



## Rapport 2020-DSJ-147

24 juin 2020

### du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le postulat 2020-GC-15 Bernadette Mäder-Brühlhart/Nicolas Kolly – La médiation en procédure civile et en droit de la famille

Nous avons l'honneur de vous soumettre un rapport faisant suite directe au postulat 2020-GC-15 Bernadette Mäder-Brühlhart et Nicolas Kolly, transmis au Conseil d'Etat le 6 février 2020, relative à la médiation en procédure civile et en droit de la famille.

#### 1. Considérations générales

Le Conseil d'Etat rappelle, en préambule, que les séparations difficiles peuvent générer des conflits s'enlisant durant plusieurs années. De tels conflits sont bien évidemment pénibles pour les personnes concernées, en particulier les enfants. Ils occupent également fortement les autorités, notamment les justices de paix et le Service de l'enfance et de la jeunesse et constituent l'une des causes de surcharge de ces deux autorités. Une solution pour remédier à ce type de conflits est de tenter dès le départ une médiation. Par ailleurs, en Suisse, le droit fédéral prévoit la médiation sans pour autant la rendre obligatoire. Malgré cela, la médiation est parfois la seule procédure applicable, en particulier lors de l'enlèvement d'un enfant par l'un des parents dans un pays avec lequel la Suisse n'a aucun accord permettant l'exécution d'une décision judiciaire suisse.

Au préalable, il sied de rappeler que le pouvoir judