eller ikke med motparten i en rettsmekling. Dette innebærer at evalueringer *bør* gjøres med forsiktighet av meklere, og at det er viktig med en bevissthet knyttet til makten man faktisk har som rettsmekler.

Fremstillingen over betyr imidlertid ikke at *evaluerende* teknikker generelt er negativt for meklingsprosessen, men det illustrerer hvordan slike teknikker kan føre til maktutøvelse fra en mekler. I det neste kapitlet vil jeg se nærmere på evalueringer som kan påvirke prosessen på mer konstruktivt vis.

”Utforskende” prosesser

I en helt ny studie blir nettopp meklers evne til å gi gode saksevalueringer trukket frem som et suksesskriterium for meklere, som tidligere har vært dommere (Goldberg, Shaw og Brett, 2009). I tvisteloven er det også fremhevet at meklere *kan* drøfte (og dermed evaluere) partenes faktiske og rettslige argumentasjon.¹⁶ Dette blir regnet for en teknikk som kan realitetsorientere partene. I de observerte meklingene er det svært mange eksempler på slike evalueringer, som ofte synes å føre til avklaringer og til at prosessen føres fremover. Evalueringene kombineres svært ofte med spørsmål, der mekleren både spør partene hva de tenker, og der mekleren samtidig kommer med sine vurderinger av argumenter eller faktum. Utforskende prosesser kjennetegnes derfor av en kombinasjon av utspørring av partene knyttet til bakgrunn for saken og avklaring av behovene de har, og en utfordring av partenes argumentasjon gjennom prosessen. ni av meklingene kategoriseres som utforskende prosesser, men i fire av disse blir den utforskende formen kombinert med tilbud om voldgift fra meklers side. Disse fire blir drøftet nærmere i neste punkt. Drøftingen i det videre vil primært knytte seg til de tre resterende meklingene, og jeg vil gi to eksempler på utforskende og evaluerende utsagn fra mekling 1 og 2:

Mekling 1: Hvor vil skal bruke latin, hva betyr egentlig revisjon? Selv om jeg ikke er noen ekspert i latin, så ligger det i ordet revisjon "å gjøre nytt", slik jeg kan forstå det. ... Det er vanlig i slike saker å dele på risikoen...

Mekling 2: Når du nå skriver se her, hva denne saken går videre vil du få spørsmål i retten om grunnlaget for balanse. Tingretten har sagt nei, rettspraksis sier at balansen er ganske lav - tenk nøye gjennom det, hvor realistisk er det at du kan få se her?

Mekleren driver her med realitetstesting av partenes argumentasjon, og i begge utdragene her blir det forklart hva som er vanlig å gjøre i liknende saker. Fordelen med dette er at man da diskuterer betingelser for å komme nærmere hverandre, og dette gjøres på en logisk måte, som både parter og advokater kan følge med på. Hvis man igjen kan knytte dette til selve behandlingen som partene opplever i prosessen, så har vi sett at tidligere studier legger vekt på at partene forventer at mekleren skal kunne evaluere argumentasjonen som de kommer med. En sentral utfordring her synes imidlertid å være at mekleren gir evalueringer som bidrar til å føre prosessen fremover, men som ikke er av en slik karakter at partene blir presset til å inngå avtaler. Evalueringene bør heller ikke bygges på et for tynt og usikkert grunnlag. En generell vurdering av hvor denne grensen går er vanskelig å gi, og dette må antakelig studeres mer konkret, og antakelig ut fra et parts- og advokatperspektiv for å kunne gi endelige svar. I Knoff sin evaluering av prøveordningen med rettsmekling var en viktig konklusjon at parter og advokater oftere

¹⁶ Tvl. § 8-5 tredje ledd.

opplevde at meklerle kom med domsprognoser enn det meklerne selv mente. Meklerenes evaluerende utsagn kan derfor tenkes å tillegges en annen betydning en det synes åpenbart for en mekler eller observatør av prosessene. Overordnet vurderes imidlertid utforskende prosesser som gode meklingsprosesser, der partene får være med å sette premisene for det som skal håndteres, og det ser generelt ut for at de blir lyttet til og hørt av meklerne.

"Utforskende" meklingsprosesser med tilbud om voldgift

I fire meklingsprosesser fikk partene tilbud fra mekler om å bli ferdig med saken gjennom å bruke mekleren som voldgiftsmann (mekling 2, 9, 10 og 15). I tre av sakene samtykket partene til dette (mekling 9, 10 og 15). Disse tilbudene kom i hovedsak mot slutten av meklingsprosessen, når partene lenge hadde forsøkt å komme til en enighet, men der prosessene stoppet opp av ulike grunner. Voldgiftstilbudet blir dermed et tilbud for å få en frendrift og avslutning i saken, og typisk blir dette begrunnet av mekler av hensyn til partenes behov. I mekling 10 sier mekler følgende: ... *Jeg gjør dette (tilbyr voldgift) for at dere skal kunne komme dere videre og legge dette bak dere...* I tre av sakene blir voldgiften fremstilt som et alternativ der avgjørelsen skal være endelig, mens i den siste saken blir det presisert at partene kan bygge videre på forslaget som mekleren kommer med, og likner der på det som i meklingslitteraturen kalles for "en-tekst prosedyren" (Fisher, Ury og Patton 2001). Alle meklerne som gir dette tilbudet bruker også tid på å forklare hvorfor tilbudet om voldgift fremsettes. I mekling 9 foregår dette på følgende måte:

Mekler: Kanne du tenke deg å overlate til meg å sette de endelige beløpene for dere?

Adv: Som lønn?

Mekler: Det måtte vi i tilfelle først bli enige om, men innenfor de rammene jeg da får vil jeg ikke vurdere beløpene i saken, jeg vil kun ta utgangspunkt i det som har kommet frem her i dag...

...

Mekler til den andre parten: Det blir slik at vi sluter og drar på slutten, men motpart vil ikke slippe ansettelsesforholdet. Han vil heller ikke ha de er som lønn. Jeg har spurt om han vil godta at jeg som dommer setter det endelige beløpet. Dette vil bli en form for voldgift.

Partene samtykker til dette, og meklerens avgjørelse blir protokollført som rettsforlik. Den andre varianten er at voldgiften blir tilbudt mer som et hjelpemiddel i prosessen, og noe som likner entekstprosedyren. I mekling 15 finner vi et eksempel på dette:

Mekler: Jeg har nå foreslått for de andre at vi nå skal ta en liten ves. Jeg foreslår å utarbeide et forslag til løsning, som dere deretter kan kommentere og evt. redigere noe. Det er klart at det da kann se mulig å justere mindre ting, men jeg mener at dette er et alternativ til at jeg løper frem og tilbake mellom dere med veldig små beløp. Kanne dere tenke dere det?

En klar utfordring med denne varianten er at mekleren risikerer å miste sin tillit, fordi man gjennom et løsningsforslag kan signalisere hva man egentlig mener om hva utfallet burde være. Mekleren forbedrer partene godt på dette og sier følgende før han kommer med forslaget, som partene har samtykket til at han kan komme med:

Mekler: Det har vært trøvelig i begge rom. Hyggelige mennesker! Nå skal jeg over til å si noe som ikke er så lett å forklare. Jeg kann ikke gå inn på hva som vil komme bli en fremtidig dom. Jeg vil nå likevel lese opp dette her som jeg har kommet frem til, på bakgrunn av det jeg har hørt i dag, og etter jeg har lest det opp kann dere gå i hvert deres rom og diskutere dette ut i liten stund. Det er mulighet for å komme med innspill til dette også, men de store endringene kann det ikke bli snakk om etter dette.

...

(Forslaget legges frem) Møteler sier deretter: Jeg har hørt hva dere har sagt, her er mitt forslag og akseptert nå har jeg ikke mer å tilføye. Jeg vil bare si dere at hvis man ikke liker musikken, så må man ikke skyte pianisten. Da må man gå på komponisten, og i dette tilfellet er det dere som er komponistene! Jeg foreslår at dere går i hvert dørs rom, så kommer vi inn til dere om en liten stund...

Forslaget som mekleren kom frem med ble mottatt med frustrasjon fra begge parter. Fra den ene siden ble det sagt følgende:

Advokat: Dess du sier når du gir oss dette forslaget er at vi har hatt rett hele veien – mens problemet er at vi ikke har votet frem en sakst i riktig tid. Du sier jo at vi ikke har hatt grunnlag for å godta dørs taksat. Jeg ser jo også at du prøver å tekke oss begge her, men det blir feil...

Som vi ser i mekling 15 kan det føre med seg flere sentrale utfordringer at mekler legger frem et eget forslag. I denne meklingen var det svært nært et brudd etter forslaget fra mekler ble lagt frem, og begge parter uttrykte tydelig at mekleren gjennom forslaget avslørte hva han egentlig mente, og at dette var unnelig. Meklingen endte likevel med en løsning, og partene unngikk hovedforhandling. Forslaget som ble lagt frem fikk noen få justeringer og ble deretter inngått som rettsforlik. Felles for de tre sakene der partene aksepterte voldgift var at resultatet ble nedfelt i et rettsforlik. Disse prosessene som inkluderer voldgift har særlige utfordringer, særlig i forhold til at partene skal bidra til å bestemme og utforme resultatene selv. Her får ikke partene bidra selv til det endelige resultatet. Når voldgiftsinstituttet blir blandet inn i meklingsprosessen, fjerner man seg nok ganske langt fra hva som var lovgivers intensjon med rettsmeklingsordningen, og man kan si at mekleren bruker makt for å få en avslutning på prosessen. Man må vel likevel konkludere med at partene har høy grad av tillit til mekler når de lar ham avgjøre hva resultatet skal være, etter å ha snakket med partene på begge sider i sæmøter gjennom hele prosessen. Det er et tydelig signal fra partenes side om at de ønsker en avslutning av saken og overlater derfor dette til mekler. Igjen er det viktig at man ser til de rettssikkerhetsmessige utfordringene dette kan ha, siden da partene mister muligheten til å anke disse "avgjørelsene". Disse prosessene kan også være gjenstand for en generell diskusjon om det er slik at tilbud om voldgift faktisk er innenfor det vi kan kalle for etiske forsvarlige rettsmeklingsprosesser.

De to siste prototypiske meklingsprosessene vi skal se på her har en helt annen karakter enn de foregående som er beskrevet, og de kjennetegnes overordnet ved at mekleren er mer distansert i forhold til det innholdsmessige i meklingene.

"Tilretteleggende" meklingsprosesser

I mekling 7 finnes det et eksempel på en typisk "tilretteleggende" (fasiliterende) prosess. I denne meklingen involverer ikke mekleren seg i innholdet i det hele tatt, men går frem og tilbake mellom partene med beløp og beskjeder, uten å evaluere eller involvere seg utover å være budbringer og spørsmålsstiller. Formålet med prosessen er åpenbart å komme frem til en løsning, men ansvaret for dette legges på partene. Et eksempel fra mekling 7 er følgende:

...
Mekler til sakøkte: Ønsker dere da oppreisning plus økonomisk kompensasjon fordi det vil kunne ta noe tid å komme seg ut i jobb igjen? Vi har da en symbolsk/rettslig situasjon. Jeg vet heller ikke hvordan likningskontoret vil se på et slikt totalbeløp, men det regner jeg med at dere vet. Jeg vil da gå inn til de andre og se hva de har å tilby.

...
Mekler til sakøkte: Jeg har brakt videre at dere ønsker å gi en sluttattest, i tillegg krever de da x kr. Har dere tenkt på dette beløpet? Sakøkte: Vi mener at vi har rett i denne saken, det er derfor vi nå er her. Beirfsten gjør det svært dårlig for tiden, så vi legger ned i 2000. Økonomen er derfor vanskelig. For meg er det ikke prinsippet som gjelder, og det å gi en sluttattest er helt oké. Vi ønsker også å gi henne en kompensasjon, men x kr er for mye.

Mekler: har dere da tenkt på et beløp?
Sakøkte: Kanskje x kr til å betale omkostningene hennes, men jeg er mest opptatt av å få denne saken ut av verden.
Mekler: Jeg fikk opplyst at månedslønnen hennes var x kr.
Adv: Det er ikke riktig, hun har kun hatt y kr.
Mekler: Oké, men da skal jeg gå tilbake til de andre igjen og formidle dette.

...
Mekleren oppsummerer fakta, men han overlater til partene å evaluere og fortolke de ulike påstandene. Mekleren blir her som et mikrofonstativ mellom partene. De sitter i hvert sitt rom, og mekleren går mellom med beskjeder, helt til de kommer frem til en enighet (i dette tilfellet). Partene får heller ikke her mulighet for direkte kommunikasjon, og igjen, ut fra et kommunikasjonsmessig perspektiv ville meklingen fått en dårlig vurdering. I forhold til prosessen må det vurderes hvorvidt partene får håndtert sine egentlige problem. Partene får her alt ansvaret for å definere problemet – og løse det, og det klarer de også her, ved hjelp av mekleren som budbringer. Partene hadde ikke her noen varig relasjon, og begge parter syntes svært motivert for å unngå full hovedforhandling. Mekleren opptrer antakelig godt innenfor forsvarlige rammer her, men spørsmålet er om en så tilretteleggende tilnærming vil kunne virke dersom konfliktnivået er svært høyt og partene ikke evner å drive prosessen frem på egen hånd. En rent tilretteleggende tilnærming der mekleren er helt passiv utover å overbringe partenes argumenter, vil antakelig kun være mulig i de tilfellene partene selv er svært motivert til å komme til en enighet, og der konflikten ikke er særlig fastlåst.

"Prutete" meklingsprosesser

Den siste meklingsprosessen som skal beskrives er hentet fra mekling 3, og denne defineres som en prutete eller kompromissende prosess. I denne prosessen fokuseres det kun på beløp og ikke på argumentasjon. Det overordnede formålet fra meklers side er åpenbart å komme frem til en løsning i prosessen. Jeg vil her bruke et utdrag fra mekling 3 for å illustrere dette. Vi ser på et utdrag fra dialogen i det videre:

Mekler: Du har et krav på 108 000 kr, du har justert ned til 90 000 kr, motparten har sagt det samme, de har justert seg opp til 20 000 kr, du har en avtand på 70 000 kr.

...
Mekler: Det er dette som blir et tema for hovedforhandlingene, selv trossen eller konflikten ønsker jeg ikke å gå inn i her.

Part: Det som skjer her er at vi får 10 000 kr hver gang vi går frem og tilbake.
Mekler: Dere står nå 50 000 kr fra hverandre, en sak som kanskje mer enn barn pengene, det tar også mye tid og penger å være i en slik sak.

...
Mekler: ... Vi går med små skritt her, kan det være et poeng å ta et større skritt denne gangen?

...
Part: Jeg følger ut vi bruker barregningsmetoden, ingen bruker hvor mye rom er drukt ut så vi bare betaler...

Advokat: Jeg blir vært i rettsmeklinger der argumenter blir blitt vurdert, det finnes vel ikke i rettslinjene for rettsmekling at det skal handle om fradrag?

I denne meklingen var det primære fokus i særmøtene hvor langt partene var villige til å strekke seg, og hvor mye de var villige til å gi. Mekleren ønsket ikke å gå inn i argumentasjonen, og uttrykte også tydelig at selve konflikten ikke var tema for meklingen. Både parten og advokaten på den ene siden reagerte kraftig på dette her, og vi ser på reaksjonene at de ikke forstår logikken i at de skal betale mer. Advokaten uttrykker også tydelig at man må få komme frem med argumenter i meklingen. En vurdering av en slik type mekling ville ikke fått særlig positiv vurdering på bakgrunn av rettslinjene som er gitt av lovgiver. Partene får ikke kommunisere direkte og det er kun det rettslige kravet som blir berørt. Spørsmålet om partene føler seg godt behandlet i prosessen her kan sannsynligvis også diskuteres ut fra de frustrerte utbruddene som kommer. Denne meklingen endte i brudd. Det sentrale poenget som blir illustrert her er *betydningen* av at partene forstår hva som skjer i prosessen, og at de føler seg hørt og lyttet til. Partene kan nok også være uenige i eventuelle vurderinger som blir gjort av en mekler, men dersom man kan følge argumentasjonsrekken så synes det å være positivt for partene. Denne saken dreide seg utelukkende om et erstatningsbeløp, og det vil nok være en generell utfordring at slike meldinger ikke blir for "prutete" eller hestehandlete i tilnærmingene. Også i denne typen konflikter vil det kunne foreligge ulike oppfatninger av årsaken til problemet, og det synes å være sentralt at også argumentene kan vurderes eller prøves overfor hverandre. Avslutningsvis vil dette drøftes mer overordnet.

6. Fordeler og utfordringer med særmøtene

I tidligere forskning er det fremhevet at særmøtene er en viktig teknikk for å få fremdrift og legge til rette for problemløsning i prosessen. Partene avdekket typisk mer informasjon, og mekleren utfordrer partene aktivt til å komme med forslag til løsninger. Det synes imidlertid å bli tatt som en forutsetning i litteraturen at særmøtene er et hjelpemiddel, og kan brukes for å tjene ulike behov i meklingsprosessen, for eksempel når prosessen stopper opp og konfliktnivået blir for høyt mellom partene. Særmøtene regnes derfor som en teknikk, på linje med aktiv lytting eller evaluering av partenes argumenter, og er ett av meklerens verktøy i meklingsprosessen. Samtidig finner man at partene forsøker å manipulere mekler, og omvendt at mekler er mindre upartisk i særmøtene enn i fellesmøtene. I denne studien avdekket det samme mønsteret. Særmøtene brukes som en arena der mekleren får tilgang på partenes behov, og det brukes mye tid på å utvikle et tillitsforhold mellom parter og mekler som bidrar til at prosessene drives fremover. Relasjonene mellom parter og mekler synes imidlertid å bli *før* gode til tider. Når mekleren i stor grad "vi-er" seg med partene, så er det indikasjoner på at det dannes koalisjoner mellom mekler og parter, og at dette kan bidra til å øke konfliktnivået *mellom* partene. Disse koalisjonene synes å være sterkere enn eksemplene som Welton m.fl. fant i sin studie i 1988. I denne studien er det

eksempler på at meklerin synes å være partisk mot den parten han anser for å ha "rett", og dette er et tema som det er verdt å utforske nærmere, særlig i en praktisk sammenheng. Mekling i domstolene har en særlig utfordring på grunn av at mekleme *egentlig* er dommere. I deres vanlige virke er det nettopp i deres makt å dedusere seg frem til hvem som har rett og hvem som er galt. Lovgiver fokuserer på dette i forarbeidene der det drøftes hvor sentralt det er at man som mekler ikke foretar slike forhåndsavgjørelser og foretar domsprognoser. Dette kan fort bli prematurt siden meklingen foregår på et tidlig stadium av saksforberedelsen. Det jeg har kalt for allianser her knytter seg derfor både til meklers bruk av makt, og det vil kunne føre til en manipulering av partene, der meklerin styrer mot en løsning ved hjelp av alliansene.

I en studie fra 1992 (Welton m.fl.) fant man imidlertid ikke effekter av særmøtene, verken for om det ble inngått en avtale, eller for kvaliteten på avtalen. Dette er også den overordnede konklusjonen til Swaab og Brett (2007), som forklarer dette med at mekleme kanskje bruker særmøtene mer av rutiner enn av behov. Resultatene i denne studien støtter Swaab og Brett (2007) sin antagelse. I samtlige observerte meklinger brukes særmøtene som møteform, og i hovedsak brukes disse møtene som en naturlig del av prosessen, uten at de blir knyttet til spesielle betingelser eller bestemte funksjoner. Teknikken synes å bli brukt fordi den synes å være en akseptert og "vanlig" måte å organisere rettsmeklingene på. Jeg vil derfor trekke en mer vidtgående konklusjon enn Swaab og Brett, og vil påstå at vi har kommet i en situasjon i norske rettsmeklinger der særmøtene har blitt en *rasjonell myte*. Når teknikker blir rasjonelle myter betyr det at det er en klar overforbruk – og antakelig mye *unødvendig* bruk av denne teknikken.

I særmøtene skilles partene i hvert sitt rom (og i telefommeklinger på hvert sitt sted). Særmøter er en form for "shuttle diplomacy", der meklerin pendler mellom partene og driver en form for diplomatisk arbeid. I litteraturen reserveres imidlertid dette begrepet til en aktivitet der partene ikke ønsker, vil eller evner å snakke sammen. I fredsforhandlingene på Camp David er for eksempel begrepet (og teknikken) brukt, der president Carter "skyttet" mellom ledere i Israel og Egypt, etter de direkte forhandlingene brøt sammen. Denne aktiviteten skal ikke iverksettes for det virkelig er behov for dette og partenes kommunikasjon får en destruktiv form. I forskningen finnes det nemlig klare eksempler på at partene kan ha god nytte av å ha direkte kommunikasjon med hverandre. Når de i fellesskap kan utvikle mulige løsninger, med hjelp fra mekler, øker også sannsynligheten for at de i senere situasjoner kan håndtere liknende utfordringer på egen hånd. Det er derfor i alles interesse at partene i så stor grad som mulig kan løse konfliktene sine selv, og særlig i de tilfellene der partene har en videre relasjon. I sin aller enkleste forstand handler nettopp mekling om å legge til rette for god kommunikasjon (Schulz 2006). Ut fra de meklingsene som er observert utnyttes potensialet i direkte kommunikasjon svært lite, og i kun én mekling samles partene igjen etter de er delt i særmøter fra starten av. På bakgrunn av dette er det god

grunn til å utforske nærmere hvordan fellesmøtene kan brukes i mer utstrakt grad som hjelpemiddel underveis i selve meklingsprosessen, og et viktig spørsmål knyttet til dette er hvor bevisste mekleme er de ulike fordelene og ulempene som knytter seg til særretter og fellesretter.

Diskusjonen knyttet til hvordan særretter og fellesretter skal eller bør kombineres, knytter seg opp mot en diskusjon av hva som kan regnes for gode meklingsprosesser. Jeg har definert gode meklingsprosesser som prosesser der partenes interesser og behov blir ivaretatt, i tråd med hva lovgiver beskriver i forarbeidene til tvisteloven (Ot.prp. 41, s. 2 og 7). Herunder inkluderes ivaretagelse av partenes kommunikasjon (Ot.prp. 51, s. 125-126). Den beste måten å avgjøre hvordan ulike meklingsprosesser vurderes er å spørre de involverte partene etter en meklingsprosess. Det har jeg ikke hatt muligheten til som del av denne studien, men vurderingen av prosessene er foretatt ut fra partenes reaksjoner og utsagn i prosessene. Overordnet mener jeg det er uheldig at særrettene blir brukt i så stor grad som det ser ut, nettopp på grunn av begrensningene dette gir i partenes direkte kommunikasjon. Den store utbredelsen av særrettene må kunne sies å være i strid med det som synes å være lovgivers intensjon med ordningen. Likevel synes det å være slik at mekler oppnår partenes tillit i de fleste av prosessene, og dette signaliseres kanskje særlig i de prosessene der mekleme foreslår voldgift, og partene godtar dette, selv om da mekleme har møtt med partene i enkeltram gjennomgående i prosessene. Effekter av tillit er kanskje den mest robuste sammenhengen som er funnet i meklingsforskningen, og det bekreftes også i denne studien, særlig da knyttet til voldgiftsprosessen. I forlengelsen av dette er det imidlertid også viktig med en generell diskusjon knyttet til om voldgift egentlig hører hjemme i den meklingsprosessen som er lovregulert i tvisteloven. Slik jeg vurderer det er tilbud om voldgift langt fra det idealet som lovgiver trekker opp for denne prosessen, og det bør derfor utøves med forsiktighet.

Meklingsprosesser med tilbud om voldgift er én av fem prototypiske meklingsprosesser som er observert i denne studien. I tråd med tidligere forskning er mekleme i hovedsak veldig konsistente i sine teknikkvalg, og de fem prosessene er definert på bakgrunn av meklemes atferd i prosessene. De fem meklingsprosessene er som følger; "rettslige" prosesser, "utforskende" prosesser, "utforskende" prosesser kombinert med voldgift, "tilretteleggende" prosesser og "prutete" prosesser. Dette er nok bare et utvalg av flere tenkelige varianter, men det som synes å kjennetegne de ulike prosessene er variasjon i forhold til hvordan mekleme bruker sin makt, og om de er behovs- eller løsningsorientert. Jeg vil utdype disse to dimensjonene i det videre.

Siden rettsmekling foregår i domstolene, har vi sett at *maktbegrepet* blir sentralt, siden dommerrollen og meklerrollen er svært ulike i sin form. I en dommerrolle har man mye makt, både over prosess og utfall, mens man som mekler i utgangspunktet ikke skal ha makt utover å

kontrollere prosessen. Det synes imidlertid åpenbart at dommermakten tilflytter meklerne i mange av de observerte meklingsene. Flere av meklerne er svært direkte når det gjelder hva de mener om saken og hvilke muligheter de mener at partene har for å vinne frem. Fra evalueringen av prøveordningen vet vi at partene og advokatene legger stor vekt på meklernes synspunkter på saken. Synspunkt fra mekler på hva som synes å være den "riktige" løsningen av en sak vil nok derfor kunne få betydning for hvordan partene vurderer sine muligheter for å nå frem i en potensiell retts sak, og dermed vil de kunne tilpasse seg det mekleren antyder. Makt i relasjonell sammenheng handler om å få andre til gjøre noe de ellers ikke ville gjort (se for eksempel Dahl 1984), og dersom meklere får partene til å gjøre ting de egentlig ikke ønsker, så har vi tilfeller av maktbruk fra meklers side. I studien er det flere eksempler på at dette skjer, men det er klare variasjoner i forhold til hvor vidtgående makten brukes. Noen ganger "bestemmer" meklerne hva man skal fokusere på i meklingsene (for eksempel kun beløp og ikke argumentasjon), mens andre ganger forteller meklerne hva et fornuftig utfall vil være. Maktbruken kan derfor knytte seg til både innhold og utfall i meklingsene, men det gjøres i varierende grad. Det kan derfor være hensiktsmessig å skille mellom høy og lav grad av maktbruk fra meklernes side.

Videre er det variasjon knyttet til om meklerne arbeider med en forståelse av partenes problemer og behov før de løser konfliktene eller om de går direkte til et løsningsfokus. Dette er i tråd med funnene i studien til Kressel m.fl. (1994), som kategoriserte meklere som behovsorienterte ("problem-solving orientation") eller løsningsorienterte ("settlement orientation"). De løsningsorienterte meklerne fokuserte overveiende på hvilke løsninger partene så for seg, mens de behovsorienterte fokuserte først på hvilke interesser eller behov det var viktig å tilfredsstille, før de gikk videre til å utforske mulige løsninger. Meklerne i denne studien synes å passe godt til denne inndelingen, og modellen jeg foreslår blir derfor en utvidet variant av Kressel m.fl. sin kategorisering fra 1994, der maktbegrepet også inkluderes:

Tabell 1: Mekleratferd

Orientering			
		Behovsorientering	Løsningsorientering
Makt	Lav	Utforskende teknikker	Tilretteleggende teknikker
	Høy	Utforskende teknikker, kombinert med voldgift	Frutende teknikker Rettelig fokus

Denne modellen kan bidra til å forklare hvorfor norske rettsmeklingsprosesser blir gjennomført på svært forskjellige vis. Modellen illustrerer også at prosessene kjennetegnes av de teknikkene som brukes, og at prosessene er overraskende konsistente i sin form – enten er det høy grad av

utforskning ved hjelp av evaluering og ulike spørsmålsstillinger, eller så er det høy grad av tilrettelegging eller rettslig fokus.

I mange av meklingsene jobber meklerne aktivt med å forstå problemet før de løser det, mens de i liten grad presser partene mot løsninger. De evaluerer og utfordrer både faktisk og rettslig argumentasjon, men hentyder ikke mot hva som vil være "riktige" løsninger. I meklingslitteraturen har det imidlertid vært en stor debatt om det er en meklers oppgave å bruke evaluerende teknikker. Kovach og Love (1998) kom for eksempel med kraftig kritikk av Riskins modell fra 1996, der de mener at evaluerende teknikker kombinert med rettslig definerte konflikter ikke har noe med meklings å gjøre. Evaluerende tilnærminger blir i nyere forskning funnet å være helt sentralt for meklere, særlig i domstolene (Goldberg m.fl. 2009). Jeg mener at utfordring av partenes argumentasjon, uten at man dermed foregriper hva mulige utfall bør bli, ikke trenger å ha noe med maktbruk å gjøre. Men når man kombinerer evaluering med voldgift, da bruker man nettopp det som har kommet frem i meklingsen som beslutningsgrunnlag, samtidig som man fratrar partene alle rettsikkerhetsgarantier. Slike prosesser regnes derfor å være preget av maktbruk. Voldgiftsordningen kan selvsagt kombineres med alle de forskjellige prosessene som er nevnt, men i dette utvalget er kun brukt i de prosessene der mekleren i forkant har utforsket hva konfliktene har handlet om, og tilbudet er fundert i partenes behov for å bli ferdige med saken.

Det regnes også som høy grad av makt når mekleren kun fokuserer på beløp, og partene ikke får gå inn i argumentasjonen som knytter seg til dette. Mekleren blir dermed svært styrende i forhold til hva innholdet og løsningene i meklingsene skal være. I samme kategori kommer også det som er kalt for de rettslige prosessene. I begge disse prosessene bestemmer mekler hva fokuset skal være (beløp – rettslig fokus), og partene blir dermed svært reaktive i prosessen. I en tilretteleggende prosess, der mekleren fungerer mest som mikrofonstativ, styrer mekleren dem mot en løsning, men kun dersom partene bidrar selv. Fokuset er her løsningen og ikke problemet i seg selv. Her blir hele prosessen avhengig av hva partene selv får til.

Tidligere modeller har beskrevet mekleratferd på andre måter, Riskin (1996) skiller mellom evaluerende og tilretteleggende tilnærminger på den ene siden og smal og bred definering av konflikter på den andre siden. Denne modellen kan et stykke på vei forklare noe av mekleratferden som er funnet i denne studien, men en sentral mangel ved Riskins modell, mener jeg er forklaringsfaktorer på hvorfor meklers teknikkvalg blir som de blir. Modellen gir lite grunnlag for refleksjon i forhold til hva det er som skaper variasjon i ulike meklingsprosesser.

Når det skal jobbes videre med å utvikle kvaliteten på den norske rettsmeklingsordningen kan de to ulike dimensjonene (makt og meklerorientering) være et godt utgangspunkt for diskusjon av

hva som bør kjennetegne forsvarlige meklingsprosesser, og hvordan meklerne kan bevisstgjøre dette. Det er helt klart et behov for både opplæring og videreutdanning av meklere, men det er også et behov for et etisk rammeverk som kan regulere den norske rettsmeklingsordningen. Dette vil etter min vurdering være avgjørende for at den norske rettsmeklingsordningen skal bevare sin legitimitet.

Litteraturliste:

- Alfini, J.J. (1999). Risk of coercion too great. Judges should not mediate cases assigned to them for trial. *Dispute Resolution Magazine*, Fall 1999, s. 11-24. Austbø, A. og Engebretsen, G. (2006). *Mekling i rettskonflikter. Rettsmekling, meklings ved advokater og meklings i forlikkrådene og konfliktrådene*. 2. utgave. Cappelen Akademisk Forlag. Billikopf-Encina, G. (2002). Narrative mediation: A new approach to conflict resolution. *International Journal of Conflict Management*, 13 (1), s. 100-104. Brahm, E. og Burgess, H. (2003). Shuttle Diplomacy. Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Research Consortium, University of Colorado, Boulder. Brett, J.M., Dneqhe, R., og Shapiro, D.L. (1986). Mediator style and mediation effectiveness. *Negotiation Journal-on the Process of Dispute Settlement*, 2 (3), s. 277-285. Brett, J.M., Barsness, Z.I., og Goldberg, S.B. (1996). The effectiveness of mediation: An independent analysis of cases handled by four major service providers. *Negotiation Journal-on the Process of Dispute Settlement*, 12 (3), s. 259-269. Dahl, R.A. (1984). *Modern political analysis*. Englewood Cliff: Prentice Hall International, 4. utgave. Fangen, K. (2004). *Deltagende observasjon*. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS. Fisher, R., Ury, W. og Patton, B. (2001). *Getting to yes*. New York: Penguin. 2. utgave. Fisher, R., & Shapiro, D. (2005). *Beyond reason: using emotions as you negotiate*. New York: Viking. Geertz, C. (1973). *The interpretation of cultures*. Basic Books, New York. Goldberg, S.B. (2005). The secrets of successful mediators. *Negotiation Journal*, 21 (3), s. 365-376. Goldberg, S.B., & Shaw, M.L. (2007). The secrets of successful (and unsuccessful) mediators continued: Studies two and three. *Negotiation Journal*, 23(4), s. 393-418. Goldberg, S.B., Shaw, M.L. & Brett, J.M. (2009). What difference does a robe make? Comparing mediators with and without prior judicial experience. *Negotiation Journal*, 25, (3), s. 277-305. Kjelland-Mørde, K., Anker, C., Gammegård, P., Rolland, A.L.H., & Steen, K.S. (2008). *Konflikter, meklings og rettsmekling*. Universitetsforlaget. Knoff, R.H. (2001). *Raskere, billigere, vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling*. Rapport for jusdepartementet. <http://www.dknoff.no/Rapporter/R1571D.pdf> Kovach, K.K. og Love, L.P. (1998). Mapping mediation: The risks of Riskin's grid. *Harvard Negotiation Law Review*, 3, s. 71-110. Kovach, K.K. (2005). Mediation. I M.L. Moffitt og R.C. Bordone (red.): *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco, Jossey Bass Publishers, s. 304-317. Kressel, K., Frontera, B.A., Fodenza, S., Butler, F. og Fish, F. (1994). The settlement orientation vs. the problem-solving style in custody mediation. *Journal of Social Issues*, 50, s. 67-84. Lind, E.A. og Tyler, T.R. (1988). *The social psychology of procedural justice*. New York, Plenum Press. Lind, E.A., Kulik, C.A., Ambrose, M og de Vera Park, M.V. (1993). Individual and corporate dispute resolution: Using procedural fairness as a decision heuristic. *Administrative Science Quarterly*, 38, s. 224-251. Meyer, J.W., og Rowan, B. (1977). Institutionalized organizations – formal structure as myth and ceremony. *American Journal of Sociology*, 83(2), s. 340-363. Moore, C.W. (1987). Private meetings that promote settlement. *Mediation Quarterly*, (16), s. 87-101. Mykland, S., Rognes, J.K., Sky, P.K., Hoddevik, C. og Laskemoen, L.M. (2009). En studie av rettsforlik i norske tingretter. Om konflikttransformasjon i rettsmeklingsprosessen. *Kart og Plan*, 69, s. 236-244. Patton, M.Q. (1990). *Qualitative evaluation and research methods*, 2. utgave, Sage publications, California. Pruitt, D.G., Peirce, R.S., McGillicuddy, N.B., Welton, G.L., og Castrianno, L.M. (1993). Long-term success in mediation. *Law and Human Behaviors*, 3, s. 313-330. Riskin, L.L. (1996). Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*. Rognes, J.K. og Sky, P.K. (2003). Intervention methods in land disputes. *European Planning Studies*, 11 (8), s. 965-978. Rognes, J.K. (2008). *Forhandlinger*. Oslo: Universitetsforlaget. 3. Utgave. Sander, F.B.A. (1999). A Friendly Amendment. *Dispute Resolution Magazine*, Fall 1999, s. 11, 22, 24. Schulz, J.L. (2006). Confectionery and conflict resolution? What Chocolate reveals about mediation. *Negotiation Journal*, 22 (3), s. 251-277. Sherif, M. (1966). *Group conflict and co operation: their social psychology*. London: Routhledge & Kegan Paul Ltd. Swaab, R. og Brett, J.M. (2007). Caucus with care: The impact of pre-mediation caucuses on conflict resolution. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1080622 Thibaut, J.W. og Walker, L. (1975). *Procedural Justice: A psychological analysis*. Hillsdale, NJ: Erlbaum. Welton, G.L., Pruitt, D.G., og McGillicuddy, N.B. (1988). The role of caucusing in community mediation. *Journal of Conflict Resolution*, 32(1), s. 181-202. Welton, G.L., Pruitt, D.G., McGillicuddy, N.B., Ippolito, C.A., og Zubek, J.M. (1992). Antecedents and characteristics of caucusing in community mediation. *International Journal of Conflict Management*, 4, s. 303-317.

11.0. Konklusjoner og implikasjoner

*“There is a place beyond rightness and wrongness, I’ll meet you there.”
M.B. Rosenberg*

I dette avsluttende kapitlet trekker jeg hovedkonklusjonene i avhandlingen. Jeg drøfter deretter implikasjoner av studien, der jeg starter med praktiske implikasjoner som inkluderer en drøfting av rettssikkerhetsmessige utfordringer i norsk rettsmeklingsammenheng. Deretter beskriver jeg teoretiske og forskningsmessige implikasjoner som kan utledes av funnene. Helt til slutt beskriver jeg kort noen styrker og svakheter ved studien.

11.1. Hovedkonklusjoner

Et overordnet funn i denne studien er betydningen som de rettslige rammene synes å ha for mekleratferd i norske domstoler. I kapittel 5 har jeg oppsummert dette, og konklusjonen er at den juridiske tilnærmingen viser seg både i meklernes introduksjoner, definisjoner og språkbruk, og som oftest i kombinasjon med særmøtene. Samtidig ser vi at mange av prosessene preges av en god relasjon mellom parter og mekler, og dette synes å gå på bekostning av relasjonen til partene seg i mellom. Et sentralt poeng er at prosessene vil kunne vurderes som gode eller mindre gode, avhengig av hvilke kriterier som legges til grunn. Jeg har vurdert hvordan prosessenes vurdering varierer avhengig av om man fokuserer på om det inngås avtaler, om de kommunikasjonsmessige aspektene blir ivare tatt mellom partene eller om man fokuserer på prosedyremessig rettferdighet og hvordan partene blir behandlet av meklerne i prosessene. Et gjennomgående trekk ved de observerte meklingsene er imidlertid at det i svært liten grad blir tilrettelagt for direkte kommunikasjon mellom partene.

Meklernes språkbruk har blitt utforsket gjennom å identifisere, beskrive og analysere metaforbruken i språket. Analysene viser at meklerne varierer i forhold til hvor fleksible de er i språkbruken sin. Det synes også å være slik at språkvalget kan være et svært viktig verktøy for meklerne, og at en bevissthet rundt språkets makt kan være viktige bidrag for meklerne å ha med seg.

Jeg har også utviklet en modell for mekleratferd, som kan bidra til å forklare hva det er som påvirker og fører til at vi får ulike typer mekleratferd. På bakgrunn av teori og observasjoner synes det å være slik at meklerne bruker ulike tilnærminger i meklingsprosessene avhengig av om de er behovsorienterte eller løsningsorienterte, og om det utøves lav eller høy grad av makt. Maktaspektene synes å komme fra dommerrollen, som innebærer at meklerne benytter sin

rettslige kompetanse til å fortelle partene hva som er ”rett” i den enkelte sak, eller at meklerne tilbyr voldgift for å få avsluttet saken. I tillegg er det et varierende fokus fra meklerne i forhold til hvor mye de utforsker partenes behov før de fokuserer på løsninger. Modellen vil kunne fungere som et utgangspunkt for diskusjon, både i forhold til hva som påvirker mekleres atferd, men også for hva som *bør* være ønskelig mekleratferd i norske domstoler. Modellen vil imidlertid være best egnet for å forklare mekleratferd i situasjoner der mekleren faktisk har en autoritet over partene (som for eksempel en dommer eller en leder har), som gir muligheter for å utøve makt over partene i meklingen. Selv om prosessene i stor grad preges av de rettslige rammene, synes likevel mange av meklerene å være utforskende i sine tilnærminger, og majoriteten synes å fokusere på partenes behov, før de fokuserer på mulige løsninger for partene. Ut fra disse femten meklingene synes derfor maktutøvelsen over partene å være mindre enn det man kanskje kunne anta. Samtidig er det slående at det er så stor variasjon i meklernes ulike tilnærminger. Det er stor spennvidde mellom den helt tilretteleggende mekleren på den ene siden – og den veldig rettslig orienterte mekleren på den andre siden. Den store variasjonsbredden i meklernes tilnærminger gjør det vanskelig å definere konkret hva det er som karakteriserer norsk rettsmekleratferd. På denne bakgrunn kan det kanskje også være naturlig for lovgiver å definere klarere hvilken type rettsmekleratferd som faktisk er ønskelig i norske domstoler.

Det er ikke overraskende at det finnes utstrakt bruk av rettslige teknikker i rettslige meklinger. Dette kan forklares ved at meklerne er utdannet jurister, og at de har liten grad av opplæring i meklingsfaget. Internasjonale studier indikerer også at mange rettslige meklere er rettslige i sin tilnærming til konfliktene de skal håndtere. En sentral utfordring er imidlertid kombinasjonen av særmøter og rettslige teknikker, og særlig der det utøves makt over partene på forskjellige måter. Dersom det er slik at de rettslige prosessene i mange tilfeller beholdes, og den avgjørende forskjellen mellom rettsmekling og ordinær rettslig behandling er at prosessene foregår i særmøter, vil dette kunne skape utfordringer for partenes rettssikkerhet. I innledningen til de praktiske implikasjonene vil jeg derfor drøfte ulike rettssikkerhetsmessige utfordringer, før jeg oppsummerer med konkrete implikasjoner av dette.

11.2. Praktiske implikasjoner

Rettsmekling utøves hver dag av en rekke ulike meklere i domstoler over hele landet. Et viktig praktisk tema er hvordan partene i praksis blir ivaretatt på best mulig måte i rettsmeklinger. I meklingslitteraturen foregår det en debatt knyttet til mekleratferd og rettssikkerhet, og jeg vil drøfte dette i tilknytning til dette prosjektet, før jeg gir konkrete råd til praktiske implikasjoner.

I nordisk sammenheng er det tydelig presisert at rettsmekling skal være et *alternativt* tilbud til rettslig behandling. Siden tilbudet er et *alternativ til* og i utgangspunktet ikke en *variant av* ordinær domstolsbehandling, vil det sannsynligvis ikke være naturlig å overføre de generelle, prosessuelle grunnprinsipper fra den ordinære domstolsbehandlingen til rettsmeklingsalternativet. En direkte overføring av rettssikkerhetsprinsippene ville vært ulogisk av flere grunner. Rettssikkerhet handler blant annet om en sikkerhet for at uskyldige mennesker ikke skal dømmes, og at det eksisterer tydelige krav til våre dømmende organer, som skal sikre oss at vi blant annet får så *riktig, forsvarlig og forutsigbar* behandling som mulig (Skoghøy 2001; Bernt og Mæhle 2007). Begrepet rettssikkerhet er derfor i utgangspunktet reservert for situasjoner der man kan bli utsatt for feilaktig behandling av den dømmende makt.

Det alternative ved rettsmekling, i forhold til ordinær domstolsbehandling, kjennetegnes for eksempel ved at beslutningskontrollen er flyttet fra mekleren (som egentlig er dommer) til partene. Ansvar for ”riktigheten” i beslutningene er derfor overført fra dommeren til partenes eget skjønn, og mange av de typiske utfordringene som man kan møte på i ordinære domstolsprosesser vil derfor ikke være til stede i rettsmeklinger, vel og merke dersom rettsmeklinger blir utført på en måte slik at det faktisk *er* partene som tar avgjørelsene selv, og de ikke blir presset inn i avgjørelser de egentlig ikke ønsker. Hvis vi starter med å ta utgangspunkt i at rettsmeklinger *er* et alternativ, og at det *ikke* foretas avgjørelser fra tredjeparter i disse meklingsene, da er rettssikkerhetsgarantier i utgangspunktet overflødige for disse prosessene. Dette er konklusjonen som både Vindeløv (2007) og Knuts (2006) også kommer med i sine drøftinger av rettssikkerhet og rettsmekling. Lindell (2006:228) går så langt at han hevder at rettssikkerhetsgarantier vil kunne true hurtigheten og fleksibiliteten i rettsmeklingsordningen, og at det ikke er mulig å opprettholde kravet til partenes selvbestemmelse på den ene siden, og en tilfredsstillelse av hele apparatet av rettssikkerhetsgarantier på den andre siden. I tråd med tankegodset til Nils Christie (1977) skal prinsippet om å gi konfliktene tilbake til folket føre til at behandlingen av konfliktene også blir enklere.⁴⁰ Omstendeligheten i de rettslige prosessene kommer jo nettopp av det komplekse nettet av hensyn som skal tas både til offentlighet og motpart i domstolsprosesser, og jeg støtter meg derfor til Lindells argumentasjon her.

Lindell argumenterer også for at en innføring av rettssikkerhetsgarantier for rettsmeklingsordningen vil kunne føre til en situasjon der rettsmekling blir integrert i domstolsvirksomheten på en slik måte at man står i fare for å miste det *alternative* ved ordningen.

⁴⁰ Se appendiks kapittel 1.2. for en oversikt.

Lindell sier: *Kopplas förfarandegarantier till domstolsanknuten medling risikerar uppenbarligen samma misstag att upprepas och folk kommer till att börja söka efter alternativ till alternativet* (Lindell 2006:215). En viktig utfordring med rettsmeklingsordningen er at meklingen er så tett knyttet til domstolene at den på sikt kan forsvinne *inn* i den ordinære domstolsordningen, om man ikke hegner godt om grunnprinsippene som den bygger på. Ordningen utføres i all hovedsak av meklere som egentlig er dommere, og dersom meklere utenfra domstolene brukes, så er det oftest jurister som kobles til de eksterne utvalgene. I tillegg vet vi at opplæringen i mekling er marginal, og i mange tilfeller (i alle fall i norsk sammenheng) ikke nødvendigvis gjennomført før dommerne starter med å praktisere rettsmekling. Slik jeg ser det er kompetansekravet, eller mangelen på kompetansekrav noe av det som kan føre til at Lindells spådommer kan slå til, nemlig at meklingen kan ende opp med å miste sitt alternative preg, og at folk da begynner å lete etter alternativ til alternativet. Jeg vil drøfte dette nærmere i neste avsnitt. Sannsynligvis var det dette som skjedde med voldgiftsordningen, som i dag har endt opp som et alternativ som antakelig i mange tilfeller er mye dyrere og mer komplisert enn ordinær domstolsbehandling (Kovach og Love 1998).

I appendiks kapittel 1.10. diskuterer jeg hva som er betingelsene for at det etableres en profesjon. Betingelser for dette er blant annet godkjente utdanningsforløp og etiske retningslinjer som regulerer rammene for akseptabel atferd. I domstolene er det kompetansekrav til *dommerne*,⁴¹ og det kreves juridikum med beste eller nest beste karakter for å kunne bli dommer. Siden mekling ikke er et obligatorisk fag på norske jusstudier, så kan ikke det generelle karakterkravet til dommere sikre at dommerne også har kompetanse i meklingsfaget. En sentral utfordring ved selve *rettsmeklingsystemet* kan derfor hevdes å være mangelen på kompetansekrav til de som praktiserer rettsmekling. Manglende kompetanse *kan* føre til uforsvarlige prosesser, eller meklingsprosesser som ikke er i samsvar med det meklingsteoretiske grunnlaget som ligger til grunn for ordningen. Indirekte kan derfor dette få konsekvenser for partene som kommer til mekling. Knuts (2006:235) konkluderer også i sin avhandling med at *dersom* det skal være rettssikkerhetsgarantier knyttet til rettslig mekling, bør disse utformes slik at de sikrer rettsmeklingsordningens legitimitet, og ikke primært partenes rettssikkerhet. Kompetansekrav til meklere vil typisk være et tiltak som kan bidra til å sikre ordningens legitimitet, fordi det også vil kunne være et bidrag til å profesjonalisere meklingsordningen (Welsh 2005). Indirekte vil imidlertid dette også føre til en sikring av partene som bruker ordningen.

⁴¹ Jf. domstolsloven (dstl.) § 54.

I evalueringen av prøveordningen med rettsmekling i Norge var det ca 75 % som rapporterte at de hadde fått økt sin tillit til domstolene etter de hadde vært til rettsmekling (Knoff 2001:116). Dette er bra, men det er grunn til å merke seg at hele 25 % rapporterte at de hadde *mistet* tilliten til domstolssystemet etter denne meklingen, og det er en betydelig andel når man ser ordningen under ett. Knuts påpeker i sin avhandling at siden rettsmekling er så tett knyttet til domstolene vil en forsvarlig rettsmeklingsordning være avgjørende for å sikre allmennhetens tiltro til domstolssystemet generelt. En kvalitetssikring av meklingsordningen vil derfor være en måte å sikre legitimiteten både til rettsmeklingsinstituttet og domstolene. Mangel på kvalitetssikrende tiltak av rettsmeklingsordningen kan være svært negativt for domstolene våre generelt, men selvsagt også for partene som bruker ordningen spesielt.

I starten av kapitlet forutsatte jeg at det var ulogisk å knytte rettssikkerhetsgarantier til en prosess der partene selv har ansvaret for de beslutningene som fattes. Selv om dette er utgangspunktet vet vi, både fra evalueringen av den norske prøveordningen, og fra studien som jeg har gjennomført, at det er svært mye rettslig atferd fra meklernes side i rettsmeklingene. Dersom partene kommer til en enighet, nedfelles utfallet i en rettsmekling i et rettsforlik. Slike forlik kan ikke ankes. Rettsforlikene må eventuelt angripes ved ugyldighetssøksmål for å få endret eller gjort dem om.⁴² Studien min viser at det i flere tilfeller også blir tilbudt voldgift i rettsmeklingene for å få avsluttet konflikten mellom partene. Utfallet nedfelles imidlertid i all hovedsak i et rettsforlik, slik at en kobling mellom voldgift og rettsmekling, kan føre til situasjoner der partene i realiteten mister beslutningskontrollen og samtidig mister ankeretten og rettssikkerhetsgarantiene. Dette er eksempler på at rettsmeklingene kan tendere mot å bli *forenklede* rettslige prosesser, heller enn *alternative* prosesser, som er selve utgangspunktet for ordningen.

I tillegg vet vi at det som kjennetegner norske rettsmeklinger er den store utbredelsen av særretter i meklingsprosessen. Det er nedfelt i tvisteloven § 8-5 første ledd at det grunnleggende prinsippet om kontradiksjon kan brytes, slik at dette er en legitim og vanlig teknikk i rettsmeklingsammenheng. Både Knuts (2006) og Vindeløv (2007) trekker frem bruddet på det kontradiktoriske prinsipp som sentrale utfordringer i rettsmeklingsordningen. Knuts (2006:144) konkluderer imidlertid med at meklere kan unngå at særrettene blir et problem gjennom omsorgsfull prosessveiledning. Det sentrale er at partene forstår hva disse møtene innebærer, og at meklere selv er tilbakeholdne og i hovedsak lytter til partene i disse møtene. Vindeløv (2007) mener på generelt grunnlag at det sentrale er hvilken atferd meklere utøver i det lukkede rom,

⁴² Jf. tvl. § 19-12 andre ledd.

og at meklerne skal avholde seg fra å komme med evalueringer og løsningsforslag, enten det er i særmøter eller i fellesmøter. Meklernes *atferd* trekkes her frem som det sentrale elementet som avgjør om særmøter kan gi rettssikkerhetsutfordringer i rettsmeklingsprosessen.

En utfordring er å få kommunisert til meklingspraktikere hva ønskelig og forsvarlig mekleratferd egentlig er. Verken tvisteloven, tvistelovsforskriften eller forskriften til prøveordningen med rettsmekling gir gode svar på dette, tvert i mot har meklerne svært frie rammer til å utøve den mekleratferd de måtte ønske, selvsagt innenfor begrensningene som reglene om god dommerskikk gir.⁴³ Professor Frank Sander (2001), ADR-begrepet ”far”, påpeker at kvantitativ økning av en ordning kan føre til kvalitativ forringelse av den samme ordningen, særlig dersom det ikke følges opp med et bredt spekter av kvalitetssikrende virkemidler. Når det i evalueringen av prøveordningen ble funnet å være svært utbredt bruk av evaluerende tilnærminger, og funnene fra min studie også indikerer at de norske rettsmeklerne er svært påvirket av sin rettslige bakgrunn, er det ingen grunn til å tro at dette ble mindre utbredt når ordningen ble lovfestet gjennom tvisteloven, og rammevilkårene i praksis ble svært lite endret i forhold til regelverket som regulerte prøveordningen.

På bakgrunn av de rapporterte funnene i denne avhandlingen, vil et sentralt fokus for å utvikle rettsmeklingsordningen videre være å legge til rette for forsvarlige *rammer* for rettsmeklingsordningen. På en slik måte kan det langt på vei unngås situasjoner der partenes rettssikkerhet utfordres i rettslige meklinger. En helt grunnleggende forutsetning for å få forsvarlige rammer, er at det finnes en etablert forståelse av hva rettsmekling egentlig er, og at det er en forståelse av dette hos de aktørene som skal utøve ordningen i praksis. Tiltak som kan bidra til å avhjelpe disse utfordringene er: (1) Et ytterligere fokus på opplæring av meklere, (2) Utvikling av større opplæringstilbud i meklingsfaget, (3) Etske retningslinjer for rettsmeklingsordningen, og (4) Økt diversitet i yrkesbakgrunnen til norske rettsmeklere. Jeg vil kort gå gjennom disse punktene:

(1) Et ytterligere fokus på opplæring av meklere. For å sikre at rettsmekling blir et alternativ til ordinær domstolsbehandling, er det sentralt at meklerne har så god kompetanse på meklingsfaget som mulig. Mekleropplæringen bør derfor gjøres obligatorisk *før* man kan starte med å mekle, og opplæringsdelen kan også med fordel utvides. To dagers opplæring er svært lite i forhold til seks år med generell juridisk utdanning, og danskenes modell med syv dager kan

⁴³ Jf. dstl. § 55 tredje ledd og § 236.

kanskje være en ordning til inspirasjon. Videreutdanning er også et element som med fordel kan utvikles videre i norsk sammenheng. Kurs eller samlinger med fokus på utvalgte emner i meklingsfaget kan bidra til å øke kunnskapsnivået om meklingsfaget, men det kan samtidig ha en bevisstgjørende effekt på praktiserende meklere. I artikkel 3 om meklernes språkbruk er dette drøftet spesielt. En fleksibilitet i meklernes språkbruk kan bidra til å understreke selve fleksibiliteten i meklingsprosessen. En bevissthet rundt hvordan man kan bruke språket som aktivt virkemiddel i rettsmeklingsprosessen kan derfor være et viktig bidrag til meklernes verktøykasse. Selve bevisstgjøringen av mekleratferd er svært sentralt i en opplæringsprosess, for det er først når man er bevisst sin atferd at man får mulighet til å endre eller forbedre de konkrete valgene. Min studie finner, i tråd med tidligere meklingsforskning, at meklere er mer stabile enn fleksible i sine atferdsvalg, og en ytterligere opplæring og bevisstgjøring av atferd kan tenkes å bidra til økt fokus på tilpasning av både språk, prosedyrer og andre teknikker for å gjøre meklingsprosessene best mulig.

(2) Utvikling av ytterligere opplæringstilbud i meklingsfaget. Opplæring av meklere betinger at det faktisk finnes konkrete opplæringstilbud som kan tilbys. Dagens opplæringsprogram gir meklerne en god innføring i noen grunnprinsipper for meklingsprosessen. Det mangler imidlertid systematiske tilbud for videreutdanning av meklere som ønsker dette. Etter mitt syn bør det snarest settes i gang med en slik type utvikling for å kvalitetssikre meklerne i rettsmeklingsordningen på best mulig måte. Disse opplæringstilbudene bør være varierte, og kanskje kan det utvikles et veiledningstilbud for meklere, som kan være tilgjengelig for meklere som har behov for å diskutere sentrale utfordringer og dilemma som de møter i sin praksis. I Danmark finnes det varianter av dette.

(3) Etske retningslinjer. For å definere tydeligere rammene for hva som regnes som akseptabel og forsvarlig mekleratferd er det et klart behov for nedskrevne, vedtatte, etiske retningslinjer for rettsmekleres atferd. Slike konkrete retningslinjer er et godt tegn på at en profesjon er i ferd med å etablere seg og konsolidere seg. En viktig utfordring i rettsmeklingene er nettopp når meklernes atferd blir for juridisk preget, og det derved utøves utilbørlig makt over partene i meklingsene. I verste fall kan dette true partenes rettssikkerhet, særlig siden rettsmeklingsprosessen ikke har et rettssikkerhetsnett rundt seg slik ordningen er i dag. Dette er også grundig redegjort for i appendiks. Det vil ikke være naturlig å knytte de sivilrettslige grunnprosessene til rettsmeklingsordningen, blant annet fordi beslutningskontrollen er flyttet fra mekler (dommer) til partene (Knuts 2006; Vindeløv 2007). Etske retningslinjer vil imidlertid kunne bidra til rammer

som kan bidra til en avgrensning og regulering av hva som kan kjennetegnes som forsvarlig rettsmekleratferd.

(4) Økt diversitet i rettsmeklingskorpset. Gjennom tvisteloven er det allerede gjort obligatorisk at alle domstoler skal ha eksterne utvalg for rettsmeklere, jf. tvl. § 8-4 andre ledd. Tradisjonelt har det primært vært advokater i disse utvalgene, men i følge tvl. § 8-4 fjerde ledd er det påkrevet at utvalget som domstolen har av eksterne meklere, samlet skal dekke den fagkyndighet som trengs ved domstolen for rettsmekling. Dette betyr i prinsippet at yrkesgrupper som psykologer, bygnings sakkyndige, økonomer eller ingeniører, kan tenkes å gi viktige bidrag til domstolen når det gjelder relevant kompetanse for sakstypene som kan rettsmekles. De eksterne utvalgene har imidlertid blitt brukt i liten grad i domstolene, og det typiske har vært at domstolenes dommere selv har meklet de aktuelle sakene. Dersom disse utvalgene faktisk hadde blitt brukt, kunne man tenke seg at man i større grad kunne brukt dem som virkemiddel for å påvirke rettsmeklingsordningen. En større diversitet, og en konsolidering av slike utvalg, gjennom felles opplæring og ulike former for samlinger, kunne gi grunnlag for læring på tvers mellom slike grupper.

11.3. Teoretiske og forskningsmessige implikasjoner

Formålet med denne avhandlingen var å utvikle innsikt i særlige kjennetegn ved rettsmekleres atferd, og mulige implikasjoner som denne atferden kan ha på parter og prosess. Denne innsikten har teoretiske implikasjoner, fordi det i avhandlingen gis utførlige beskrivelser av en spesiell meklingsordning, av *atferden* som kan finnes der, og det utforskes hvilken *betydning* denne atferden kan ha. Innsikten som er utviklet i dette prosjektet vil også kunne ha forskningsmessige implikasjoner, fordi fenomenene som er identifisert, beskrevet og drøftet vil gi muligheter for ytterligere utforskning av både fenomenene og mulige sammenhenger mellom disse.

Som vi har sett er det etterlyst mer innsikt i hva som faktisk skjer i ulike meklingsordninger (Wall og Chan-Serafin 2009), og min studie bidrar med en konkret beskrivelse av en ordning som har spesielle rammevilkår, og beskrivelser av hva som kjennetegner meklernes atferd innenfor denne typen ordning. Dette er også nytt i norsk sammenheng, der vi tidligere har lite empiriske studier av ulike meklingsordninger. I appendiks er det gjort grundig rede for rammene for meklingsordningen, den historiske utviklingen og evalueringen av prøveordningen med rettsmekling. På denne bakgrunn har jeg også drøftet hvordan rettsmeklingsordningen kan utvikles videre på en slik måte at den ivaretar et samfunnsmessig behov for alternativ tvisteløsning. På bakgrunn av studien synes det også å være interessant å utforske

rettssikkerhetsbegrepet i tilknytning til rettsmekling i større grad, både teoretisk og praktisk. Teoretisk kunne vi fått en avklaring av hvordan rettssikkerhet faktisk skal eller bør defineres i forhold til rettsmeklingsordningen. Som vi har sett i drøftingene over er det grunn til å tro at det er ulike oppfatninger av hvordan rettssikkerhet skal knyttes til rettslige meklinger. Et interessant fenomen for praksis er derfor å utforske hvordan praktiserende rettsmeklere definerer og forstår rettssikkerhet i rettsmeklingssammenheng. Det kan tenkes at ulike forståelser av rettssikkerhetsbegrepet vil kunne påvirke mekleratferden som utøves. Bruk av fokusgrupper kunne vært en interessant tilnærming for å utforske dette videre.

I avhandlingen har jeg anvendt begreper og teoretiske sammenhenger fra andre fagfelt for å utvikle forståelse for fenomener i rettsmeklingsprosessen. Den kognitive metafor-teorien har ikke tidligere vært anvendt i meklings-sammenheng, og resultatene i denne studien illustrerer hvordan denne teoretiske retningen kan bidra til å utvikle forståelse for meklernes språkbruk og deres implikasjoner. Ved å lete etter språklige uttrykk som reflekterer meklernes måte å tenke på, har man fått et nytt verktøy for å studere meklernes språk. Utforskningen av meklernes tankestrukturer, som metaforene i følge den kognitive teorien er et bilde på, avdekket variasjoner i hvor fleksible de ulike meklerne var i måten å tenke og bruke språket på. Definisjonen av metaforer, som et virkemiddel i tankeprosesser, og ikke bare som prosaiske, språklige bilder, er en ny teoretisk måte å tenke på metaforer i meklings-sammenheng. I analysene som er gjennomført i denne studien har jeg imidlertid kun utforsket meklernes metaforer. Nyere studier indikerer at *partenes* bidrag til prosessene synes å være like betydelige for å forme prosessene som det meklernes bidrag er. Videre studier kunne derfor utforsket både meklere og parters metaforer, og man kunne for eksempel utforsket om det er slik at meklernes metaforer og språkbruk vel så mye er en funksjon av partenes innspill og språk, som av meklernes bakgrunn og utdanning. Partenes metaforer - og disse metaforenes betydning for meklernes språkbruk og utviklingen i innholdet i meklingsprosessene som sådan, synes derfor å være et spennende tema for videre utforskning. For å utforske dette er det imidlertid behov for ytterligere observasjoner av meklingsprosesser, evt. en mulighet for å ta meklingsprosesser opp på bånd/video.

Anvendelsen av den kognitivt lingvistiske metafor-teorien i en meklings-sammenheng bidrar også til å vise metafor-teoriens anvendelse i forskjellige situasjoner. Dette illustrerer teoriens overførbarhet, og dette kan sies å være et bidrag tilbake til metafor-teorien.

Anvendelsen av den kognitive problemløsningsteorien har også vært et viktig teoretisk bidrag til meklingslitteraturen fra denne studien. Ved å se på mekling som en avansert form for problemløsning, der flere parter er involvert og informasjonstilgangen er asymmetrisk, har jeg bidratt til å teoretisere begrepet ”konfliktdefinerings” som et eget fenomen og begrep som kan utforskes i ytterligere grad. Jeg har også lagt til rette for å utforske betydningen som definerings kan ha, ved å foreslå et eksperimentelt design for å utforske sammenhengen mellom konfliktdefinerings og meklingsutfall. Klassifiseringen av introduksjonsforedraget, som enten informativt eller pedagogisk, er også et bidrag til teoretisering av introduksjonsforedraget til meklere som et eget fenomen som kan utforskes i videre studier. Man kan tenke seg studier, igjen eksperimentelt, der meklere varierer mellom å gi informerende eller pedagogiske introduksjoner, og dette kan da vurderes – enten ved å utforske partenes reaksjoner på dette, og/eller ved å teste om dette kan ha betydning for de utfallene som oppnås. Betydningen som den innledende fasen synes å ha, medfører også at det kan være interessant å utforske aktiviteter som skjer forut for selve meklingsmøtet. Har det noen betydning hvilken informasjon parter (og eventuelt advokater) får i forkant av meklingsmøtet? Er det slik at også denne informasjonen varierer (eller kan variere) mellom å være pedagogisk og informativ? Og kan det tilføre rettsmeklingsprosessen noe positivt å utvikle standardiserte skrivelser basert på en analyse av hva det er som faktisk er viktig for partene i de tidlige prosessene? I forhold til de forberedende og innledende fasene i meklingsprosessene er det svært mange interessante og ubesvarte spørsmål som kan utforskes videre både teoretisk og praktisk.

Anvendelsen av innsikt og begreper fra problemløsningslitteraturen i meklingssammenheng, kan også gi bidrag tilbake problemløsningslitteraturen. Ved å definere mekling som en avansert form for problemløsning, utvider man perspektivet i problemløsningslitteraturen. Studiene i kreativitets- og problemløsningssituasjoner har i hovedsak foregått ved å utforske hvordan enkeltindivid kan nyttiggjøre seg aktiviteter knyttet til for eksempel definerings (Runco 1994). Studier har også utforsket problemløsning i grupper, men meklingssituasjonen er, så vidt jeg vet, ikke nevnt som en egen problemløsningsform i denne litteraturen. Man kan derfor se for seg at et fokus på mekling som problemløsning kan gi et utvidet perspektiv på hva problemløsning egentlig kan være. I problemløsningssituasjoner som foregår i grupper vil det være mange muligheter for konflikter. Forskningen på homogene og heterogene grupper finner at heterogene grupper typisk er mest kreative, men at det i disse gruppene er mest prosessstap (Steiner 1972). De ulike meklerverktøyene, som det for eksempel er fokusert på i denne studien, kan også anvendes i problemløsningssammenheng, der man oppnevner egne meklere i problemløsningsgrupper.

Meklerne kan bidra til å redusere prosessstapet, ved at man får noen som bidrar til å sikre at de deltakende partene har en felles virkelighetsoppfattelse. Mekleren kan også bidra til å organisere prosessen og hjelpe til med at det brukes tilstrekkelig tid på definerings, før man går videre til å generere alternativer og finne løsninger. Dersom det oppstår konkrete konflikter underveis i prosessen vil man da også ha en aktør som kan håndtere dette umiddelbart. Det er grunn til å anta at en meklerrolle vil være særlig aktuelt i komplekse problemløsnings situasjoner der det er mange parter involvert eller særlige komplekse problemer som skal løses, der det for eksempel er veldig ulike aktører til stede, og som er avhengige av hverandre for å komme til en løsning.

Et viktig teoretisk bidrag fra studien er imidlertid utviklingen av en ny modell for mekleratferd. I artikkel 5 (kapittel 10) har jeg videreutviklet klassifiseringen til Kressel m.fl. (1994) til en modell for mekleratferd, som forklarer mekleratferd ut fra om meklere er behovsorienterte eller løsningsorienterte på den ene siden og om de anvender lav eller høy grad av makt på den andre siden. Denne modellen kan bidra til å forstå variasjoner i mekleratferd, den kan brukes som et verktøy i opplæringen av nye meklere, og den kan brukes som utgangspunkt for en diskusjon knyttet til hvilken mekleratferd som er ønskelig innenfor en avtalefokusert meklingsmodell. Modellen kan også legge til rette for videre studier av mekleratferden. Dette kan gjøres på flere måter. Man kan tenke seg at det gjennomføres en ytterligere observasjonsstudie som er mer omfattende i sin karakter, og som har som formål å fokusere på å avdekke variasjonsbredden som finnes i mekleratferd. I denne studien er det avdekket fem hovedtilnærminger, men ut fra andre klassifiseringer av mekleratferd som er gjort, er det grunn til å anta at det finnes flere tilnærminger enn de fem som er avdekket i denne studien. Man kan også tenke seg eksperimentelle studier der man utforsker hvilke implikasjoner de ulike, identifiserte meklingsstilnærminger kan ha, for eksempel for meklingsutfall. Det kan også utforskes i ytterligere grad om noen av disse tilnærminger vil kunne representere utfordringer for partenes rettsikkerhet.

Da denne studien ble gjennomført var meklernes atferd regulert av forskriften til prøveordningen med rettsmekling. Rammene som rettsmeklerne har i dag, er litt annerledes enn de var under prøveordningen, men i praksis ikke er de store endringene som er gjennomført.⁴⁴ De store variasjonene i mekleratferd, og det utbredte rettslige fokuset, mener jeg illustrerer et behov for ytterligere studier av mekleratferd i norske rettsmeklinger. Er det slik at den mekleratferden som utøves i norske rettsmeklinger i dag er i tråd med slik vi ønsker at norske rettsmeklinger skal være? Det er snart 10 år siden forrige evaluering, og jeg mener tiden er inne for å utforske parter,

⁴⁴ Se appendiks kapittel 1.8., for en nærmere beskrivelse av dette.

advokaters og meklere syn på ordningen, slik at man kan få en tilpasning av rammeverket for en varig ordning. Kanskje er det slik at det faktisk er behov for flere alternative tvisteløsningsordninger, som for eksempel en ren evaluerende ordning (Early Neutral Evaluation), i tråd med slik man har det i amerikanske domstoler? En ny evaluering av rettsmeklingsordningen ville kunne bidra til å legge et grunnlag for slike tiltak, og for dermed også å kunne etablere en rettsmeklingsordning som i praksis er og forblir et alternativ.

På bakgrunn av analysene av særmøtene, kan det også argumenteres for betydningen av å fokusere i større grad på fellesmøter i videre forskning. Til nå har det vært utpreget fokus på særmøter og deres fordeler og utfordringer, mens det i liten grad har vært eksplisitt fokus på hvordan fellesmøtene anvendes. Det er på tide å utfordre de rasjonelle mytene i meklingsprosessen, og dette kan gjøres ved å sette fokuset på fellesmøtenes fordeler. Her kan det også være nyttig å anvende ulike meklingsstilnæringer. Både den transformative og narrative meklingsstilnæringer kan brukes som inspirasjon og teoretisk rammeverk, i kombinasjon med en avtalefokusert meklingsstilnæringer, for å utvikle studier som utforsker fellesmøtene og deres bidrag til konstruktiv kommunikasjon og relasjonsbygging i meklingsprosessen.

11.4. Styrker ved studien

I denne studien er observasjon brukt som metode. En klar fordel med dette er at man får innsikt i hva som *faktisk* skjer i norske rettsmeklinger, og i det dynamiske hendelsesforløpet. Meklernes egne vurderinger av hva som har skjedd vil kun gi rapporter av det de mener har skjedd, og det kan også gi en etterrasjonalisering, særlig i forhold til teknikker som er valgt. Observasjoner gir innsikt i både verbal og nonverbal atferd, og i de observerte meklingsene i denne studien var partene i hovedsak delt i særmøter og satt dermed i forskjellige rom. Det var derfor nyttig å få gå sammen med meklere mellom partene. Dette gav også en innsikt i omgivelsene som meklingsene foregikk i. Alt dette vil være utilgjengelig dersom man for eksempel kun har lydopptak av meklingsene. Observasjoner kan derfor gi data som andre metoder ikke kan, og for å få innsikt i kjennetegn ved meklere atferd er dette derfor en svært godt egnet tilnæringer.

En annen styrke ved studien er at det trekkes på ulike teoretiske retninger for å få bredere forklaringer på ulike aspekter ved meklere atferden. For eksempel bidrar metafor-teorien med nyttig innsikt i hvordan språkbruk generelt og metaforer spesielt påvirker de vi snakker med og til. Tidligere studier har fokusert på metaforer i meklingsprosessen, men den kognitivt lingvistiske metafor-teorien har ikke tidligere blitt brukt til å forklare implikasjoner av meklernes språkbruk. Introduksjon av begreper fra den ny-institusjonelle teorien (rasjonelle myter) og teori fra den

kognitive problemløsningslitteraturen er viktige bidrag til å utvikle begreper og teoretiske sammenhenger i meklingslitteraturen.

11.5. Svakheter ved studien

I denne studien er det mekleren som har vært hovedfokus for analysene. Partenes bidrag til prosessene har det i liten grad blitt fokusert på, og det har primært vært deres reaksjoner på meklernes utsagn i prosessene som har vært studert. Partenes egne innspill, for eksempel til hvordan defineringen av konfliktene utviklet seg, eller hvordan den språklige dynamikken var i meklings situasjonene, har derfor i liten grad blitt ivaretatt i denne studien. Videre studier vil derfor kunne utvide perspektivet og inkludere også partene i analysene i større grad for å avklare hvilken innflytelse partene har på dynamikken i meklingsprosessene.

Det ble ikke gitt mulighet for å bruke båndopptaker under observasjonene, og utskriftene av de observerte meklingene er basert på mine notater av meklingsforløpene. Man kan innvende at dette gir en utfordring for datagrunnlaget, og jeg kan derfor ikke hevde at utskriftene gir et ordrett bilde av hva som ble sagt av alle partene i de forskjellige meklingene. Som jeg har påpekt i metodekapitlet førte imidlertid dette til at jeg ble ekstra årvåken under observasjonene, og en nøyere diskusjon av dette kan finnes i kapittel 4.

Dersom studien hadde hatt et større utvalg meklinger, hadde det vært enklere å konkludere med resultatenes representativitet. Et større utvalg hadde derfor gitt en mulighet for å kunne generalisere i større grad.

Artiklene som utgjør substansen i denne avhandlingen er i hovedsak publisert i juridiske bøker og tidsskrifter som ikke har noe særlig fokus på metode og databehandling. En vitenskapelig utfordring ved de forskjellige artiklene er derfor at metodebeskrivelsene blir svært begrenset i hver enkelt artikkel. Denne utfordringen er ivaretatt i kapittel 4 i avhandlingen, slik at det metodiske totalt sett har blitt presentert på en grundig måte når arbeidene leses i sammenheng.

11.6. Avslutning

Denne studien har gitt meg en god innsikt i hvordan den norske rettsmeklingsordningen fungerer, og hvilken type mekleratferd som finnes der. Jeg tror og mener at rettsmekling gir et viktig bidrag til den norske domstolsordningen, og at det har vært et etterlenget tilbud for parter som er i konflikt, både i Norge og i de andre nordiske landene. Svært mange parter opplever en reduksjon av både økonomiske og psykiske kostnader ved å kunne gå til rettsmekling i stedet for

til full hovedforhandling. Samtidig er det et stort uutnyttet potensial i den norske rettsmeklingsordningen, etter min vurdering. Utvikling av mer systematiske opplæringstilbud, tilbud om ytterligere opplæring og utvikling av etiske retningslinjer vil kunne bidra til å gi større trygghet til meklerne, og til å gi partene bedre meklingsprosesser. Det er viktig å ikke glemme at det er partenes behov, og ikke domstolenes behov for å bli kvitt restanser som er og blir det viktigste elementet i norsk rettsmeklingsprosess, selv om dette er lett å glemme i et jag om å øke forliksprosenten i norske domstoler. Det er også viktig å huske på at mekling som konfliktløsningsmetode har anvendelse langt utenfor domstolenes grenser, og at det generelt vil kunne være nyttig, både med mer opplæring og utdanning på feltet for å kunne gi flere yrkesgrupper kompetanse om – og trygghet i ulike meklings situasjoner.

Referanser

- Agar, M.H. (1996). *The professional stranger: An informal introduction to ethnography*. San Diego, CA: Academic Press. 2. Utgave.
- Astor, H. (2007). Mediator neutrality: Making sense of theory and practice. *Social and Legal Studies*, 16(2), s. 221-239.
- Aubert, V. (1976). *Rettenns sosiale funksjon*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Austbø, A. og Engebretsen, G. (2006). *Mekling i rettskonflikter. Rettsmekling, mekling ved advokater og mekling i forliksrådene og konfliktrådene*. 2. utgave. Cappelen Akademisk Forlag.
- Basadur, M., Pringle, P., Speranzini, G., og Bacot, M. (2000). Collaborative problem solving through creativity in problem definition: Expanding the pie. *Creativity and Innovation Management*, 9(1), s. 54-76.
- Beck, C.J.A. og Frost, L.E. (2007). Competence as an element of "mediation readiness". *Conflict Resolution Quarterly*, 25(2), s. 255-278.
- Berger, P. og Luchmann, T. (1966). *The social construction of reality: A treatise in the sociology of knowledge*. Doubleday, Garden City, NY.
- Bernt, J.F. og Mæhle, S.S. (2007). *Rett, samfunn og demokrati: Innledning til juss-studiet*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Bingham, L.B. og Novac, M.C. (2001). Mediation's impact on formal discrimination complaint filing. Before and after the Redress program at the U.S. Postal Service. *Review of Public Personnel Administration*, 21(4), s. 308-331.
- Bowling, D. og Hoffman, D. (2000). Bringing peace into the room: The personal qualities of the mediator and their impact on mediation. *Negotiation Journal*, 16(1), s. 5-28.
- Brahm, E. og Burgess, H. (2003). *Shuttle Diplomacy. Beyond Intractability*. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess.
- Brett, J.M., Drieghe, R. og Shapiro (1986). Mediator style and mediation effectiveness. *Negotiation Journal*, 2 (3), s. 277-285.
- Burgess, H. og Burgess, G. (2006). Intractability and the frontier of the field. *Conflict Resolution Quarterly*, 24 (2), s. 177-186.
- Burrell, N.A., Donohue, W.A. og Allen, M. (1988). Gender-based perceptual biases in mediation. *Communication Research*, 15(4), s. 447-469.
- Bush, R.A.B., og Folger, J.P. (1994). *The promise of mediation: Responding to conflict through empowerment and recognition*. San Fransisco, CA: Jossey-Bass Publishers.
- Bush, R.A.B., og Folger, J.P. (2005). *The promise of mediation: The transformative approach to conflict*. San Fransisco, CA: Jossey-Bass.
- Carnevale, P.J. (1986). Strategic Choice in mediation. *Negotiation Journal*, 2, s. 41-56.
- Carnevale, P.J. og Conlon, D.E. (1988). Time pressure and strategic choice in mediation. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 42, s. 111-133.
- Christie, N. (1977). Konflikt som eiendom. *Tidsskrift for retsvæsen*, s. 113-132.
- Cobb, S. (1994). A narrative perspective on mediation: Toward the materialization of the storytelling metaphor. I J.P.Folger og T.S.Jones (Red). *New Directions in Mediation: Communication Research and Perspectives*. Thousand Oaks, California: Sage Publications.
- Coleman, P.T. (2006). Intractable Conflict. I M. Deutsch, P.T. Coleman og E.C. Marcus (Red.) *The Handbook of Conflict Resolution. Theory and Practice*. San Fransisco, Jossey-Bass, s. 533-560. 2. Utgave.
- Coleman, P.T. og Marcus, E.C. (2006). Concluding overview. I M. Deutsch, P.T. Coleman og E.C. Marcus (Red.) *The Handbook of Conflict Resolution. Theory and Practice*. San Fransisco, Jossey-Bass, s. 869-880. 2. Utgave.
- Cook, T. D. og Campbell, D. T. (1979). *Quasi-experimentation: Design and analysis issues for field settings*. Chicago: Rand McNally.
- Csikszentmihalyi, M. & Getzels, J.W. (1971). Discovery-oriented behaviour and originality of creative products: a study with artists. *Journal of Personality and Social Psychology*, 19, s. 47-52.
- Dahlberg-Larsen, J. (2009). *Mægling, ret og samfund, - perspektiver på mægling*. Jurist og Økonomforbundet.

- De Dreu, C.K.W. og Weingart, L.R. (2003). Task versus relationship conflict, team member satisfaction, and team member effectiveness: A meta-analysis. *Journal of Applied Psychology*, 88, s. 741-749.
- Denis, J.L., Lamothe, L. og Langley, A. (2001). The dynamics of collective leadership and strategic change in pluralistic organizations. *Academy of Management Journal*, 44 (4), s. 809-837.
- Denzin, N.K. og Lincoln, Y.S. (2003). *Collecting and interpreting qualitative materials*. Thousand Oaks, Calif.: Sage.
- Deutsch, M. (1973). *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. New Haven, London,: Yale University Press.
- Donohue, W.A., Allen, M. og Burrell, N. (1988). Mediator communicative competence. *Communication Monographs*, 55(1), s. 104-119.
- Druckman, D. (2005). *Doing research. Methods of inquiry for conflict analysis*. Sage Publications, Inc.
- Fangen, K. (2004). *Deltagende observasjon*. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS.
- Fisher, R., Ury, W. og Patton, B. (2001). *Getting to yes*. New York:Penguin. 2. Utgave.
- Fisher, R. og Shapiro, D.L. (2005). *Beyond reason: Using emotions as you negotiate*. New York: Viking.
- Folger, J.P. & Jones, T.S. (1994). *New directions in mediation. Communication research and perspectives*. Sage Publications.
- Frøystad, K. (2003). Forestillingen om det "ordentlige" feltarbeid og dets umulighet i Norge". I M. Rugkåsa og K. T. Thorsen (Red.). *Nære steder, nye rom – Utfordringer i antropologiske studier i Norge*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Garrard, W.M. og Lipsey, M.W. (2007). Conflict resolution education and antisocial behavior in U.S. schools: A meta-analysis. *Conflict Resolution Quarterly*, 25(1), s. 9-38.
- Geertz, C. (1973). *The interpretation of cultures*. Basic Books, New York.
- Glasl, F. (1999). *Confronting conflict. A first-aid kit for handling conflicts*. Wiltshire: Hawthorne Press.
- Goldberg, S.B. (2005). The secrets of successful mediators. *Negotiation Journal*, 21 (3), 365-376.
- Goldberg, S.B., og Shaw, M.L. (2007). The secrets of successful (and unsuccessful) mediators continued: Studies two and three. *Negotiation Journal*, 23(4), 393-418.
- Goldberg, S.B., Shaw, M.L. & Brett, J.M. (2009). What difference does a robe make? Comparing mediators with and without prior judicial experience. *Negotiation Journal*, 25, (3), s. 277-305.
- Golden-Biddle, K. og Locke, K.D. (1997). *Composing Qualitative Research*. Sage Publications, Inc.
- Gray, E.B. (2006). Creating history: The impact of Frank Sander on ADR in the courts. *Negotiation Journal*, 22 (4), s. 445-454.
- Habermas, J. (1981). *The theory of communicative action*. London: Beacon Press.
- Hareide, D. (2006). *Konfliktmegling – et nordisk perspektiv*. Spartacus Forlag AS.
- Hardy, S. (2009). Teaching mediation as reflective practice. *Negotiation Journal*, 25(3), s. 385-400.
- Hansen, E. (1998). *Elever kan selv*. Norsk Senter for barneforskning. Trondheim.
- Hansen, T. (2008). Critical conflict resolution theory and practice. *Conflict Resolution Quarterly*, 25(4), s. 403-427.
- Haynes, J. (1999). Metaphor and mediation (parts 1, 2 and 3, and bibliography). <http://mediate.com/articles/metaphor.cfm>
- Honoroff, B. og Opatow, S. (2007). Mediation ethics: A grounded approach. *Negotiation Journal*, 23(2), s. 155-172.
- Isaacs, W. (1999). *Dialogue and the art of thinking together: a pioneering approach to communicating in business and in life*. Currency Doubleday.
- Jameson, J.K, Bodtker, A.M. & Jones, T.S. (2006). Like talking to a brick wall: Implications of emotion metaphors for mediation practice. *Negotiation Journal*, (22), s. 199-207.
- Jameson, J.K. (2007). Employment perception of the availability and use of interest-based, right-based, and power-based conflict management strategies. *Conflict Resolution Quarterly*, 19(2), s. 163-196.
- Jankowski, P.J. og Ivey, D.C. (2001). Problem definition in marital and family therapy: A qualitative study. *Contemporary Family Therapy*, 23(4), s. 419-439.

- Jehn, K. og Mannix, E.A. (2001). The dynamic nature of conflict: A longitudinal study of intragroup conflict and group performance. *The Academy of Management Journal*, 44, s. 238-251.
- Kjelland-Mørdre, K., Anker, C., Gammelgård, P., Rolland, A.L.H., & Steen, K.S. (2008). *Konflikt, mekling og rettsmekling*. Universitetsforlaget.
- Knoff, R.H. (2001). *Raskere, billigere, vennligere?* Evaluering av prøveordningen med rettsmekling. Rapport for justisdepartementet. <http://www.rhknoff.no/Rapporter/R157JD.pdf>
- Knuts, G. (2006). *Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling*. Akademisk avhandling, Helsingfors Universitet, serie A Nr. 270.
- Kolb, D.M. (1983). *The mediators*. Cambridge, Mass.:MIT Press.
- Kolb, D. & Associates (1994). *When talk works, Profiles of mediators*. Jossey-Bass Publishers. San Fransisco.
- Kovach, K.K. og Love, L.P. (1998). Mapping mediation: The risks of Riskin's grid. *Harvard Negotiation Law Review*, 3, s. 71-110.
- Krauss, R.M. og Morsella, E. (2006). Communication and conflict. I M. Deutsch, P.T. Coleman og E.C. Marcus (Red.) *The Handbook of Conflict Resolution. Theory and Practice*. San Fransisco, Jossey-Bass, s. 144-157. 2. Utgave.
- Kressel, K., Frontera, E.A., Forlenza, S., Butler, F. og Fish, L.. (1994). The settlement orientation vs. the problem-solving style in custody mediation. *Journal of Social Issues*, 50, s. 67-84.
- Kressel, K. (2006). Mediation Revisited. I M. Deutsch, P.T. Coleman og E.C. Marcus (Red.) *The Handbook of Conflict Resolution. Theory and Practice*. San Fransisco, Jossey-Bass, s. 726-756. 2. Utgave.
- Langley, A. (1999). Strategies for theorizing from process data. *Academy of Management Review*, 24, s. 691-710.
- Lakoff, C. (1993). Contemporary Theory of Metaphom in A. Onony (ed.) *Metaphor and Thought*. Cambridge: Cambridge UP: 202-251.
- Lakoff, G. og Johnson, M. (1980). *Metaphors we live by*. The University of Chicago Press.
- Lakoff, G. & Johnson, M. (2003). *Metaphors we live by*. The University of Chicago Press.
- Lax, D.A. og Sebenius, J.K. (1986). *The manager as negotiator*. New York: Free Press.
- Lind, E. A og Tyler, T.R. (1988). *The social psychology of procedural justice*. Plenum Press, New York.
- Lind, E.A., Kulik, C.A., Ambrose, M. og de Vera Park, M.V. (1993). Individual and corporate dispute resolution: Using procedural fairness as a decision heuristic. *Administrative Science Quarterly*, 38, s. 224-251.
- Lindell, B. (2006). *Alternativ rettskipning eller alternativ till rettskipning*. Iustus Förlag. Uppsala.
- Lincoln, Y.S. og Guba, E.G. (1985). *Naturalistic inquiry*. Beverly Hills, Calif., Sage.
- Macfarlane, J. (2002). Culture change? A tale of two cities and mandatory court-connected mediation. *Journal of Dispute Resolution*, 2, s. 241-325.
- Macfarlane, J. og Mayer, B. (2005). What theory? How collaborative problem solving trainers use theory and research in training and teaching. *Conflict Resolution Quarterly*, 23(2), s. 259-276.
- Maoz, I. (2000). An experiment in peace: Reconciliation-aimed workshops of Jewish-Israeli and Palestinian Youth. *Journal of Peace Research*, 37 (6), s. 721-736.
- Marshall, C. og Rossman, G.B. (1995). *Designing qualitative research*. Thousand Oaks, Calif.: Sage.
- Maxwell, J.A. (1992). Understanding and validity in qualitative research. *Harvard Educational Review*, 62, s. 279-300.
- Menkel-Meadow, C. (2005). Roots and inspirations: A brief history of the foundations of dispute resolution. I *The handbook of dispute resolution*, edited by M. Moffitt and R. Bordone. San Fransisco: Jossey-Bass.
- Miles, M.B. og Huberman, A.M. (1994). *Qualitative Data Analysis, an expanded sourcebook*. 2. utg. Sage Publications.
- Moffitt, M.L. (2006). Before the big bang: The making of an ADR pioneer. *Negotiation Journal*, 22 (4), s. 437-443.
- Moore, C.W. (1986). *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict*. San Fransisco: Jossey-Bass.

- Mykland, S., Rognes, J.K., Sky, P.K., Hoddevik, C. og Laskemoen, L.M. (2009). En studie av rettsforlik i norske tingretter. Om konfliktransformasjon i rettsmeklingsprosessen. *Kart og Plan*, vol. 69, s. 236-244.
- Mykland, S. (2010). Appendiks: En oversikt over norske og nordiske meklingsordninger, med særlig fokus på den norske rettsmeklingsordningen. Vedlegg til PhD-avhandlingen: *En studie av mekleratferd i norske rettsmeklinger*. Institutt for Strategi og ledelse, NHH, 2010.
- Nordhelle, G. (2006). *Mekling. Konfliktforståelse og konflikthåndtering*. Gyldendal Akademisk Norsk Forlag.
- Patton, M.Q. (1990). *Qualitative evaluation and research methods*. Sage publications, California. 2. utgave.
- Patton, M.Q. (2002). *Qualitative research and evaluation methods*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Pettigrew, A.M. (1990). Longitudinal field research on change: Theory and practice. *Organization Science*, 1, s. 267-292.
- Poitras, J. (2007). The paradox of accepting one's share of responsibility in mediation. *Negotiation Journal*, 23(3), s. 267-282.
- Poitras, J., Stimec, A. og Roberge, J.F. (2009). The negative impact of attorneys on mediation outcomes: A myth or reality. *Negotiation Journal*, 26(1), s. 9-24.
- Pratt, M.G. (2009). For the Lack of a Boilerplate: Tips on Writing up (and Reviewing) Qualitative Research. *Academy of Management Journal*, 52 (5), s. 856-862.
- Pruitt, D.G. og Carnevale, P.J. (1993). *Negotiation in social conflict*. Brooks/Cole Publishing Company.
- Pruitt, D.G., McGillicuddy, N., Welton, G. og Fry, W. (1989). Process mediation in dispute centers. I K. Kressel og D.G. Pruitt, *Mediation Research*, s. 368-73. San Francisco: Jossey-Bass.
- Pruitt, D.G., Peirce, R.S., McGillicuddy, N.B., Welton, G.L., og Castrianno, L.M. (1993). Long-term success in mediation. *Law and Human Behaviors*, 3, s. 313-330.
- Pruitt, Dean G. 2000. The Tactics of Third-Party Intervention. *Orbis*, 44(2), s.245-254.
- Pruitt, D.G. (2006). Some research frontiers in the study of conflict and its resolution. I M.Deutsch, P.T.Coleman og E.C.Marcus (Red.) *The Handbook of Conflict Resolution. Theory and Practice*, San Fransisco, Jossey-Bass, s. 849-869. 2.utg.
- Putnam, L.L. (2004). Transformations and critical moments in negotiations. *Negotiation Journal*, (20), s. 275-295.
- Raines, S.S. (2006). Mediating in your pajamas: The benefits and challenges for ODR practioners. *Conflict Resolution Quarterly*, 23(3), s. 359-369.
- Riskin, L.L (1996). Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, s. 7-51.
- Riskin, L.L. (2005). Replacing the mediator orientation grids, again: The new new grid system. *Alternatives*, 23(8), s. 127-132.
- Rognes, J.K. og Sky, P.K. (1999). Meklingsaktivitet og –teknikk i jordskifteretten. *Kart og Plan*, vol. 59(1), s. 75-83. Universitetsforlaget.
- Rognes, J.K. og Sky, P.K. (2000). Megling i domstolene, særlig i jordskifteretten. *Lov og Rett*, 2, s. 101-112. Universitetsforlaget.
- Rognes, J.K. og Sky, P.K. (2003). Intervention Methods in Land Dispues. *European Planning Studies*, 11(8), s. 965-978. Carfax Publishing.
- Rognes, J. K. (2008). *Forhandlinger*. Oslo: Universitetsforlaget. 3. Utgave.
- Rosenberg, M.B. (2003). *Nonviolent communication: A language of life*. 2. utg. Encinitas, Calif.: Puddle Dancer Press.
- Runco, M. A., & Okuda, S. M. (1988). *Problem discovery, divergent thinking, and the creative process*. *Journal of Youth and Adolescence*, s. 211-220.
- Runco, M.A. (1994). *Problem finding, problem solving, and creativity*. Ablex Publishing Corporation, New Jersey.
- Sander, F.E.A. (2001). Some concluding thoughts. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 17, s. 705-.
- Saunders, H.H. (2003). Sustained dialogue in managing intractable conflict. *Negotiation Journal*, 19(1), s. 85-95.

- Schulz, J.L. (2006). Confectionery and conflict resolution? What *chocolat* reveals about mediation. *Negotiation Journal*, 22 (3), s. 251-277.
- Schwandt, T.A. (2000). Three epistemological stances for qualitative inquiry: Interpretivism, hermeneutics, and social constructionism. I N.K. Denzin og Y.S. Lincoln (Red.). *Handbook of Qualitative Research*. Thousand Oaks, NJ:Sage, 2. Utgave, s. 189-214.
- Seligmann, L.J. (2005). Ethnographic Methods. I D.Druckman (Red.). *Doing Research. Methods of Inquiry for Conflict Analysis*. Sage Publications, s. 229-252.
- Simon, H. A. (1955). A Behavioral Model of Rational Choice. *Quarterly Journal of Economics*, 69(1), s. 99–118.
- Simon, H.A. (1972) . Theories of Bounded Rationality. I C.B. Radner og R.Radner (Red.). *Decision and Organization*, s. 161–76. Amsterdam: North-Holland.
- Skoghøy, J.E. (2001). *Tvistemål*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, T.H. (2005). Using disputants' metaphors in mediation. *Conflict Resolution Quarterly*, 23(1), s. 5-23.
- Steiner, I. (1972). *Group processes and productivity*. New York: Academic Press.
- Stensaker, I.G. (2002). *A change in plans: a sensemaking perspective on strategy implementation*. Doctoral Dissertation, The Norwegian School of Economics and Business Administration, Bergen, Norway.
- Susskind, N. og Susskind, L. (2008). Connecting theory and practice. *Negotiation Journal*, 24(2), s. 201-209.
- Swaab, R. og Brett, J.M. (2007). Caucus with care: The impact of pre-mediation caucuses on conflict resolution. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1080622
- Thibaut, J.W. og Walker, L. (1975). *Procedural Justice: A psychological analysis*. Hillsdale, NJ: Erlbaum.
- Umbreit, M. (1994). *Victim meets offender, the impact of restorative justice and mediation*. New York.
- Ury, W.L., Brett, J.M. og Goldberg, S.B. (1988). *Getting disputes resolved. Designing systems to cut the costs of conflict*. San Fransisco: Jossey-Bass Publishers.
- Vindeløv, V. (2007). Retsmægling i Danmark – en diskussion om rammer og indhold. *Juristen*, 5, s. 151-156.
- Vindeløv, V. (2008). *Konfliktmægling: en refleksiv modell*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag. 2. Utgave.
- Walton, R.E. og McKersie, R.B. (1965). *A behavioral theory of labor negotiations. An analysis of a social interaction system*. McGraw-Hill Book Company.
- Wall, J.A. (1981). Mediation - an Analysis, Review, and Proposed Research. *Journal of Conflict Resolution*, 25 (1), s. 157-183.
- Wall, J.A. og Blum, M. (1991). Community mediation in the people's republic of China. *Journal of Conflict Resolution*, 35(1), s. 3-20.
- Wall, J.A. og Lynn, A. (1993). Mediation, a current review. *Journal of Conflict Resolution*, 37 (1), s. 160-194.
- Wall, J.A., Stark, J.B., og Standifer, R.L. (2001). Mediation - A current review and theory development. *Journal of Conflict Resolution*, 45 (3), s. 370-391.
- Wall, J.A. og Dewhurst, M.L. (2007). Mediator gender: Communication differences in resolved and unresolved mediations. *Conflict Resolution Quarterly*, 9(1), s. 63-85.
- Wall, J.A. og Chan-Serafin, S. (2009). Processes in civil case mediations. *Conflict Resolution Quarterly*, 26 (3), s. 261-291.
- Weitzman, E.A. og Weitzman, P.F. (2006). The PSDM model: Integrating problem solving and decision making in conflict resolution. I M.L. Moffit og R.C. Bordone (Red.) *The Handbook of Dispute Resolution*. San Fransisco, CA, Jossey-Bass, s. 197-222.
- Welton, G.L., Pruitt, D.G., og McGillicuddy, N.B. (1988). The role of caucusing in community mediation. *Journal of Conflict Resolution*, 32(1), 181-202.
- Welton, G.L, Pruitt, D.G., McGillicuddy, N.B., Ippolito, C.A., og Zubek, J.M. (1992). Antecedents and characteristics of caucusing in community mediation. *International Journal of Conflict Management*, 4, s. 303-317.
- Welsh, N.A. (2001). Making deals in court-connected mediation: What's justice got to do with it? *Washington University Law Quarterly*, 79, s. 787-861.

- Welsh, N.A. (2005). Institutionalization and Professionalization. I M.L. Moffit og R.C. Bordone (Red.) *The Handbook of Dispute Resolution*. San Fransisco, CA, Jossey-Bass, s. 487-506.
- Wing, L. (2009). Mediation and inequality reconsidered: Bringing the discussion to the table. *Conflict Resolution Quarterly*, 26(4), s. 383-404.
- Winslade, J. og Monk, G. (1996). *Narrative Therapy in Practice*. San Fransisco.
- Wissler, R.L. (2004). The effectiveness of court-connected dispute resolution in civil cases. *Conflict Resolution Quarterly*, 22, s. 55-88.

Appendiks

En oversikt over ulike meklingsordninger, med særlig fokus på den norske rettsmeklingsordningen

Innhold

1.0. Introduksjon	3
1.1. Et nordisk fokus og mekling i forliksrådene	3
1.2. Konfliktrådene.....	6
1.3. En kort oversikt over utviklingen av den norske rettsmeklingsordningen.....	8
1.4. Den amerikanske ”mediation” ordningen som inspirasjonskilde for en norsk ordning med rettsmekling	10
1.5. Prøveordningen med rettsmekling	11
1.6. Evalueringen av prøveordningen med rettsmekling.....	12
1.7. Kommentarer til prøveordningen med rettsmekling i jordskifteretten.....	15
1.8. Lovrammene for den norske rettsmeklingsordningen.....	18
1.9. Noen refleksjoner knyttet til evalueringen av prøveordningen og innføringen av rettsmekling gjennom tvisteloven	21
1.10. Den danske rettsmeklingsordningen	24
1.11. Evalueringen av prøveordning med rettsmekling i Danmark	27
1.12. Den finske rettsmeklingsordningen.....	29
1.13. Svenske meklingsordninger	30
1.14. Noen avsluttende bemerkninger	31
1.15. Referanser.....	34

1.0. Introduksjon

Formålet med dette notatet er å beskrive hvorfor og hvordan det har blitt utviklet og innført en ordning med rettsmekling i norske domstoler. Viktige aspekter ved dette er den historiske utviklingen av ulike meklingsordninger, både i Norge og Norden, men også meklingsordninger fra USA har vært til betydelig inspirasjon for den norske rettsmeklingsordningen. Dette notatet gir derfor en viktig helhetsforståelse av *systemet* som rettsmeklingsordningen i Norge er utviklet innenfor, og det gir også en beskrivelse av de *rammene* som ordningen fungerer innenfor i dag. Sammenlikningen med de nordiske landene er også tatt med fordi rettsmeklingsordningene i disse landene har blitt utviklet (og utvikles fremdeles) parallelt, og ulikhetene som finnes kan bidra til en bevisstgjøring av positive og negative aspekter ved den norske ordningen.

Helt konkret vil jeg starte i kapittel 1.1. med å beskrive hvorfor jeg primært har valgt et nordisk fokus for denne fremstillingen, og beskriver også forliksrådene som er den eldste, norske formelle meklingsordningen vi kjenner til. Deretter beskriver jeg utviklingen av konfliktrådene, og tankegodset som er grunnlaget for denne meklingsordningen (kapittel 1.2.). Utviklingen av den norske rettsmeklingsordningen kommer på mange måter i forlengelsen av andre meklings tilbud vi har hatt i Norge, og dette beskrives i kapittel 1.3. Deretter beskriver jeg kort hvordan også den amerikanske ”mediation”-ordningen har vært til betydelig inspirasjon for rettsmeklingsordningen i Norge. I kapittel 1.5. og 1.6. beskriver jeg først det teoretiske grunnlaget som rettsmeklingsordningen er bygget på, før jeg gjennomgår sentrale momenter fra evalueringen av prøveordningen med rettsmekling. I kapittel 1.7. gjør jeg det samme for jordskifterettene. I kapittel 1.8. er gjeldende lovbestemmelser som regulerer rettsmeklingsordningen presentert og diskutert, mens jeg knytter noen kommentarer både til evalueringen av prøveordningen og innføringen av rettsmeklingsordningen som en obligatorisk ordning fra januar 2008. I kapittel 1.10. til 1.13. beskriver jeg i korte trekk rettsmeklingsordningene i henholdsvis Danmark, Finland og Sverige, før jeg i kapittel 1.14. har noen avsluttende kommentarer og vurderinger av den norske rettsmeklingsordningen slik den er i dag – og hvordan den kan tenkes å utvikles fremover på bakgrunn av drøftingene og beskrivelsene i dette notatet.

1.1. Et nordisk fokus og mekling i forliksrådene

Denne presentasjonen fokuserer på de nordiske landene, men den amerikanske meklingsmodellen er også beskrevet, fordi de nordiske meklingsordningene nettopp er inspirert av den amerikanske meklingsordningen (se Odelstingsproposisjon (Ot.prp.) nr. 41 (1995-1996)). Et nordisk fokus er valgt av flere grunner.

De nordiske landene blir ansett for å være relativt like, og med en felles konfliktløsningshistorie. Før de nordiske statene ble til, hadde vi såkalte *ting* der menn med eiendom kom sammen og løste sine konflikter. Her ble også de første lovene våre skapt, som regulerte hvordan konflikter skulle løses. Tingene er de nordiske lands historiske motstykke til de greske bystaters demokrati (Hareide 2006:209). De nordiske tingene representerte en egalitær tradisjon, som løste konflikter etter et prinsipp om at de som var midt i konflikten også skulle inkluderes i løsningen av dem, det vil si et utbredt likhetsprinsipp. Tingene hadde stor betydning helt frem til 1700-tallet. Et prosjekt om de nordiske tingene er oppsummert i boken "People meet the law", av forskerne Eva Österberg og Sølvi Bauge Sogner (2000). Forskerne fant at det på 1500-tallet var etablert en nordisk rettstradisjon, som på noen områder skilte seg fra både den romersk-germanske lovtradisjon, og fra den angloamerikanske "common law". Norden var preget av tidlige og enkle skriftlige lover, og det var en sterk folkelig støtte til disse lovene.

I dag finner vi visse fellestrekk som kjennetegner de nordiske meklingsordningene, og som gjør det naturlig å snakke om et nordisk perspektiv. Vi finner generelt stor utbredelse av enkelte meklingsordninger, sterk statlig medvirkning, som gir rimelige meklingsstilbud og dermed en begrenset rolle for markedet (Hareide 2006:15-16). De nordiske statene har alle vært svært aktive i sin rolle ved å sette i gang meklingsordninger i straffesaker, sivile saker, i familiekonflikter og på skoler. Mekling har derfor tatt form av velferdsstaten og kan sies å være i ferd med å bli et velferdsgode. Særlig USA er kjennetegnet ved at markedet i mye større grad styrer ulike meklingsordninger, og i meklingsordningene som er knyttet til domstolene er det vanlig at meklerne får timebasert betaling av partene (Wall og Chan-Serafin 2009:263).

I tillegg til "tingene" så er et sentralt fellestrekk, særlig ved den norske og danske historiske rettsordningen, forlikskommissjonene som vokste frem på 1700-tallet. Disse er forløperne til dagens forliksråd¹, som vi har i alle norske domstoler i dag, og som fantes i danske domstoler frem til 1952 (Vindeløv 2008:37)². De norske forliksrådene er i dag en del av de ordinære domstoler,³ og det første trinnet i ordinær domstolsbehandling. Alle saker som har en verdi på inntil 125 000 kr skal behandles i forliksrådet (tvisteloven (tvl.)⁴ § 6-2 andre ledd bokstav a).⁵ Den

¹ Lov om domstolene (domstolloven), lov av 13. 8.1915 (dl.) § 57 regulerer hvordan valget av forliksrådsmedlemmer skal foregå. Domstolloven ble innført i 1915, men endringene knyttet til forliksrådene ble gjort i 1927, og først da fikk forliksrådene den form de har i dag. Endringen skjedde før loven av 1915 ble satt i kraft (Milje 1988).

² I Danmark ble denne ordningen benevnet som "forlikskommissioner" (Vindeløv 2008:37).

³ Dl. § 1 nr. 5.

⁴ Lov om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Lov av 17. juni 2005 nr. 90.

⁵ Se kapittel 6 i tvisteloven for en fullstendig beskrivelse av regelverket som omfatter forliksrådsbehandling.

første forordningen om forlikskommisjoner kom den 10. juli 1795.⁶ Deretter kom det en ny forordning i 1797 som inkluderte også de norske landstedene, og som dermed førte til at vi fikk forlikskommisjoner i hele landet.⁷ Bakgrunnen for at forlikskommisjonene opprinnelig ble opprettet, var at domstolene på slutten av 1700-tallet var svært belastet av forskjellige sivile saker, og man ønsket å ta bort enkelte sakstyper fra en ordinær domstolsbehandling til lokale kommisjoner. Vindeløv (2008:31-flg.) beskriver at innføringen av disse kommisjonene ikke kun var på bakgrunn av effektiviseringshensyn, men at det også var i statens interesse med ”tilfredse og lykkelige borgere”. Regelen i forlikskommisjonene var også at meklerne ikke fikk honorar dersom de ikke klarte å forlike sakene. Et grunnleggende prinsipp var at partene skulle møtes frivillig, meningen var at det skulle være et ikke-rettslig organ, meklerne i kommisjonen skulle ikke være jurister, og det ble prioritert lekmennenes lokalkunnskap og evne til å løse konflikter, samt partenes rett til å ha innflytelse over egne konflikter (Vindeløv 2008:32). Som vi skal se i kapittel 1.2. er dette svært likt tankegangen som er bakgrunnen for konfliktrådenes opprettelse, og mange av disse grunnleggende prinsippene har også blitt videreført i de ulike rettsmeklingsordningene.

Det utviklet seg etter hvert sterke betenkeligheter mot forlikskommisjonene i Danmark, særlig fordi medlemmene ikke hadde juridisk kompetanse, og det ble sett på som en utfordring mot partenes rettssikkerhet at meklingen foregikk bak lukkede dører, og med forbud mot bevisføring. Dette førte etter hvert til en avskaffelse av kommisjonene i Danmark i 1952, mens vi i Norge har beholdt ordningen, svært i tråd med prinsippene som ble trukket opp på slutten av 1700 tallet, hvilket innebærer at det for eksempel ikke er krav til juridisk utdanning til forliksrådets medlemmer. Dette kan trekkes frem som en betenkelighet, særlig siden forliksrådet har domskompetanse i en rekke saker.

Under utarbeidelsen av den nye tvisteloven var det en stor debatt knyttet til om forliksrådene skulle fortsette i sin opprinnelige form, eller om denne ordningen nå hadde utspilt sin funksjon som selvstendig tvisteløser (se Norges offentlige utredninger (NOU) 2001:32 kapittel 10). Resultatet ble imidlertid at forliksrådene fikk *forsterket* sin rolle i det norske domstolssystemet, og forliksordningen lever videre i vårt system, på ubestemt tid. I følge NOU 2001:32, s. 248 er forliksrådet et organ som har sterk politisk oppslutning. Innvendingene som ble reist i forkant av tvisteloven knyttet seg særlig til forliksrådenes funksjon, da det i praksis synes å foregå lite mekling innenfor forliksrådets rammer, og rådets hovedfunksjon syntes å knytte seg til

⁶ Forordning 10. juli 1795 om forlikskommisjoner i Danmark og kjøbstedene i Norge.

⁷ 20. januar 1797 om forliksinnretninger på landet i Norge.

uteblivelsesdommer.⁸ Forliksrådets er i dag det første trinnet svært mange parter i sivile saker møter i det norske rettssystemet. At det foregår mekling i forliksrådet er nok imidlertid mer unntaket enn regelen.⁹ Forliksrådene lever derfor videre i norske domstoler, men at det representerer et reelt meklingstilbud i dagens domstolssystem synes det ikke å være belegg for å konkludere med. Nettopp dette var også en viktig grunn til at den danske ordningen ble avskaffet i 1952, og som vi skal se i det videre illustrerer dette også et skille mellom Norge og Danmark når det gjelder kritiske holdninger til meklingsordninger. I Danmark har det vært en mye strengere regulering av kompetansekrav til meklerne i rettsmeklingsordningen, som også har utviklet seg parallelt i disse landene (se kapittel 1.10).

Som vi ser har de nordiske landene en lang felles historie når det gjelder konfliktløsningssystemer, og helt frem til i dag utvikler ordninger seg i takt i de nordiske landene. Vi er relativt homogene, både geografisk og etnisk. Det har vist seg at rettsmeklingsordningene også har utviklet seg parallelt i de nordiske landene, der alle opprinnelig er inspirert av den amerikanske ordningen, men der de nå i stor grad synes å bli inspirert av hverandre. Av de grunner som her er nevnt er det derfor naturlig å se på flere av de nordiske meklingsordningene når den norske rettsmeklingsordningen beskrives.

1.2. Konfliktrådene

Kriminologen Nils Christie er regnet for å være konfliktrådenes far i Norge. I 1977 publiserte han artikkelen ”*Konflikt som eiendom*”, der han utfordrer situasjonen med at eksperter blir involvert når det oppstår uenigheter, og særlig at da juristene kobles inn. ”*Jurister er særlig flinke til å stjele konflikter*” skriver Christie på side 117. Han skriver videre: ”*Mange av oss har, som lekfolk, opplevet det triste sannhetens øyeblikk da vår advokat forteller oss at det vi synes er våre beste argumenter i en tvist med naboen, det er fullstendig uten juridisk relevans og at vi for all del må holde disse tingene for oss selv i retten*”. Christie etterlyste derfor en institusjon eller ordning som kunne gjøre konfliktløsning både enklere og mer i tråd med folks behov enn det var mulighet for i domstolene.

Christies grunntanke om å ”gi konfliktene tilbake til folket” endte opp med å bli institusjonalisert gjennom konfliktrådsordningen, på bakgrunn av bred politisk enighet om dette (Arveschoug 2007:13). Et viktig formål med ordningen skulle være å bringe ansvaret for å løse konflikter tilbake til lokalsamfunnet. Ordningen med konfliktråd ble innført som et forsøksprosjekt i Lier

⁸ I en undersøkelse som ble gjort i 1998 av Statistisk sentralbyrå fant man at 67 % av sakene i forliksrådet ble avgjort ved uteblivelsesdom (NOU 2001:32, s. 251).

⁹ I samme undersøkelse ble det rapportert at 3,1 % av sakene i forliksrådet ble forlikt etter mekling.

kommune i 1981, og det spredte seg til 85 kommuner i løpet av 1980 tallet (Hareide 2006:21). Ordningen ble lovregulert i 1992, og er i dag en statlig tjeneste som tilbys i alle kommuner.¹⁰ I følge konfliktrådets hjemmeside forlikes ca. 90 % av konfliktene som kommer til mekling i konfliktrådet i dag.¹¹

Konfliktrådene er basert på et lekmannsprinsipp, der partene skal være i føringen for de løsningene som inngås. I forskrift om mekling i konfliktråd § 1 første ledd, er det alternative ved ordningen, og partenes medbestemmelsesrett presisert: ... *Konfliktrådsmedling skal være et alternativ til vanlig strafferettslig behandling og til løsning av andre konflikter, ved at partene selv aktivt bidrar til å finne en løsning, hvor det tas hensyn til både skadevolderens og skadelidtes forhold.*¹² Som vi ser har konfliktrådet hjemmel til å mekle både i sivilrettslige og strafferettslige saker. Mekling i straffesaker benevnes som ”restorative justice”, som på norsk blir oversatt med ”gjenopprettende rett”, der offer og gjerningsmann møtes (for en oversikt se for eksempel Umbreit 1994). Evalueringen av konfliktrådsordningen som ble gjort i 1996 konkluderer med at konfliktrådenes arbeidsoppgaver primært knytter seg til strafferettslige oppgaver, og at dette også er intensjonen som er å finne i forarbeidene til konfliktrådsloven.¹³ Andelen sivile saker i konfliktrådene er fremdeles liten, og i 2007 utgjorde de sivile sakene omtrent 10 % av total saksmasse (Arveschoug 2007:2). Dette skiller konfliktrådsordningen klart fra den norske (og de nordiske) rettsmeklingsordninger, der det foreløpig kun er mulighet for å mekle i sivile saker.

Konfliktrådene representerer i utgangspunktet en meklingsform som er i tråd med hvordan idealet for mekling typisk beskrives. Mekling defineres ofte, innenfor en avtalefokusert tilnærming, som en prosess der mekleren er ”nøytral” og skal assistere partene slik at de selv kan bli enige (se for eksempel Kovach 2005:304).¹⁴ Meklerne i konfliktrådet er lekmenn fra lokalmiljøet, og har ingen ”ekspertrolle” slik vi finner det i rettsmeklingsordningen i domstolene, der meklerne typisk er jurister. Konfliktrådet har nok imidlertid strevd med å finne sin form som selvstendig konfliktløsningsorgan for sivile saker, og det har blitt diskutert om ordningen skal harmoniseres med forliksrådene (se for eksempel NOU 2000:22), som vi har sett ikke heller har noen selvstendig funksjon som meklingsorgan. Konfliktrådet har foreløpig beholdt sin form, men ser ut for å streve med å få en posisjon som et sivilrettslig konflikthåndteringsstilbud (Arveschoug 2007:120-121). Christies mål om å gi konfliktene tilbake til folket ble derfor bare i begrenset grad

¹⁰ Lov om mekling i konfliktråd (konfliktrådsloven). Lov av 15.3.1991 nr. 3. (konfrådl.)

¹¹ <http://www.konfliktraadet.no/no/info/Felles/om/Bakgrunn/>

¹² Forskrift om mekling i konfliktråd, res. 13. august 1992.

¹³ Se Statskonsult (1996:11).

¹⁴ For en grundig avklaring av meklingsbegrepet, se kapittel 2.4. i avhandlingen.

oppfylt gjennom konfliktrådene, selv om det er et uttalt mål at antallet sivile saker til behandling skal økes i konfliktrådene (Stortingsproposisjon (St.prp.) nr. 1 (2003-2004), s. 161). Verken konfliktrådene eller forliksrådene syntes derfor ikke å tilfredsstillende et behov for alternativ tvisteløsning i Norge. Christies tankesett ble imidlertid videreført i det videre arbeidet med utredning av ytterligere meklingsalternativer. En liten arbeidsgruppe utarbeidet et notat om det norske konfliktløsningstilbudet, som ble levert til Justisdepartementet i november 1993. Konklusjonen i notatet var at det var et sterkt behov for å inkludere et selvstendig meklingsstilbud i domstolene, etter inspirasjon fra liknende ordninger i USA.¹⁵

Dette initiativet kan også forklares ut fra et rettsosociologisk perspektiv (Aubert 1976). Ut fra et slikt perspektiv kan det forklares at det utvikler seg alternative, konfliktløsende organer på bakgrunn av svakheter ved eksisterende rettslige ordninger. I boken ”Rettsens sosiale funksjon”, beskriver nettopp Aubert grunner for hvorfor alternative ordninger, som barnevernet, Riksmeklingsmannen eller ”selvdømmende organer”¹⁶ kan oppstå. Blant annet kan partene selv ha et ønske om å få håndtert konflikter uten det offentlige preget som rettssaker har (Aubert 1976:215-224). Det er derfor flere måter å årsaksforklare fremveksten av den norske rettsmeklingsordningen på, men felles for de ulike forklaringene synes å være det klare *behovet* for et alternativ til den tradisjonelle, rettslige behandlingen av konflikter. Under vil jeg kort vise hvordan rettsmeklingsordningen utviklet seg fra 1993 til i dag (2010).

1.3. En kort oversikt over utviklingen av den norske rettsmeklingsordningen

Notatet fra 1993 regnes for å være startskuddet for den norske rettsmeklingsordningen (se Austbø og Engebretsen 2006:29). Justisdepartementet foreslo på bakgrunn av dette, i et høringsbrev av april 1994, en prøveordning med rettsmekling ved enkelte domstoler. En ny § 99 a i tvistemålsloven (tvml.) ble vedtatt i september 1996, og gav hjemmel for en prøveordning.¹⁷ Forsøksordningen ble etablert ved forskrift 13. desember 1996, nr. 1144. I 1997 ble prøveordningen med rettsmekling iverksatt ved fem tingretter og en lagmannsrett (se NOU 2001:32, s. 224). Evalueringen av rettsmeklingsordningen ble gjort i 2001, og da var ordningen utvidet til 10 domstoler. Etter dette ble ordningen gradvis utvidet, og 1.1.2006 gjaldt prøveordningen for alle domstoler i Norge (Austbø og Engebretsen 2006:29). Den 1.1.2008 ble ordningen lovfestet som permanent ordning ved innføringen av den nye tvisteloven: Lov om meklings og rettergang i sivile tvister.¹⁸ I 2007 ble det også innført en prøveordning med

¹⁵ Se notat fra 20.11.1993; Rettsmekling, Et tilbud om alternativ tvisteløsning i Norge?, og Austbø og Engebretsen (2006:28).

¹⁶ For eksempel Norsk Presseforbunds faglige utvalg

¹⁷ Se Ot.prp. nr. 41 (1995-1996). Om lov om endringer i tvistemålsloven (rettsmekling).

¹⁸ Lov om meklings og rettergang i sivile tvister. Lov av 17. juni 2005 nr. 90. (tv1.).

rettsmekling for særdomstolen jordskifteretten.¹⁹ Denne ordningen ble regulert av en egen forskrift, men i hovedtrekk er forskriften lik forskriften som regulerte ordningen i de ordinære domstolene.²⁰ Jeg beskriver rettsmeklingsordningen i jordskifteretten i kapittel 1.7.

Rettsmeklingsordningen utviklet seg etter inspirasjon fra USA, men det er samtidig viktig å være klar over at vi har hatt en selvstendig meklingshjemmel i tvistemålsloven i Norge, siden denne ble innført i 1915. Hjemmelen var å finne i tvistemålsloven § 99 og lyder: *Retten kan paa ethvert trinn av saken forsøke mægling mellom parterne.* Dette innebærer at dommerne her har hatt en hjemmel til å mekle mellom partene på ethvert trinn av saken, både under saksforberedelsen og hovedforhandlingen. Bestemmelsen oppstiller ingen nærmere krav for hvordan meklingen skal kunne gjennomføres, men det er et sentralt moment at dommeren ikke må gå så langt i sin meklingsaktivitet at han gjør seg inhabil, og setter seg i en situasjon der han ikke kan avsi dom i etterkant. Siden meklingen foregår underveis i ordinær domstolsbehandling innebærer dette at alle de sivilrettslige grunnprinsippene må ivaretas, og at for eksempel prinsippet om kontradiksjon må følges.²¹ Dette innebærer for eksempel at partene ikke kan skilles i separate møter. Denne generelle meklingshjemmelen ble videreført i tvisteloven, og finnes i dag i tvl. § 8-1 første ledd: *Retten skal på ethvert trinn av saken vurdere muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling, om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrig taler i mot en slik løsning.* Departementet vurderte det slik at det var riktig å videreføre en slik generell meklingshjemmel i den nye tvisteloven (Ot.prp. 51 (2004-2005), s. 115-116). En utstrakt vurdering av om mekling kan egne seg i hver enkelt sak er en del av prinsippet om aktiv saksstyring fra dommeren, som er et utbredt prinsipp i den nye tvisteloven (ibid:388). Det presiseres samtidig at mekling etter tvl. § 8-1 må gjennomføres på en slik måte at dommeren må kunne avsi dom dersom meklingen ikke fører frem.

Et siste moment som kan nevnes er den nye tvistelovens regler om *utenrettslig* mekling. I tvisteloven er det innført et eget kapittel med regler som regulerer hvordan mekling kan gjennomføres *for* det reises krav for domstolene. Dette reguleres i tvisteloven kapittel 7. Tvistemålsloven hadde ingen tilsvarende regler for dette. Tvistemålsutvalget anbefalte at det skulle innføres et slikt regelsett, ikke for at domstolene selv skulle bidra med slik mekling, men for å fremheve at utenrettslig mekling er et sentralt ledd i tvisteløsning, og for å bygge opp under et klima og en kultur for løsninger i minnelighet (ibid:110). Departementet påpeker også at et slikt

¹⁹ FOR 2007 – 01 – 22 nr. 80: Forskrift om forsøksordning med rettsmekling for jordskifterettene.

²⁰ FOR 1996-12-13, nr. 1144: Forskrift om forsøksordning med rettsmekling.

²¹ Prinsippet om kontradiksjon er forankret i tvl. §§ 1-1 annet ledd; 9-14, 9-15, 11-1, 11-2 og 11-3.

regelsett vil kunne bidra til å øke legitimiteten til utenrettslige meklingsstilbud. En viktig praktisk implikasjon av dette, er at parter i rettslig tvist, som kan dokumentere at de har forsøkt utenrettslig mekling etter reglene i tvisteloven kapittel 7, ikke trenger å gå via forliksrådets behandling når sak reises for de ordinære domstoler, jf. tvl. § 6-2 annet ledd bokstav b. Dette gjelder kun for denne typen utenrettslig mekling. En avtale om utenrettslig mekling skal inngås skriftlig mellom partene, jf. tvl. § 7-1 første ledd. Partene kan også anmode om å få oppnevnt en mekler fra domstolenes utvalg av rettsmeklere, jf. tvl. § 7-2 første ledd. Innføringen av dette er et bidrag til økt fokus på ulike tilnærminger til hvordan tvister kan løses i minnelighet, og dette har også lovgiver illustrert på en symbolsk måte gjennom navnevalget til den nye tvisteloven, som nettopp er *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister*. Det gjenstår nå bare å se om disse ulike meklingsinitiativene blir vellykket og gir norske domstolsprosesser et mer alternativt preg.

1.4. Den amerikanske "mediation" ordningen som inspirasjonskilde for en norsk ordning med rettsmekling

Den norske rettsmeklingsordningen er som nevnt utviklet etter inspirasjon fra den amerikanske "mediation"- metoden (for en full oversikt, se: NOU 2001:32, s. 218-224). "Mediation" er en del av det som kalles "ADR"²² eller alternativ tvisteløsning i USA. Formålet med de ulike ADR-tilbudene er helt overordnet å tilby enklere og billigere tvisteløsningsmetoder enn det ordinær domstolsbehandling kan gi. I "mediation"-metoden bistår en nøytral tredjepart partene med å utforske mulighetene for å komme til løsninger ut fra partenes interesser og behov, heller enn ut fra deres rettslige krav. Resultatene som fremkommer er imidlertid ikke bindende for partene, og det er variasjon knyttet til om mekleren setter opp avtalen som partene eventuelt kommer frem til, eller om dette blir overlatt til advokatene. Et viktig kjennetegn ved det amerikanske domstolssystemet, som skiller det klart både fra den norske og de andre nordiske domstolsordningene, er at det ikke er et samlet sett med føderal lovgivning, og det er derfor store variasjoner både mellom føderale og statlige domstoler, men det er også ulikheter mellom domstoler innenfor samme domstolskategori i samme stat og også mellom føderale domstoler (NOU 2001:32, s. 219). "Mediation" utføres derfor ikke under de samme rammebetingelser i alle amerikanske domstoler. I tillegg tilbys det flere forskjellige alternative tvisteløsningsformer, for eksempel er det tilbud om det som kalles "Early Neutral Evaluation" ("ENE"), som innebærer at partene får en vurdering av styrker og svakheter ved saken sin fra en dommer ved domstolen.²³

Da rettsmekling ble innført som prøveordning ved noen få utvalgte domstoler i Norge i 1997, ble dette Norges eneste *alternative* tvisteløsningsstilbud som ble tilbudt i domstolene (se NOU 2001:32,

²² "Alternative Dispute Resolution"

²³ Se NOU 2001:32, s. 221-222 for en oversikt over dette.

s. 230). Etter evalueringen av prøveordningen ble det presisert av tvistemålsutvalget at det ikke var behov for mer enn én alternativ tvisteløsningsprosedyre i norsk sammenheng, nemlig rettsmekling, men at meklerne heller fikk vide fullmakter til å evaluere i selve rettsmeklingene, og at mekleren dermed i praksis kunne tilpasse prosessene ut fra partenes behov. Dersom partene ønsket det kunne mekler gi uttrykk for prosessrisiko og styrker og svakheter ved partenes argumentasjon (ibid:230). I forarbeidene til tvisteloven (Ot.prp. 51 (2004-2005), s. 126) ble riktignok rettsmeklernes muligheter for evaluerende atferd noe moderert, men like fullt var *utgangspunktet* for den norske prøveordningen at man bare ønsket ett alternativt tvisteløsningstilbud, og stadig har norske rettsmeklere vide fullmakter til å evaluere styrker og svakheter ved partenes argumentasjon, og muligheter for å peke på mulige løsninger.²⁴

1.5. Prøveordningen med rettsmekling

I Ot.prp. 41 (1995-1996) beskrives det hvilket meklingssteoretisk utgangspunkt man skal ha for en rettsmeklingsordning i norske domstoler. Det ble presisert at tankegangen bak forsøksordningen med rettsmekling bygger på meklingsmodellen fra ”The Harvard Negotiation Project”. Litteraturen som refereres er ”Getting to yes” av Fisher, Ury og Patton (2001). Dette er en forhandlingslogikk som kalles ”principled negotiation” eller prinsippforhandlinger, og den bygger på følgende fire grunnforutsetninger: (1) skill mellom person og sak, (2) fokuser på interesser, ikke standpunkter, (3) skap muligheter for gjensidige fordeler og (4) krev bruk av objektive kriterier. Dette er også populært kjent som grunnlaget for vinn-vinn forhandlinger. Mekling kan defineres som assisterte forhandlinger (Rognes 2008:95), og en meklingsmodell som bygger på denne forhandlingstankegangen er det som av mange kalles for en avtalefokusert meklingsstilnærming (se for eksempel Boserup 2007:137). Et viktig formål med en slik meklingsstilnærming er å få partene til å komme til en avtale, dersom det er grunnlag for dette (Kovach 2005:307). En avtalefokusert meklingsmodell kan imidlertid romme svært ulike meklingsstilnærminger. Riskin (1996) introduserte en modell som blant annet skilte mellom evaluerende og tilretteleggende mekleratferd, og det ble presisert av lovgiver at den norske rettsmeklingsordningen skulle bygge på en tilretteleggende modell (Ot.prp. 41 (1995-1996), s. 2 og 7). Meklers oppgave var å legge til rette for at partene skulle komme frem til en løsning, basert på partenes interesser og behov. I praksis ble likevel forskriften som regulerte mekleratferden i prøveordningen formulert på en slik måte at meklerne ikke hadde noen begrensninger på evaluerende tilnærminger eller det å komme med konkrete forslag til løsninger, snarere tvert i mot. I følge forskriftens § 4 er det opp til mekleren selv å bestemme fremgangsmåte for

²⁴ Se tvl. § 8-5.

meklingen, og i § 5 er det uttrykkelig beskrevet at rettsmeklerens formål er å forsøke å forlike partene, og at rettsmekleren selv kan komme med forslag til løsning av hele eller deler av tvisten. Selv om det i lovforarbeidene til den nye tvisteloven uttrykkelig uttales at rettsmeklingsmodellen skulle følge en tilretteleggende modell, så vil jeg hevde at rammene som ble gitt i praksis regulerte en evaluerende rettsmeklingsmodell.

Da prøveordningen ble innført så lovgiver på suksess og betenkeligheter ut fra tre forskjellige innfallsvinkler (hentet fra Knoff 2001:17-21): (1) prosess, (2) utfall og (3) produktivitet. Kort sagt skulle fordelene med **prosessen** være at man kunne oppnå bedre kommunikasjon mellom partene gjennom muntlig kontakt, at partene kunne få antydning et sannsynlig utfall av en hovedforhandling og at partene kunne fremme synspunkter og prøve sin argumentasjon i særmøter der motparten ikke var til stede. Utfordringer med prosessen var at rettsmekling krevde en annen type kompetanse enn den dommere normalt har oppøvd,²⁵ at domstolenes rolle kan bli uklar, og at partenes tillit til domstolene kan synke dersom de er redd taushetsplikten ikke overholdes mellom mekler og evt. ny dommer. Fordeler med **utfallet** skulle være at mekleren får anledning til å finne frem til partenes underliggende interesser og behov, at partene unngår publisitet, at det er mindre press enn i en hovedforhandling og at den totale påkjenningen for partene reduseres. Fordeler med **produktiviteten** er at sakene kan avsluttes tidligere enn ved tradisjonell tvistebehandling, at kostnadene reduseres både for parter og domstol og at meklingsarbeidet vil kunne effektivisere saksforarbeidet. Betenkeligheter vil kunne være at ordningen kan være kompliserende og forsinkende, at ved brudd vil det kunne føre til dobbeltarbeid for domstolen og at kostnadene kan øke dersom forlik ikke kommer i stand.

I 2001 ble prøveordningen evaluert, og i neste delkapittel skal jeg gi en oversikt over hovedfunnene i denne evalueringen. Funnene er organisert etter prosess, utfall og produktivitet.

1.6. Evalueringen av prøveordningen med rettsmekling

Den største undersøkelsen som er gjort i Norge av både mekling og rettslig mekling er antakelig evalueringen av prøveordningen med rettsmekling, som ble gjort av Richard H. Knoff i 2001.²⁶ Dette var en rapport som ble skrevet for Justisdepartementet, med det formål å undersøke om prøveordningen fungerte på en slik måte at det var grunnlag for å innføre rettsmekling som obligatorisk ordning ved alle landets domstoler. Grunnlaget for rapporten var 1440 spørreskjema

²⁵ Det er viktig å merke seg her at selv om det ble presisert fra lovgivers side at en sentral utfordring med meklingsinstituttet var at rettsmekling krevde en annen type kompetanse enn tradisjonelt dommerarbeid, ble det ikke krevd obligatorisk opplæring for de dommere som skulle ha rollen som rettsmeklere.

²⁶ <http://www.rhknoff.no/Rapporter/R157JD.pdf>

(488 parter, 582 prosessfullmektiger og 372 meklere), 56 intervjuer (25 parter, 16 prosessfullmektiger og 15 meklere) og statistikk fra samtlige 10 prøveembeter. Nær 40 % av spørreskjemaene kom for én domstol, men resten av dataene har god spredning mellom de ti domstolene som det ble hentet informasjon fra (Knoff 2001:23).

Hovedkonklusjoner i rapporten var følgende (basert på Knoff 2001):

(1) Prosess

Partene opplyste at de sjelden fikk noen bedre forståelse for motparten gjennom meklingsprosessen. De mente imidlertid at relasjonen heller ikke ble forverret som følge av meklingen. Et stort flertall av partene mente at meklingen var mindre påkjennende enn en rettssak. De fleste partene mente at tonen under meklingen var god. Meklerne har i de fleste tilfeller oppnådd høy grad av tillit hos partene, og godt forarbeid fra meklers side pekes på som en viktig suksessfaktor.

De fleste partene satte også pris på særmøtene slik at de kunne få legge frem sin sak uten at motparten var til stede. Meklerne og prosessfullmektigenes sans for særmøter økte med økende grad av erfaring.

Det rapporteres forskjellig mekleratferd, avhengig av om man spurte parter, advokater eller mekler. Meklerne selv mente at de sjelden pekte på styrker og svakheter, mens partene mente at mekleren ofte gjorde det. Meklerne mente oftest at aktivitetsnivået var ganske likt mellom de ulike aktørene i prosessen, mens parter og prosessfullmektiger mente at advokatene bidro mer enn partene og at mekleren bidro mest. Mange av meklerne er usikre på hvordan domsprognoser virker på prosessen, mens partene og advokatene gir uttrykk for at de synes dette kan være positivt. Noen advokater går så langt som å hevde at mekleren svikter sin oppgave dersom ikke domsprognose gis.

De fleste dommerne anbefaler at rettsmekling innføres som en obligatorisk ordning, mens noen gir uttrykk for tvil, blant annet begrunnet med utfordringer i forhold til sammenblanding av mekler- og dommerrollen. Enkelte dommere anbefaler også at andre enn dommerne bør utføre meklingsfaget. Et klart flertall av dommerne hevder at meklerrollen krever en helt annen kompetanse enn det som dommerrollen har gitt dem, og ønsker seg mer kompetanse på meklingsfaget.

(2) Utfall

Gjennom prøveperioden var forliksprosenten ganske stabilt på ca 80 %. Man får kreativ konfliktløsning når det bringes inn forhold som ligger utenfor partenes påstander, men slike løsninger forekom sjelden. Parter og prosessfullmektiger mente i all hovedsak at grunnen til at meklinger endte i brudd var motpartens uilje til å inngå forlik. En liten gruppe parter følte at de ble presset til å inngå forlik. Disse mente typisk at de ble forledet eller presset og at rettighetene deres ble krenket.

(3) Produktivitet

Rettsmeklingen ble nesten uten unntak gjennomført i ett rettsmøte, og gjennomsnittstiden var på 3,2 timer pr. rettsmekling. Gjennomsnittlig innsparing i tidsforbruk i mekling kontra hovedforhandling er 15 timer. I tillegg kommer reduksjon i tid til forberedelser, men også etterarbeid siden det ikke skal skrives dom.

I de sakene som ikke endte med forlik rapporterte 25 % av partene at de fikk redusert tillit til domstolssystemet, mens fra den totale massen av parter så rapporterte totalt 15 % av partene at de hadde fått redusert tillit til domstolssystemet etter å ha vært med i en rettsmekling. Ca. 75 % av partene rapporterer imidlertid at de har fått økt tillit til domstolsapparatet etter møtet med rettsmeklingsordningen.

Oppsummering

Evalueringen illustrerer at ordningen har klare fordeler og noen utfordringer. Utfordringer knyttet til meklerrollen er noe av det som etter min vurdering klart utpeker seg, og evaluator kommenterer at det bør gis tydeligere retningslinjer for hva meklerrollen innebærer, og hvordan denne skal avgrenses mot dommerrollen. Det kommenteres også at både dommere og eksterne meklere bør ha opplæring både i meklingsfilosofi og meklingsteknikk (Knoff 2001: 146-147). Jeg vil kommentere dette ytterligere i kapittel 1.9. der jeg også vil drøfte flere sentrale utfordringer som ble pekt på i evalueringsrapporten fra Knoff. Evaluator oppsummerer likevel totalt sett med følgende: *Målt opp mot de krav, suksesskriterier og betenkeligheter som ligger til grunn for evalueringen, er det ingen tvil om at rettsmekling har fungert godt i prøveperioden og trygt kan innføres som en generell ordning, med enkelte presiseringer og tilpasninger.* (Knoff 2001:146). På bakgrunn av dette ble prøveordningen innført som obligatorisk ordning ved iverksettelse av den nye tvisteloven.

1.7. Kommentarer til prøveordningen med rettsmekling i jordskifteretten

Første april 2007 ble det også innført en prøveordning med rettsmekling i norske *jordskifteretter*. Denne ordningen blir regulert av en egen forskrift, der hjemmelen finnes i jordskifteloven (jssl.) § 89b, med virketid frem til 31. mars 2012, jf. forskriftens § 11. For tiden arbeides det med utvikling av ny jordskiftelov, og det vil antakelig ikke bli en endelig avklaring av hvordan rettsmeklingsinstituttet i jordskifteretten skal se ut, før den nye jordskifteloven er ferdig utarbeidet og vedtatt.²⁷ I all hovedsak følger jordskifterettene prosesslovgivningen til de ordinære domstolene (tvisteloven), men man har valgt å *ikke* la tvistelovens bestemmelser om rettsmekling gjelde for jordskifterettene, blant annet fordi jordskiftelovgivningen er under revisjon.

Jordskifteretten er en norsk særdomstol som har kompetanse i det som kalles for *rettsendrende* og *rettsfastsettende* saker.²⁸ Rettsendrende saker er de klassiske jordskiftesakene, som blant annet innebærer å restrukturere og effektivisere eiendomsforhold for grunneiere, det være seg private eller offentlige aktører. De rettsendrende jordskiftesakene er hjemlet i jordskifteloven § 2. Rettsmekling er imidlertid kun innført for de rettsfastsettende sakene, som er saker etter jordskifteloven § 88 (grensegangssaker) og 88a (rettsutgreiing). Dette er typisk saker som knytter seg til konflikter om grenser for fast eiendom, som i prinsippet også kan behandles ved tingrettene.²⁹ Avgjørelser i disse sakene (§§ 88 og 88a) vil bli tatt ved domsavsigelse, og ankeinstansen er derfor lagmannsretten.³⁰ Jordskifterettens egen ankeinstans, jordskifteoverretten, er dermed ikke omfattet av prøveordningen med rettsmekling, fordi de i praksis ikke behandler sakstyper som det er muligheter for å rettsmekle, slik forskriftshjemlene er utformet pr. i dag.³¹ Jordskifteoverretten behandler kun ankesaker etter jssl. § 61 fjerde ledd. Det er viktig å merke seg skillet mellom de ulike sakstypene som jordskifterettene kan behandle. Jordskiftedommeren vil ha ulike roller, avhengig av om han er dommer i en rettsendrende eller rettsfastsettende sak. I de rettsendrende sakene, som da er de typiske jordskiftesakene, er en viktig del av dommerens arbeid knyttet til å utvikle gode skifteplaner for de involverte partene. Dommeren vil her ha en svært aktiv rolle i utviklingen av planene (jf. jssl. § 20). I de rettsfastsettende sakene, som

²⁷ Se Bachke (2009) for en oversikt over lovarbeidet.

²⁸ Norge er det eneste landet vi kjenner til som har jordskiftevirksomheten organisert i en særdomstol. I våre naboland, og ellers i Europa, er jordskiftevirksomheten organisert gjennom forvaltningen eller forvaltningsliknende organer. Dette har en eiendomshistorisk forklaring som det ikke er naturlig å gjennomgå for denne avhandlingens formål. For spesielt interesserte henvises det til for eksempel Sevatdal og Wannebo (2000) og Sky (2001) for nærmere beskrivelser av dette.

²⁹ Ca. 90-95 % av alle grensetvister i Norge kreves for jordskifterettene, jf. Falkanger og Falkanger (2007:111).

³⁰ Avgjørelsene kan også fattes ved rettsfastsettende vedtak, jf. jssl. § 17a.

³¹ Dette er også beskrevet i merknadene til forskriften om forsøksordningen fra landbruks- og matdepartementet, jf. notat fra departementet datert 21.1.2007. http://www.regjeringen.no/upload/kilde/lmd/hdk/2006/0013/ddd/pdfv/304695-brev_om_forskrift_220107.pdf

grensetvistene er, vil dommerens rolle være likere dommernes rolle i de ordinære domstolene.³² Disse ulike rollene, og dommerens særlige aktive rolle i skifteplanarbeid, er en av flere årsaker til at jordskifterettens rolle som særdomstol har blitt diskutert ved flere anledninger (se for eksempel Sevatdal og Wannebo 2000). Siste gang dette ble utredet var i Løkenutvalget (NOU 2002:9) der det ble drøftet om jordskiftevirksomheten var for tett knyttet til forvaltningen, og om arbeidet skulle organiseres som forvaltningsorgan. Konklusjonen på det hele endte med at jordskifterettene beholdt sin status som domstoler. En følge av dette var at de organiseringsmessig ble overflyttet fra Landbruksdepartementet til Domstoladministrasjonen i 2006 (se Ot.prp. nr. 106 (2002-2003)). Med rettsmeklingsordningen får imidlertid jordskiftedommerne enda en rolle å fylle, nemlig en ren meklerrolle; jordskiftedommerne har derfor en særlig utfordring med å skille mellom de ulike rollene de har i de ulike sakstypene, og det er svært viktig at det er et aktivt fokus på *hva* som kjennetegner de ulike rollene. Det er viktig at det er klart at jordskiftedommerne som *rettsmeklere* er noe annet enn jordskiftedommere som meklere i ordinære rettsmøter. Ulike regelsett regulerer atferden og prosedyrene, og rettsmeklingsordningen gir muligheter for en frikobling fra de juridiske rammene som ordinær mekling ikke gir.

Formålet med prøveordningen i jordskifterettene blir begrunnet ut fra de samme forholdene som for de ordinære domstoler, og i Ot.prp. nr. 78 (2004-2005), s. 37, inkluderer dette følgende målsetninger; å redusere behandlingstiden og ressursbruken, øke muligheten for å oppnå forlik, legge til rette for bedre kommunikasjon mellom partene, få frem partenes underliggende interesser og behov og tilrettelegge for bedre fremtidig samarbeid mellom partene. Arbeidet med å få innført rettsmekling som eget virkemiddel i jordskifterettene startet imidlertid allerede tidlig på 1990 tallet, og dette er presentert i en rapport fra en arbeidsgruppe nedsatt fra landbruksdepartementet fra april 2003 (Moviksutvalget).

Ett år etter prøveordningen ble innført i jordskifterettene ble det gjennomført en evaluering gjennom en masteroppgave fra Universitetet for Miljø og Biovitenskap (Pedersen 2008). Alle 34 jordskifterettsledere ble intervjuet, samt at parter og meklere svarte på spørreskjema. Konklusjonen etter det første året var at rettsmekling i jordskifteretten ikke var blitt en stor suksess. Kun 10 av 34 jordskifteretter hadde prøvd rettsmekling, totalt var det meklet i ca 20 saker (altså kun ca. 6 % av de rettsfastsettende sakene), og forliksprosenten var på ca. 60 %.

³² Det er viktig å merke seg at jordskifterettene kan behandle grensegangssaker der det ikke er reell tvist, det holder at det eksisterer en uklarhet om grenseforløpet mellom partene. Det kan ikke de ordinære domstolene gjøre, da må det være en etablert uenighet mellom de aktuelle partene.

Generelt syntes det nok å være mye skepsis knyttet til det nye virkemidlet, og det var flere årsaker til det.

Jordskifterettene er generelt preget av at de er ganske små (få dommere ved hver domstol), og utfordringer med habilitet trekkes frem som argument for at man ikke ønsker å prøve rettsmekling. Dersom det mekles, og meklingen ikke fører frem, kan det føre til at saken må overflyttes til en annen domstol. Den største innvendingen som trekkes frem er imidlertid *troen* på effektiviteten i denne måten å mekle på. Restansene er gjennomgående lave, og jordskiftestolene er regnet for å være praktiske domstoler, og blant annet har de egne ingeniører som står for oppmålings- og kartleggingsarbeid i forbindelse med jordskiftearbeidet. Mye av jordskiftebehandlingen foregår på eiendommene der konfliktene og/eller utfordringene er. I jordskifterettene har det nok derfor vært vanlig å mekle i mye større grad enn det har vært i de ordinære domstolene. Studier finner også at dommerne i jordskifterettene mekler i svært utstrakt grad (Rognes og Sky 1999; 2000; 2003), men da etter den generelle meklingshjemmelen som tidligere fantes i tvistemålsloven § 99, og som i dag finnes i tvisteloven § 8-1.

Det finnes nok antakelig utbredt meklingsvirksomhet allerede i norske jordskifteretter, og dette ser vi også i studiene til Rognes og Sky (1999; 2000; 2003). Før man konkluderer med at rettsmekling egentlig ikke egner seg så godt i jordskifteretten, er det svært viktig at de fokuseres på hva de komparative fortrinnene egentlig er med rettsmekling, sammenliknet med ordinær jordskiftebehandling eller ordinær mekling under jordskiftesaken etter tvl. § 8-1. De fleste av argumentene som ble brukt fra jordskiftestolene, som grunn for at rettsmekling ikke hadde vært valgt, var primært på bakgrunn av meklernes egne behov (*teknikkene vi har er gode nok/hvis mekling ikke fører frem blir ikke videre behandling mulig ved denne domstolen på grunn av habilitet*), eller domstolens ”behov” (*vi er allerede à jour*). Dommerne bruker også argumenter som *det koster mer penger og tar mer tid for partene hvis det ikke blir forlik, og meklingen er bortkastet hvis den ikke fører frem*. Disse argumentene er veldig lite forankret i hva som vil kunne være det beste for partene. Vi vet allerede fra forskningen at mekling som ikke fører frem kan føre til at partene får bedre innsikt i hverandres ståsted, og en meklingsprosess kan dermed være et godt bidrag til å få ryddet og systematisert i konfliktstoffet.

Et svært viktig, konkluderende poeng i forhold til dette, er at rettsmeklingsordningen gir et annet tilbud enn det ordinær mekling under hovedforhandling kan gi. I rettsmekling kan mekleren møte med partene enkeltvis, og det er mulighet for å frigjøre seg fra de rettslige posisjonene og

fokusere helt konkret på sentrale utfordringer i partenes kommunikasjon og/eller ønsker om fremtidige ordninger. Jf. forskriften til prøveordningen med rettsmekling, så er det presisert tydelig at sentrale formål med rettsmeklingsordningen i jordskifteretten *skal* være knyttet til å ivareta partenes interesser på en best mulig måte. Erfaringene fra de ordinære domstolene indikerer at dette i mange tilfeller er en hensiktsmessig måte å håndtere konflikter på, og i en nyere studie av rettsforlik, finner vi flere eksempler på at det utvikles omfattende bruksordninger gjennom rettsforlik i de ordinære domstolene – hvilket i utgangspunktet er en løsningsform som har vært forbeholdt jordskiftedomstolene frem til nå (se Mykland, Rognes, Sky, Hoddevik og Laskemoen 2009). Det er uansett viktig med en debatt om ulike meklingsaktiviteter i jordskifteretten, slik at man sikrer at det ikke utvikler seg mellomløsninger, der opprinnelig meklingsaktiviteter fortsetter, etter tvl. § 8-1, men med en adopsjon av visse egenskaper fra rettsmeklingsordningen (for eksempel særmøtene). Det vil være viktig, både for jordskifterettene og de ordinære domstolene, at rettsmeklingsordningen foregår på en så likeartet måte som mulig på tvers av de ulike situasjonene. Jordskifterettene har imidlertid en særlig utfordring siden de allerede har ulike roller knyttet til de ulike sakstypene, der de både skal ha, og har en svært aktiv saksstyring i skifteplansakene. Ulike roller for de samme aktørene kan skape utfordringer, og det er viktig å sette fokus på hvordan dette kan ivaretas på best mulig måte i jordskifterettene.

1.8. Lovrammene for den norske rettsmeklingsordningen

Tvisteloven §§ 8-3 til 8-7 regulerer den norske rettsmeklingsordningen, og for oversiktens skyld inkluderer jeg de aktuelle lovbestemmelsene i sin helhet.

§ 8-3. Rettsmekling

(1) Retten kan beslutte at det i stedet for eller i tillegg til mekling etter § 8-2 skal foretas rettsmekling etter §§ 8-4 til 8-6.

(2) Ved avgjørelsen legges det vekt på partenes holdning til rettsmekling og mulighetene for å oppnå et forlik eller en forenkling i saken. Det legges videre vekt på om ulikt styrkeforhold mellom partene, kostnadene ved rettsmekling, tidligere meklingsforsøk eller andre forhold gjør rettsmekling betenkelig. Rettsmekling mot partenes vilje kan bare skje når særlige grunner tilsier det.

§ 8-4. Rettsmekleren

(1) Rettsmekler kan være forberedende dommer i saken, en av domstolens øvrige dommere eller en person fra utvalg av rettsmeklere for domstolen. Retten kan med samtykke av partene oppnevne rettsmekler utenfor utvalget av rettsmeklere. Med samtykke av partene kan retten også oppnevne en hjelper for rettsmekleren.

(2) For rettsmeklere og hjelpere gjelder samme krav til habilitet som for dommere. Oppnevning av rettsmekler eller av hjelper kan ankes på grunnlag av inhabilitet.

(3) En hjelper og rettsmekler som ikke er dommer ved domstolen, skal ha en godtgjøring som fastsettes av retten. Godtgjøring fastsettes etter satsene for fri sakførsel med mindre retten, partene og rettsmekleren eller hjelperen er blitt enige om noe annet. Kongen kan gi nærmere forskrift om godtgjøring.

(4) Domstollederen skal sette opp et utvalg av rettsmeklere. Domstoler kan ha felles utvalg. Plikten til å sette opp utvalg av rettsmeklere gjelder ikke for Høyesterett. Medlemmene av utvalget bør samlet dekke den fagkyndighet som trengs ved rettsmekling for domstolen. Rettsmeklere i utvalget skal ha nødvendig kompetanse som mekler. Kongen kan gi forskrift om utvalg av rettsmeklere, herunder krav til kvalifikasjoner.

§ 8-5. Saksbehandlingen og innholdet i rettsmekling

(1) Rettsmeklingen foregår utenfor rettsmøter. Rettsmekleren bestemmer framgangsmåten i samråd med partene. Det kan holdes møter med partene hver for seg eller samlet.

(2) Partene skal møte selv under rettsmeklingen og kan ha med prosessfullmektig.

(3) Rettsmekleren skal opptre upartisk og søke å klarlegge partenes interesser i tvisten med sikte på en minnelig løsning. Rettsmekleren kan peke på forslag til løsning og drøfte styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.

(4) Rettsmekleren bestemmer om, og i tilfelle i hvilket omfang, bevisføring skal skje under rettsmeklingen. Bevisføring finner ikke sted uten samtykke av partene og den som i tilfelle skal legge fram bevis eller gi forklaring.

(5) Rettsmekleren fører en protokoll for rettsmeklingen som skal angi domstolen, tid og sted for meklingsmøtet, sakens nummer, mekler, partenes og prosessfullmektigenes navn, om partene møter personlig, og eventuelt hvem som møter for dem. Det skal angis om det er avhørt vitner eller sakkyndige, og hvem det er. En part som setter fram et forlikstilbud, kan kreve dette protokollert. Protokollen inngår i sakens dokumenter.

(6) Kommer partene til enighet, kan forliket inngås som rettsforlik, som skal føres inn i protokollen for rettsmeklingen. For øvrig gjelder § 19-11 annet til fjerde ledd tilsvarende.

§ 8-6. Bevisforbud og taushetsplikt

(1) Partene kan verken i samme eller annen sak gi parts- eller vitneforklaring om det som kom fram under rettsmeklingen. De er likevel ikke avskåret fra å gi opplysninger om konkrete bevis som det ble opplyst om, og som ikke er kommet fram på annen måte, eller om forslag til minnelig løsning som er protokollert etter § 8-5 femte ledd. De skal i annen sammenheng bevare taushet om forhold som ble meddelt under forutsetning om taushet.

(2) Rettsmeklere og andre enn de som omfattes av første ledd, plikter å bevare taushet om det som foregikk under rettsmeklingen. De kan likevel forklare seg om en avtale er i samsvar med det partene var enige om under rettsmeklingen.

§ 8-7. Videre saksbehandling hvis enighet ikke oppnås

(1) Dersom saken ikke avsluttes under meklingen, fortsetter behandlingen ved domstolen. Retten skal så langt mulig søke å unngå at forgjeves rettsmekling forsinker framdriften i saken.

(2) En dommer som har vært rettsmekler i saken, kan bare delta i den videre behandling av saken hvis partene ber om det, og dommeren selv finner det ubetenkelig. Domstoloven § 109 får ikke anvendelse ved skifte av dommer.

Oppsummering

Lovbestemmelsene i tvisteloven er i hovedsak en videreføring av forskriften som regulerte prøveordningen. Endringene som er gjort relaterer seg i hovedsak til selve prosessen, der mekleratferden er forsøkt moderert noe i forhold til det som ble funnet i evalueringen, nemlig at meklerne i stor grad var evaluerende og at det ikke var uvanlig med domsprognoser fra meklers side. Lovgiver påpekte i forarbeidene til tvisteloven at *rettsmekleren må være varsom med å uttrykke seg på en måte som partene kan oppfatte som uttrykk for hva en dom i saken sannsynligvis vil gå ut på (domsprognose)... På sikt kan det svekke rettsmeklingsordningens legitimitet* (Ot.prp. 51, (2004-2005), s. 126). Ordlyden i tvl. § 8-5 tredje ledd er derfor endret til at rettsmekleren kan *peke på* forslag til løsning, heller enn at meklere *selv* kan komme med forslag til løsning (slik det var i forskriftens § 5). Videre er ordlyden i § 8-5 tredje ledd at meklere kan *drøfte* både faktiske og rettslige forhold i partenes argumentasjon. Dette var ikke lovregulert i forskriften, men lovgiver mener at det er innenfor meklereens rolle å gi uttrykk for styrker og svakheter i partenes argumentasjon (Ot.prp. 51 (2004-2005), s. 125-126).

Gjennom bestemmelsene i tvisteloven har man også forsøkt å aktivisere partene i større grad når det gjelder hvilken fremgangsmåte som skal velges. I følge tvisteloven § 8-5 første ledd skal rettsmekler bestemme fremgangsmåten *i samråd* med partene, mens det i forskriften var opp til meklere selv å bestemme fremgangsmåten, herunder om det skulle holdes møter med partene hver for seg eller samlet (forskriften § 4).

I evalueringen kom det tydelig frem at kompetansen som meklerne trengte var svært annerledes enn den kompetansen man hadde som dommer. Det finnes uttalelser både i lovforarbeidene til forsøksordningen med rettsmekling, og i lovforarbeidene til tvisteloven, om at kompetansen til meklerne bør heves – *og* at et viktig fokus for rettsmeklingen skal være å bedre partenes kommunikasjon. Slik jeg vurderer det har det blitt iverksatt svært lite konkrete virkemidler for å endre rettsmeklingsprosessene i en retning som lovgiver ønsker. I tvl. § 8-4 er det presisert at eksterne meklere skal ha kompetansekrav, men utover dette er det lite nytt i forhold til hvordan kompetansesituasjonen var under prøveordningen. Alle *nye* dommere må gjennomgå kurs i meklere, men fremdeles er de konkrete kompetansekravene som er regulert kun knyttet til de eksterne meklerutvalgene (se Ot.prp. 51 (2004-2005), s. 389). Jeg vil drøfte dette litt mer konkret under, sammen med to andre punkter som ble tatt opp i evalueringen, men som jeg mener har fått lite fokus ved innføringen av ny tvistelov.

1.9. Noen refleksjoner knyttet til evalueringen av prøveordningen og innføringen av rettsmekling gjennom tvisteloven

Prøveordningen med rettsmekling synes langt på vei å være en suksesshistorie. Partene var i hovedsak fornøyde, forliksprosenten var høy, prosessene gikk raskere og relasjonene ble vanligvis ikke forverret gjennom rettsmeklingsprosessene. Prøveordningen ble da også innført som permanent ordning i januar 2008. Det er liten tvil om at rettsmeklingsordningen er effektiv for norske domstoler, og at mange parter er fornøyde med tilbudet. Forliksprosenten er også stabilt høy, og i en ny studie fant vi at forliksprosenten fremdeles er stabil på ca. 70 % (Mykland m.fl. 2009). Det er imidlertid grunn til å dvele ved noen elementer ved evalueringen som i liten grad har blitt fulgt opp av lovgiver, og som heller ikke er fulgt opp på andre måter ved innføringen av en permanent ordning med rettsmekling i norske domstoler. Jeg vil trekke frem tre utfordringer som ble påpekt i evalueringen, og som kan danne grunnlag for videre diskusjoner av utviklingen av rettsmeklingsordningen fremover.

(1) Partene rapporterer at de sjelden fikk noen bedre forståelse for motpart gjennom meklingsprosessen. Det synes heller ikke å være vanlig at meklingsavtalene inneholder andre elementer enn det som var innholdet i påstand og stevning, og kreativiteten i avtalene synes derfor å være lav. (2) Meklerne selv rapporterer at det kan være utfordringer med å veksle mellom meklerrollen og dommerrollen. (3) Noen parter mener også at de ble presset til å inngå forlik som de ikke ønsket selv, og en fjerdedel av partene rapporterer at de har fått lavere tillit til domstolssystemet *etter* de har vært gjennom en rettsmekling.

(1) Begrenset forståelse for motpart og lite kreative meklingsavtaler

En helt sentral utfordring knyttet til rettsmeklingsordningen er å gjøre rettsmekling til noe *annet* enn ordinær domstolsbehandling, der man kan utvikle avtaler på bakgrunn av partenes interesser og behov heller enn ut fra de rettighetene de har og den rettspraksis som finnes. Gjennom meklingsprosessen skal det også være mulighet for å bedre partenes kommunikasjon. Dette finner vi gjennomgående presisert i forarbeidene, både til prøveordningen med rettsmekling og til tvisteloven. I en modell som skal være alternativ til domstolene skal partene aktiviseres i så stor grad som mulig, og advokatens rolle begrenses. Dette ser vi helt rendyrket i konfliktrådsmodellen som bygger på Nils Christies tankegodt, der det ikke engang er mulig å ta med seg advokat i selve meklingsprosessen. På bakgrunn av evalueringen av prøveordningen ser vi imidlertid at mekleren vurderes å være mest aktiv, med advokatene på en andreplass og partene selv rangeres på en sisteplass, med minst aktivitet. Ut fra tvisteloven § 8-5 første ledd skal nå

partene involveres i valget av fremgangsmåte i rettsmeklingene. Vi vet ikke i hvilken grad partene faktisk blir involvert i dette, men ut fra evalueringen *og* ut fra studien som jeg har gjort, er det ingen indikasjoner på at partene frem til innføringen av tvisteloven fikk være med å påvirke dette. Tvert i mot finner jeg at de fleste rettsmeklinger i hovedsak gjennomføres i særmøteform, uten at partenes syn på dette blir etterspurt av mekler.³³ I særmøtene blir mekleren den helt sentrale part, og partene får i svært liten grad kommunisere direkte. Særmøtene ser i mange tilfeller ut til å gi grunnlag for et godt forhold mellom partene *og* mekleren, for disse får bruke mye tid på direkte kommunikasjon, mens partene selv i liten grad får kommunisere med hverandre. På denne bakgrunn er det ikke overraskende at partene rapporterer at de *ikke* får ny forståelse for motpart gjennom meklingen. I den norske praktikerorienterte meklingslitteraturen benevnes også typisk særmøtene som en hovedmotor i norske rettsmeklinger (Austbø og Engebretsen 2006:96). Dersom man hadde fått mer direkte kommunikasjon mellom partene, og mindre aktive meklere, er min antakelse at forståelsen mellom partene hadde blitt større.

Et fokus på fordeler med fellesmøter er et forslag til tiltak som jeg tror kunne vært nyttig for å få bedre forståelse mellom partene, gitt at kommunikasjonen blir kontrollert på en måte som gir grunnlag for forsoning og dialog, og ikke bare ytterligere konflikteskalering. Det er imidlertid åpenbart at vi trenger et større fokus på *hvordan* man kan legge til rette for bedre kommunikasjon mellom parter i norske rettsmeklinger. Det er partene som vet best *hva* de trenger, og en dialog mellom partene knyttet til *hvordan* behovene deres på en best mulig måte kan ivaretas, vil jeg anta at også kan legge til rette for mer kreative avtaler. Når de juridiske aktørene i meklingene er de som er mest aktive (les: mekler og advokater), er det også naturlig at løsningene som utformes er mer juridiske enn kreative i sin karakter. Alternative (og kreative) avtaler vil (ofte) betinge at de aktuelle partene aktiveres i så stor grad som mulig.

(2) Veksling mellom rollen som mekler og dommer

I den norske rettsmeklingsordningen er det svært sjelden at andre enn domstolens dommere praktiserer som meklere (Ot.prp. 51 (2004-2005), s. 121).³⁴ Etter den nye tvisteloven ble iverksatt i 2008 ble alle domstoler pålagt å ha et eksternt utvalg av rettsmeklere, men de er ikke pålagt å bruke dem (tvistelovsforskriften § 7). Det er også slik at partene selv må dekke utgiftene til eksterne meklere, dersom man bruker det i stedet for domstolens egne meklere (se tvl. § 8-4 tredje ledd). Først ved innføringen av den nye tvisteloven ble det innført et krav om obligatorisk

³³ Se artikkel 5.

³⁴ I jordskifterettene har også ingeniørene mulighet for å være rettsmeklere, men de har ikke hjemmel til å inngå rettsforlik (se forskriften § 3).

opplæring i mekling for nye dommere, men frem til 1.1.2008 var det ikke noe slikt påbud. Dette betyr at siden prøveordningen med rettsmekling startet i 1997 har det ikke vært obligatorisk for dommere å ha kurs i mekling før de har meklet. Dette er svært betenkelig, gitt at mekling og tradisjonell dømmende virksomhet i domstolene bygger på helt ulike prinsipper.³⁵ Det er likevel viktig å merke seg at de fleste meklerne likevel har valgt å delta på kursene som gis i rettsmekling.³⁶ I Danmark har man gjort dette på en annen måte, og alle meklere *må* gjennom syv dager obligatorisk opplæring før de kan starte med mekling på egen hånd (se de danske etiske retningslinjer § 2 syvende ledd). I tillegg er det nedfelt i de etiske retningslinjer at dommerne *skal* vedlikeholde sine kunnskaper, og dette kan gjøres enten gjennom videreutdanningstilbud eller gjennom andre kurs i utlandet (§ 2 syvende ledd, siste punktum). I Norge har vi et to-dagers introduksjonskurs for meklere, som ikke har vært obligatorisk, og vi har enda ikke konkrete etiske retningslinjer for rettsmeklingsvirksomheten vår. Dette har vært under utvikling, men foreløpig er det ikke vedtatt slike retningslinjer, slik at vi må anta at de generelle etiske retningslinjene for dommere vil gjelde analogt for norske rettsmeklere, og som foreløpig må utledes av retningslinjene vi har i domstolloven §§ 55, 236.³⁷ På bakgrunn av svakhetene ved de norske rammene ville det derfor vært veldig underlig dersom det ikke hadde vært uklarheter knyttet til de ulike rollene, mekler/dommer, som de fleste dommere utøver. Etter min vurdering vil mangelen på forsvarlige rammer i verste fall, på sikt, føre til at meklingsordningen mister sin legitimitet. Det er en utfordring hvis det blir for mye dommeratferd i norske rettsmeklinger, slik min studie indikerer at det ofte er.

(3) Press til å inngå avtaler – og reduksjon av tilliten til det norske domstolssystemet

I evalueringen av prøveordningen ble det rapportert at en liten gruppe parter føler seg presset til å inngå avtaler de egentlig ikke ønsker. I tillegg rapporterer 25 % av partene at de har mistet tilliten til det norske domstolssystemet etter å ha vært med i en mekling som har resultert i brudd. 15 % sier det samme når de har fått et rettsforlik. Dette punktet henger nært sammen med diskusjonen under punkt 2. Etter forskriften som regulerte prøveordningen med rettsmekling, stod meklerne fritt til å evaluere styrker og svakheter ved partenes argumentasjon, og til å komme med egne løsningsforslag. Mekleren fremstår som en ekspert i kraft av sin juridiske ekspertise, og evalueringen viser også at partene opplever oftere at mekleren kommer med en domsprognose enn det meklerne selv gjør det. Meklerens rolle som egentlig dommer vil nok kunne medføre et

³⁵ Se kapittel 2.2. i avhandlingen for en oversikt over typiske forskjeller mellom domstolsbehandling og meklingsbehandling

³⁶ Informasjon fra DA.

³⁷ Se artikkel 5 s. 3-5 for en grundigere drøftelse av dette.

følt press hos partene, og dette er en god grunn til å fokusere mer på meklerens ulike roller, og hvordan de ulike rollene kan skilles og utøves på best mulig måte. En viktig måte å gjøre dette på er etter min vurdering å kvalitetssikre meklernes atferd i norske rettsmeklinger, gjennom for eksempel kompetanseutvikling og tilrettelegging for erfaringsutveksling og diskusjoner i det norske meklingsmiljøet. En tredje mulighet er å innføre større diversitet i meklerkorpset, slik at jurister, psykologer og ingeniører, bare for å nevne noen, sammen kan skape en større bredde i meklertilnærmingene i norske domstoler.

Både på bakgrunn av evalueringen av prøveordningen med rettsmekling, og min studie av mekleratferd i domstolene, er det grunn til å tro at meklere i norske domstoler fremdeles i stor grad er preget av rettslig atferd. Det er derfor behov for studier som utforsker norsk rettsmekleratferd i større grad. Hva er det som egentlig kjennetegner mekleratferd i norske rettsmeklinger på nasjonal basis, etter innføringen av den nye tvisteloven, og på bakgrunn av dette; hvordan kan vi gå frem for å kvalitetssikre ordningen på best mulig måte? Det er klart et behov for en større diskusjon av dette, og dette doktorgradsarbeidet som bygger på observasjoner av norske rettsmeklinger, er et første steg i retning av mer faktisk innsikt i hvordan meklere opptrer i norske rettsmeklinger. Det er imidlertid også behov for et betydelig bedre apparat som kvalitetssikrer ordningen, både i forhold til utdannelse, etiske retningslinjer, men også i forhold til hvordan meklerne selv kan dele erfaringer og utfordringer som de møter. *Mekling er et ensomt fag å praktisere* sa en av meklerne jeg fulgte. Siden meklingsprosessene er underlagt konfidensialitet er det en utfordring å finne måter som kan bidra til at meklernes egne erfaringer blir spredd på hensiktsmessige måter.

Som vi ser står vi i Norge overfor flere sentrale utfordringer når det gjelder å få kvalitetssikret meklingsordningen vår. Vi var det første landet ut i Norden som startet med rettsmekling. Danskene kom etter oss, og har på mange måter en rettsmeklingsordning som likner på den norske. Som vi skal se har de imidlertid iverksatt forskjellige tiltak, som vi i Norge antakelig har mye å lære av. I det videre vil jeg knytte noen kommentarer til rettsmeklingsordningene i Danmark og Finland, og avslutningsvis til Sverige. I Sverige er det enda ikke innført en egen rettsmeklingsordning, men en liknende ordning som Norge, Danmark og Finland har er på vei til å bli innført også der.

1.10. Den danske rettsmeklingsordningen

Forslaget til ordningen med rettsmekling i Danmark er svært inspirert av den norske rettsmeklingsordningen (Vindeløv 2008:52). Det startet opp en prøveordning med rettsmekling i

2003. I Danmark ble det åpnet opp for at både advokater og dommere kunne mekle, og da ordningen startet opp ble det valgt ut 15 dommere og 15 advokater som skulle trenes opp til rettsmeklingsrollen (Hareide 2006:60). Det ble også iverksatt egne opplæringsprogram for meklere (se Vindeløv 2008:47-49). Opplæringen skjer primært innenfor en tilretteleggende tilnærming, der Vindeløvs refleksive modell har vært sentral (se Hareide 2006:62). Helt siden oppstarten har det vært et krav at rettsmeklerne skal gjennomgå relevant kurs før de får anledning til å mekle selv. Dette er også nedfelt i de etiske retningslinjene for rettsmeklere, som ble vedtatt den 29.januar 2009.³⁸ I punkt 2 i retningslinjene står det at meklerne skal ha gjennomgått en meklerutdanning, og at meklerne løpende har ansvar for å vedlikeholde sine ferdigheter.³⁹ I Danmark ble det også startet en egen masterutdanning i konfliktmekling ved Universitetet i København i 2002,⁴⁰ og private institusjoner, som Center for Konfliktløsning, har gitt kurs i mekling og sertifisert meklere i flere år (Vindeløv 2008:46). Meklerne i Danmark har også flere medlemsorganisasjoner, som for eksempel ”Foreningen for Mediation/Konfliktmægling” som utelukkende er en interesseorganisasjon for alle med interesse for området.⁴¹

Som vi ser har det vært et mye større fokus i Danmark enn i Norge på obligatorisk opplæring og forsvarlige rammer for ordningen. Vi ser dette gjennom innføringen av etiske retningslinjer, og ved at det har utviklet seg en rekke institusjoner i tilknytning til meklerne. I Danmark har vi sett en trend der meklere har gjennomgått en profesjonalisering, og der en mekler eller ”Mediator” er i ferd med å bli et etablert yrke, både for advokater og for andre som tar meklerutdannelsen og blir sertifisert som meklere. Institusjonalisering og profesjonalisering av meklere er et tema som er under debatt i den internasjonale meklingslitteraturen, og Welsh (2005:494) sier følgende om dette:

(s.494:)”Professions have a shared body of knowledge, often imparted in an institutional setting that certifies competence and quality. Entry into professions is conditioned upon the demonstration of sufficient skill in applying the core knowledge, and professions self-regulate to ensure competent and ethical performance” ... (s. 495:) ... there is no consensus regarding the approach, skills and norms that mediators should share ... and there is no agreement regarding a systematic body of esoteric, abstract knowledge upon which the work of mediation is based”.

Welsh (2005) beskriver hva som skal til for at meklere skal kunne utvikle seg til å bli en egen profesjon. Hun beskriver utfordringene knyttet til det amerikanske meklingssystemet, der det mekles i et utall forskjellige sammenhenger, og der man støtter seg på ulike ideologiske og

³⁸ <http://www.domstol.dk/saadangoerdu/retsmaegling/Pages/Etiskeretningslinjerforretsmaegling.aspx>

³⁹ Se Betænkning nr. 1481/2006, s. 43-44 for en grundig oversikt over innholdet i rettsmeklerutdannelsen.

⁴⁰ <http://jura.ku.dk/uddannelser/efterogvidereuddannelse/master/>

⁴¹ Det er viktig å merke seg at det i den danske rettsmeklingsmodellen kun er dommere eller advokater som kan være rettsmeklere, og at en utdanning innenfor konfliktmekling ikke gir mulighet for å bli rettsmekler dersom man i utgangspunktet ikke tilhører en av de to nevnte profesjoner. En ”vanlig” jurist kan derfor for eksempel ikke bli rettsmekler i Danmark, slik ordningen er regulert i dag.

teoretiske prinsipper i forskjellige meklingsordninger. Kravene til at man skal kunne etableres som egen profesjon er at det finnes institusjonelle rammer som sikrer kvaliteten og kompetansen i meklingsordningen, og at det er enighet om hvilke tilnærminger, evner og normer som meklerne skal følge. I Danmark har man i stor grad klart å innordne seg disse kravene. Rettsmeklerne blir primært opplært i Vindeløvs refleksive meklingsmodell, som er en tilretteleggende meklingsstilnærming. I de etiske retningslinjene punkt 2 blir meklerne frarådet å komme med løsningsforslag, eller peke på styrker og svakheter ved partenes argumentasjon.⁴² Kvalitetssikrende ordninger har utviklet seg ved siden av fremveksten av meklere, som både kommer til uttrykk gjennom en rekke interesseorganisasjoner og gjennom etiske retningslinjer. I Norge har utviklingen av meklingsordningen foregått på en annen måte. Meklingsordningen har fått utvikle seg internt i domstolene, der advokatene i liten grad har blitt inkludert som rettsmeklere. Det har vært gjennomført omfattende kursvirksomhet i mekling for advokater, men advokatmekling som fenomen er etter det jeg kjenner til svært lite brukt i Norge. Det samme gjelder selvstendige, eller private meklere. I norsk sammenheng er det også svært begrenset med utdanningsmuligheter for de som interesserer seg for mekling, både internt i domstolene og eksternt for andre meklingsinteresserte. Vi ser derfor en åpenbar forskjell mellom Norge og Danmark som er knyttet til opplæring og rammer, både i forhold til etiske standarder og tilknyttede institusjoner for meklere.

Samtidig er det her også viktig å merke seg kritikken *mot* profesjonalisering av konflikthåndterere. Christie's argument i 1977 var nettopp kritikken mot profesjonaliseringen som medførte at partene fikk frastjålet sine konflikter. Forliksrådene var og er bygget på et lekmannsprinsipp som skulle sørge for at partene ble behandlet av sine likemenn – og av lekmen, det samme prinsippet som også konfliktrådene er bygget på. En debatt om profesjonalisering må derfor også inkludere vurderinger knyttet til utfordringene som finnes med ”ekspertifisering” av de som skal håndtere konfliktene våre. Lekmannsprinsippet finner vi nettopp i mange kulturer rundt i verden. Dette spørsmålet må imidlertid vurderes opp mot andre hensyn, for lekmannsprinsippet er kombinert med et delaktighetsprinsipp fra partene, dvs. at det i hovedsak er partene som skal medvirke og bestemme i disse prosessene. I rettsmeklingsordningen tror jeg særlig dette viser seg å ikke være tilfellet, der det typiske er at rettsmeklerne er svært aktive og involverende i prosessen. Når vi da får en situasjon der partene blir mer reaktive enn proaktive, og meklerne selv blir svært delaktige, da kan vi få, i alle fall i domstolstilknyttede meklingsordninger, en utfordring knyttet til

⁴² *Retsmægler bør som det klare udgangspunkt være tilbageholdende med at komme med løsningsforslag eller pege på styrker og svagheder i parternes argumentation. Retsmægler kan kun undtagelsesvist gøre dette, hvis parterne anmoder herom, og hvis retsmægler finder det hensigtsmæssigt og forsvarligt.*

rettsikkerhetsmessige spørsmål. Dette blir også drøftet grundigere i kapittel 11 i selve avhandlingen foran, men dette dilemmaet mellom profesjonalisering og lekmenn er viktig å være seg bevisst. Det er samtidig viktig at man ikke ser på dette i isolasjon, men at samtlige prinsipper for gode meklingsprosesser diskuteres under ett.

Det er åpenbare variasjoner mellom Norge og Danmark når det gjelder rammeverket som omslutter ordningene. Det er derfor interessant å se litt på evalueringen av prøveordningen med rettsmekling i Danmark, for å se hvordan erfaringene med rettsmekling var der, og om de er av en annen karakter enn det som vi fant i Norge.

1.11. Evalueringen av prøveordning med rettsmekling i Danmark

Etter innføringen av prøveordningen med rettsmekling i 2003, ble det foretatt en midtveiseevaluering i april 2004 (Kyvsgaard 2004) og en avsluttende evaluering i mars 2005 (Roepstorff og Kyvsgaard 2005). Den overordnede konklusjonen var at prøveordningen burde fortsette. Rettspleierådet i Danmark avga et lovforslag på bakgrunn av evalueringen ("betænking") i 2006, der ordningen blir foreslått innført på permanent grunnlag, og der regelverket til prøveordningen i hovedtrekk blir videreført.⁴³ Advokatsamfunnet avga imidlertid et høringssvar under høringsrunden til det nye lovforslaget, der advokatene henviser til at meklingsvirksomheten klart strider mot domstolenes kjernevirksomhet og uavhengighet, og at dette taler mot å bruke dommere som rettsmeklere. Advokatene mente at det var kun dem, og ikke dommerne som burde praktisere som meklere, og de trakk seg deretter ut av ordningen i protest den 1.2.2007 (Vindeløv 2007:150). I Danmark fikk man derfor i en periode en situasjon der kun dommere rettsmeklet i domstolene. Rettsmeklingsordningen ble imidlertid innført på permanent basis ved en endring i retsplejeloven, som trådte i kraft den 1. april 2008.⁴⁴ Advokatene lot seg da inkludere igjen i ordningen, slik at i dag praktiserer både advokater og dommere som rettsmeklere i Danmark, (jf. retsplejeloven § 273 andre ledd). Advokatene betales av staten og ikke av partene når de rettsmekler (se Vindeløv 2008:349). I Danmark tilstrebes det en rettsmeklingsordning i dag der det skal være tilnærmet lik fordeling av advokater og dommere som rettsmeklere.

Midtveiseevalueringen bygget på opplysninger fra 181 avsluttede rettsmeklinger. I sluttevalueringen var det totale antallet saker økt til 351 avsluttede meklinger. Den danske evalueringen bygger på meklernes rapportering i hver enkelt sak ("stamskjemaer"), og det er utfylt

⁴³ Reform av den Civile Retspleie V – Retsmægling, Betænking nr. 1481/2006, s. 18-flg.

⁴⁴ Lov om endring av Retsplejeloven, kapitel 27 (lov nr. 168 av 12. mars 2008).

ett skjema pr. gjennomført sak i hele prøveperioden. I tillegg har det vært utdelt spørreskjemaer til parter, advokater og meklere, og det er foretatt intervjuer, også av parter, advokater og meklere.

I evalueringene ble rettsmekling fremhevet som en konfliktløsningsform som har en rekke fordeler. Forliksprosenten ble funnet å være 64 % i gjennomsnitt. Evalueringen viser at ca 1/3 av partene som har inngått en avtale, mener at de har fått økt forståelse for motpart og at forholdet mellom dem er blitt bedret. Meklerne mener at i ca. halvparten av de forlikte sakene har resultatet blitt av en annen karakter enn det en domstol kunne kommet frem til. 9 av 10 parter mener at meklingen har vært vellykket, men en fjerdedel av partene som ikke har fått en avtale vil ikke anbefale ordningen videre (Roepstorff og Kyvsgaard 2005:113-114).

På samme måte som i Norge rapporteres det imidlertid forskjellig fra parter, advokater og meklere i forhold til om mekleren har kommet med domsprognoser eller ikke. Totalt 90 % av meklerne mener at de "slett ikke" eller "i liten grad" kommenterte hva et utfall kunne blitt, mens 72 % av partene hevdet det samme. Partene mente derfor, på samme måte som i Norge, at meklerne oftere gav uttrykk for hva en løsning ville blitt enn det meklerne selv gjorde (ibid:65). Vi ser imidlertid ut fra de danske prosentsatsene at det skjer mer som unntak enn hovedregel at meklere kommer med domsprognoser i Danmark, mens konklusjonen i den norske evalueringsrapporten var at dette ble gjort i ganske utstrakt grad. Når det gjelder om mekleren vurderer partenes argumentasjon, så mener totalt 37 % av partene at mekler ikke gjør dette, eller at de i liten grad gjør det, mens totalt 60 % av meklerne mener at de ikke har gjort det. Det er derfor en rekke eksempler på at mekler og parter vurderer meklerens atferd på forskjellig måte.

I 79 % av de danske rettsmeklingene ble det avholdt sær møter. Generelt synes både meklere og parter å være tilfredse med å bruke slike møter. Det blir imidlertid trukket frem typiske eksempler på når sær møter har vært nyttig å bruke, og særlig kan nevnes der rettsmeklingsprosessen har gått i stå, når irritasjonen mellom partene stiger, og at sær møtene typisk har blitt brukt i løsningsfasen i rettsmeklingsprosessen. Det kommer klart frem at det er forskjellige syn på bruk av sær møter, og noen av meklerne bruker for eksempel *ikke* sær møter når partene møter uten advokat, mens noen av meklerne hevder at de ikke bruker sær møter i familiesaker, nettopp fordi partene der har svært nytte av å lære seg å kommunisere direkte (ibid:48-49).

Dette korte utdraget av evalueringen med den danske prøveordningen illustrerer derfor på mange måter et annet mønster enn den norske evalueringen. For det første kan det se ut for at danske

meklere er mer reservert enn de norske meklerne når det gjelder å komme med domsprognoser. Overordnet er det også en noe lavere forlikprosent i Danmark enn i Norge (64 % vs. 80 %). Vi ser imidlertid at en stor andel parter i den danske ordningen mener at de har fått økt forståelse for motpart, og at de også har fått en bedre relasjon til denne gjennom meklingen. Ca 50 % av sakene ser også ut for å ha et mer kreativt innhold enn det en dom ville hatt. Rettsmekling i Danmark har et likt teoretisk utgangspunkt som den norske rettsmeklingsmodellen, men opplæring og etiske retningslinjer synes å legge mer vekt på en tilretteleggende og refleksiv modell enn det den norske rettsmeklingsmodellen gjør.⁴⁵ Dette kan forklare at forlikprosenten er noe lavere, siden det på mange måter er rom for mer aktivitet, evaluering og press i norske domstoler. Tilrettelegging for kreative avtaler krever nok både kompetanse fra meklerne side og direkte kommunikasjon mellom partene. Det synes å være slik at det i den danske modellen er større grad av meklingskompetanse, og mindre grad av særmøter enn det er i den norske modellen. I den danske evalueringen er det fremhevet at særmøtene er mest utbredt i løsningsfasen. Totalt sett kan dette være forklaringer på hvorfor den danske meklingsordningen har bedre evaluering enn den norske modellen på disse dimensjonene.

Finland har også en egen rettsmeklingsordning, mens Sverige er i ferd med å få dette. Jeg vil kort kommentere den finske og svenske ordningen i det videre.

1.12. Den finske rettsmeklingsordningen

Den overordnede motivasjonen for den finske rettsmeklingsmodellen var ”å forbedre tilgangen til rettslige tjenester”.⁴⁶ I Finland ble det innført en rettsmeklingsmodell i 2006, som er inspirert av den danske og norske ordningen.⁴⁷ Noen forskjeller er det, blant annet er det kun dommere som kan være rettsmeklere (jf. § 5 i lag om medling). I Finland blir derfor rettsmekling sett på som en konkret rettslig oppgave, og i forarbeidene understrekes det at et forlik regnes som en avgjørelse av en tvist, og at meklingsvirksomheten derfor passer godt sammen med domstolenes arbeidsoppgaver.⁴⁸ I forlengelsen av dette er ordningen også offentlig (jf. § 12) til forskjell fra den norske og danske ordningen. Publikum får likevel ikke være til stede når og dersom mekleren har særmøter med en part (jf. § 12). Dersom en part ønsker det kan også selve meklingen foregå utenfor offentlighet (jf. § 12). I følge Vindeløv (2007:152) betyr dette i praksis at også rettsmekling i Finland foregår for lukkede dører, og i følge Ervasti (2006:406) er prinsippet om

⁴⁵ Se Betænkning nr. 1481/2006, s. 43-44 for en oversikt over kravene til den danske rettsmeklerutdannelsen.

⁴⁶ Se Lindell 2006:203.

⁴⁷ Lovforslaget ble vedtatt som lov nr. 663 den 26. august 2005, og trådte i kraft 1.1.2006: *Lag om medling i tvistemål i allmänna domstolar*. Se <http://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/2005/20050663>

⁴⁸ Lindell:203.

offentlighet et kompromiss og resultat av konflikter mellom to fløyer under behandlingen av lovforslaget i riksdagen: En fløy mente at det generelle prinsippet om offentlighet i domstolene også burde gjelde for rettsmeklingsordningen, mens den andre fløyen mente offentlighet var helt uforenlig med denne ordningen.

Også i Finland er det svært begrenset opplæring av meklere, og i 2006 begrenset opplæringen seg til et to dagers kurs (Ervasti 2006:407). Utgangspunktet for den finske meklingsmodellen er også den tilretteleggende modellen, men det er også muligheter for meklerne å være evaluerende, og komme med forslag til løsning (jf. § 7). Den finske modellen er inspirert av den norske og den danske modellen (Ervasti 2006:403). I den finske rettsmeklingsmodellen finnes det imidlertid et tilbud som det ikke finnes, verken i Norge eller Danmark: I Finland har man mulighet for å reise en sak for domstolene kun med det formål å få komme til rettsmekling, jf. lag om medling § 4. Dersom saken ikke forliktes vil det derfor ikke i slike saker skje noen automatisk overføring til ordinær domstolsbehandling.

Noen evaluering av den finske ordningen har enda ikke blitt gjennomført, men i 2006 ble det skrevet en rettsdogmatisk doktorgrad knyttet til rettssikkerhetsproblematikk i rettsmeklingsordningen (Knuts 2006).

1.13. Svenske meklingsordninger

I Sverige er det enda ikke rettsmekling på samme måte som det er i de andre nordiske landene. 22. juni 2005 startet det et utredningsarbeid knyttet til en rettsmeklingsordning i Sverige, og i 2007 ble denne betenkningen ferdigstilt, der det anbefales at også Sverige får en rettsmeklingsordning.⁴⁹ Pr. i dag finnes det en ordning med forliksmekling under hovedforhandling, men dette er parallelt til den norske ordinære meklingen som reguleres av tvl. § 8-3. Det er imidlertid også hjemmel i den svenske sivilprosessloven til å forordne *særskilt mekling*, som innebærer at man engasjerer en utenforstående dommer, advokat eller sakkyndig. Det fremgår av undersøkelser at dette foregår svært sjelden. På bakgrunn av betenkningen fra 2007 er det imidlertid grunn til å tro at en ordning med rettsmekling også blir innført i Sverige om ikke lang tid, der også denne ordningen er inspirert av den norske og danske rettsmeklingsordningen. I lovforslaget er det foreslått at det kun skal være dommere som skal kunne være rettsmeklere (Statens Offentliga Utredningar (SOU) 2007:26, s. 113).

⁴⁹ Betänkande av Utredningen om alternativa former för tvistlösning vid tingsrätt, Statens Offentliga Utredningar, SOU 2007:26.

Oppsummerende betraktninger om den finske og svenske meklingsordningen

Som vi har sett har den finske og svenske ordningen blitt utviklet etter inspirasjon fra den norske og danske ordningen. Den svenske ordningen vet vi enda ikke helt konkret hvordan blir seende ut, men den finske ordningen ser ut for å ha en tettere tilknytning og identifikasjon med det finske domstolssystemet. Likevel finnes det i den finske ordningen et ekstra alternativ til rettsmekling som vi ikke finner andre steder. Muligheten for å kreve rettsmekling som egen sakstype er en ordning der partene unngår ordinær domsbehandling dersom de ikke ønsker det, i etterkant av et eventuelt brudd i meklingen. I Finland (og antakelig i Sverige) er det imidlertid kun mulighet for dommere til å være rettsmeklere. I praksis har det vært lite bruk av eksterne meklere i norsk sammenheng også, men selve intensjonen i det norske systemet er nok at tilbudet med rettsmekling skal være mer alternativt til domstolen enn den finske ordningen ser ut for å være. Foreløpig er det vanskelig å konkludere med hvordan den finske ordningen fungerer, sammenliknet med den norske og danske ordningen, både fordi den har vært kortere i drift, men også fordi det enda ikke foreligger konkrete evalueringer av ordningen. Et sentralt trekk ved alle de nordiske ordningene er imidlertid det klare innslaget av at det i hovedsak brukes *dommere* som meklere, og at rettsmekling i praksis er svært nært knyttet til dommerne og deres gjøremål.

1.14. Noen avsluttende bemerkninger

Nils Christies visjoner om å gi eiendomsretten til konfliktene tilbake til folket, ble forsøkt oppnådd gjennom innføringen av konfliktrådsordningen. Selv om intensjonene har vært gode, ser det ut for at konfliktrådets primærfunksjon stadig knytter seg til mekling i straffesaker for yngre lovbrutere. I Danmark var dette nettopp hovedhensikten med innføringen av konfliktrådsordningen (Vindeløv 2008:47). Ut fra min vurdering, er grunntanken bak konfliktrådene svært god, nemlig at man skal forsøke å aktivere lokalsamfunnet i større grad i løsningen av lokale konflikter. Dette er tankegodt som strekker seg langt tilbake, helt tilbake til historier fra det gamle Mesopotamia, der vi finner historier om hvordan lokale ledere avverget krig mellom naboer om eiendomskonflikter (se Pruitt og Carnevale 1993:165-166). Vi kjenner også dette fra forliksrådet, forlikskommisjonene og stammesamfunn rundt om i verden, der typisk ”kloke kvinner eller menn” hatt har funksjonen som meklere i konflikter (se Nordhelle 2006:9223-24). Vi må nok konkludere med at de ulike meklingsinstitusjonene som vi har hatt i Norge og Norden, ikke har fungert optimalt etter hensikten. Konfliktrådene behandler i begrenset grad sivilrettslige konflikter, forliksrådet fungerer nok mer som unntak enn som hovedregel som et rammeverk for mekling i domstolene, og endelig utøves det antakelig begrenset med mekling etter den generelle hjemmelen i tvisteloven § 8-1 første ledd. Det er derfor et viktig tankekor å ta med seg videre, når nå en ny meklingsordning har blitt innført som

nytt tilbud i en norsk og nordisk kontekst. Hvordan kan vi gå frem på best mulig måte for å bevare dette som et konstruktivt alternativ for parter i norske domstoler? Og hvordan kan vi sikre at et alternativt meklingsstilbud *denne gangen* blir vellykket i den forstand at vi klarer å engasjere partene og utvikle løsninger som er gode for de det gjelder, og ikke bare ut fra effektivitetshensyn for de institusjonene som behandler dem? Kanskje hadde det vært fornuftig å se en gang til på de ulike grunnene som har ført til tidligere meklingsstilbuds fallitt? De grunnleggende prinsippene som rettsmeklingsordningen nå bygger på er jo, som vi har sett, bare en videreføring av tankesettene som har lagt til grunn for forlikskommissjoner og konfliktråd.

Som nevnt innledningsvis bærer vårt samfunn preg av stadig større grad av profesjonalisering og nisjekunnskap, som også har blitt overført til konfliktene. Det er på grunn av juristenes innblanding i konfliktområdet at vi har fått utfordringen med at konflikter blir transformert til tvister, og at juridiske løsninger oftest bare løser deler av problemene som folk strir med (se Vindeløv 2008:74, og kapittel 2.1. i avhandlingsarbeidet forut). Dette betyr ikke at juristenes inntreden i folks konfliktverden utelukkende er av negativ karakter, snarere tvert i mot. I mange situasjoner har vi behov for rettslige avklaringer, både fordi folk ønsker det, og fordi det er behov for rettslig avklaring på visse områder. Det kan fungere som rettesnor for andre som har utfordringer. En klar utfordring med juristers håndtering av konflikter, er også kostnadene knyttet til det, som etter mitt syn er en trussel for den vanlige persons rettsikkerhet, men ikke minst det at juristene typisk fokuserer på de rettslige aspektene ved konfliktene – og kun det.

Etter min vurdering finnes det foreløpig et uforløst potensial, både for flere meklingsordninger, og for en videre utvikling av den rettsmeklingsordningen som vi allerede har. Jeg tror at man i enda større grad kunne utvidet tilbudet av meklingsordninger i Norge, og at vi foreløpig tenker for snevert når det gjelder meklingsmuligheter. Det er et uant potensial for private meklere, som man kunne gått til *i stedet for* en advokat. Private meklerordninger betinger imidlertid, på samme måte som det er behov for det i domstolene og konfliktrådene; gode tilbud til mekleropplæring som kan kvalifisere til et mer profesjonalisert yrke. Danmarks ”konfliktmeklere” er et begrep som jeg tror man med fordel kunne innført i Norge også, men da selvsagt på bakgrunn av en tilhørende utdanning. Samtidig tror jeg det er god grunn for å tenke langs flere parallelle linjer. Siden meklings i sin enkleste forstand handler om å legge til rette for konstruktiv kommunikasjon, betyr det at det mekles mye i nære relasjoner uten at vi kanskje tenker på det som meklings. Potensialet for å bruke ”kloke” personer i nettverkene, i organisasjonene og lokalsamfunnene tror jeg er veldig stort. Det er behov for en motvekt til det kraftige rettslige fokuset vi har fått i vårt

konfliktløsningssystem. Rettsmeklingsordningen er et positivt bidrag til å starte en balansering av dette, men enda er det mye som kan gjøres både internt i ordningen, som nevnt over, men også eksternt. Både i organisasjoner og i familier kan vi ha både nytte og glede av å fokusere mer på god kommunikasjon og hvordan vi selv kan bidra for å løse konflikter på enklere måter. Første steg er et større fokus og dermed en tydeligere bevissthet rundt hva vi kan gjøre. Rettsmeklingsordningen, med visse tilpasninger, er et verdifullt tiltak i riktig retning mot mer balanse i norske (og nordiske) konflikthåndteringstilbud. Jeg ser imidlertid helst at neste steg blir private ordninger, som ikke er tilknyttet domstolene, slik at det *alternative* til domstolsbehandling blir enda tydeligere. Faren med den norske (og nordiske) rettsmeklingsordningen er at den på sikt konvergerer så mye mot den tradisjonelle domstolsbehandlingen at vi står i fare for å miste et alternativt tilbud, og ender opp med et forenklet tilbud. Kanskje er det behov for begge deler, men foreløpig er det viktig å sørge for at den ordningen vi har bevarer sitt alternative preg.

1.15. Referanser

- Arveschoug, C.L. (2007). *Sivile saker i konfliktrådene*. Hovedfagsoppgave i sosiologi, Universitetet i Oslo, våren 2007.
- Aubert, V. (1976). *Rettsens sosiale funksjon*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Austbø, A. og Engebretsen, G. (2006). *Mekling i rettskonflikter. Rettsmekling, mekling ved advokater og mekling i forlikrådene og konfliktrådene*. 2. utgave. Cappelen Akademisk Forlag.
- Bachke, A. (2009). Høringsutkast til ny jordskiftelov. *Kart og Plan*, vol 69, s. 199-204.
- Boserup, H. (2007). *Mediation, Seks måder i syv dage*. Nyt Juridisk Forlag.
- Christie, N. (1977). Konflikt som eiendom. *Tidsskrift for retsvæsen*, s. 113-132.
- Ervasti, K. (2006). Rättsmedling i Finland. *Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 4, s. 403-410.
- Falkanger, A. og Falkanger, T. (2007). *Tingsrett*. 6. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- Fisher, R., Ury, W. og Patton, B. (2001). *Getting to yes*. New York: Penguin. 2. Utgave.
- Hareide, D. (2006). *Konfliktmegling – et nordisk perspektiv*. Scandinavian Academic Press.
- Knoff, R.H. (2001). *Raskere, billigere, vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling*. Rapport for justisdepartementet. <http://www.rhknoff.no/Rapporter/R157JD.pdf>
- Knuts, G. (2006). *Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling*. Akademisk avhandling, Helsingfors Universitet, serie A Nr. 270.
- Kovach, K.K. (2005). Mediation. I M.L.Moffit & R.C.Bordone (Red.): *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco, Jossey Bass Publishers, s. 304–317.
- Kyvsgaard, B. (2004). *Midtvejsrapport om evaluering av forsøg med retsmægling*. Justitsministeriet, Danmark, København, april 2004.
- Lindell, B. (2006). Alternativ rettskipning eller alternativ till rettskipning. Iustus Förlag. Uppsala.
- Mykland, S., Rognes, J.K., Sky, P.K., Hoddevik, C. og Laskemoen, L.M. (2009). En studie av rettsforlik i norske tingretter. Om konflikttransformasjon i rettsmeklingsprosessen. *Kart og Plan*, vol. 69, s. 236-244.
- Nordhelle, G. (2006). *Mekling. Konfliktforståelse og konflikthåndtering*. Gyldendal Akademisk Norsk Forlag.
- Pedersen, A.K. (2008). *Rettsmekling i jordskifteretten – erfaringer så langt*. Masteroppgave ved institutt for landskapsplanlegging, Universitetet for Miljø og Biovitenskap.
- Pruitt, D.G. og Carnevale, P.J. (1993). *Negotiation in social conflict*. Brooks/Cole Publishing Company.
- Riskin, L.L (1996). Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, s. 705-.
- Roepstorff, J. og Kyvsgaard, B. (2005). *Forsøg med retsmægling - en evalueringsrapport*. Justitsministeriets Forskningsenhet, mars 2005.
- Rognes, J.K. og Sky, P.K. (1999). Meklingsaktivitet og –teknikk i jordskifteretten. *Kart og Plan*, 59, s. 75-83. Universitetsforlaget.
- Rognes, J.K. og Sky, P.K. (2000). Megling i domstolene, særlig i jordskifteretten. *Lov og Rett*, 2, s. 101-112. Universitetsforlaget.
- Rognes, J.K. og Sky, P.K. (2003). Intervention methods in land disputes. *European Planning Studies*, 11 (8), s. 965-978.
- Rognes, J. K. (2008). *Forhandlinger*. 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget.
- Sander, F.E.A. (1999). A Friendly Amendment. *Dispute Resolution Magazine*, Fall 1999, s. 11, 22, 24.
- Schulz, J.L. (2006). Confectionery and conflict resolution? What chocolate reveals about mediation. *Negotiation Journal*, 22 (3), s. 251-277.
- Sevatdal, H. og Wannebo, E. (2000). Jordskifte mellom domstol og forvaltning. *Kart og Plan*, 60, s. 149-161.
- Sky, P.K. (2001). Jordskifte i andre land – organisering og prosess. *Kart og Plan*, 61, s. 43-52.
- Umbreit, M. (1994). *Victims meet offender, The impact of restorative justice and mediation*. Willow Tree Press Inc.
- Vindeløv, V. (2007). Retsmægling i Danmark – en diskussion om rammer og indhold. *Juristen*, 5, s. 151-156.

- Vindeløv, V. (2008). *Konfliktmægling – en refleksiv modell*. 2. utg. Jurist og Økonomforbundets Forlag.
- Welsh, N.A. (2005). Institutionalization and professionalization. I M.L.Moffit & R.C.Bordone (Red.): *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco, Jossey Bass Publishers, s. 487-506.
- Wall, J.A. og Chan-Serafin, S. (2009). Processes in civil case mediations. *Conflict Resolution Quarterly*, 26 (3), s. 261-291.
- Österberg, E. og Sogner, S.B. (2000). *People meet the law*. Lund og Oslo.

Rapporter og utredninger:

Danske etiske retningslinjer:

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

FOR 1992 – 08 – 13 nr. 620: Forskrift om mægling i konfliktråd.

FOR 1996 – 12 – 13 nr. 1144: Forskrift om forsøksordningen med rettsmekling.

FOR 2007 – 12 -21 nr. 1605: Forskrift til tvisteloven (tvistelovforskriften).

FOR 2007 – 01 – 22 nr. 80: Forskrift om forsøksordning med rettsmekling for jordskifterettene.

Milje, I. (1988). Forlikskommisjoner/Forliksråd.

<http://www.arkivverket.no/webfelles/sato/arkivkataloger/Forliksraad Troms og Finnmark.pdf>

NOU 2000:22. Om oppgavefordelingen mellom stat, region og kommune.

NOU 2001:32. Bind A. Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2002:9. Jordskifterettens stilling og funksjoner.

Ot.prp. nr. 41. (1995-1996). Om lov om endringer i tvistemålsloven (rettsmekling).

Ot.prp. nr. 106 (2002-2003). Om lov om endring i domstolloven og jordskifteloven (jordskifterettens stilling og funksjoner).

Ot.prp. nr. 51. (2004-2005). Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Ot.prp. nr. 78. (2004-2005). Om lov om endringer i jordskifteloven m.v.

Reform av den Civile Retspleie V – Retsmægling, Betænkning nr. 1481/2006.

Rettsmekling; Et tilbud om alternativ tvisteløsning i Norge, 20.11.1993.

Rapport – fra arbeidsutvalget nedsatt av landbruksdepartementet. (April 2003). Forslag til jordskiftevirkemidler i byer, tettsteder og hytteområder – ”urbant jordskifte”. (Movikusutvalget).

SOU 2007:26. Betænkende av Utredningen om alternativa former för tvistlösning vid tingsrätt, Statens Offentliga Utredningar.

Statskonsult (1996). Evaluering av konfliktrådsordningen. Sluttkommentar basert på eksterne bidrag.

De eksterne bidragsyterne var Agenda Utredning og Utvikling og Institutt for kriminologi ved UiO.

Rapport 1996:20.

Stortingsproposisjon 1 for Justis- og politidepartementet (2003-2004). (St.prp. nr. 1 (2003-2004))

Lover:

Lov om domstolene (domstolloven). Lov av 13. august 1915 nr. 5 (dl.).

Lov om endring av Retsplejeloven, kapitel 27 (lov nr. 168 av 12. mars 2008).

Lov om jordskifte (jordskifteloven). Lov av 21.12.1979 nr. 77 (jskl.).

Lag om medling i tvistemål i allmänna domstolar. Lov nr. 663, av 26. august 2005.

Lov om mægling i konfliktråd (konfliktrådsloven). Lov av 15.3.1991 nr. 3. (konfrådl.)

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Lov av 17. juni 2005 nr. 90. (tv1.)

Lov om rettergangsmanen for tvistemål (tvistemålsloven). Lov av 13. august 1915 nr. 6. (tvml.)



NHH

Norges Handelshøyskole

Norwegian School of Economics
and Business Administration

NHH
Helleveien 30
NO-5045 Bergen
Norway

Tlf/Tel: +47 55 95 90 00
Faks/Fax: +47 55 95 91 00
nhh.postmottak@nhh.no
www.nhh.no

NHH, the Norwegian School of Economics and Business Administration, is one of the leading business schools in Scandinavia. Over 2,700 students are enrolled in our various programmes. We have recently reorganised our programmes so that they follow a 3+2+3 year sequence, leading to the awarding of Bachelor of Science, Master of Science and Ph.D. degrees respectively.

NHH has a long reputation for its high academic level and contributions to the international research community. A large number of our faculty hold a Ph.D. from institutions outside of Norway, in particular top US universities. This creates a diverse and stimulating academic environment.

The Ph.D. student body is made up of around 100 men and women working within different specialisations. The programme encourages close interaction between students and faculty in a social/academic climate where students are regarded as junior colleagues.

The Ph.D. programme offers courses over a wide range of topics within Accounting, Economics, Finance, Management Science and Strategy and Management. The programme aims at giving the graduate a solid training in performing high quality scientific research in these areas, making use of state of the art empirical and theoretical techniques. This prepares the student for employment in national and international policy institutions, within research centres, business enterprises, and for the international academic job market. The entire programme is taught in English and runs over three years, with the first year consisting primarily of course work. The next two years are then devoted to independent research and the writing of a doctoral thesis, under the supervision of an advisor appointed from the NHH faculty.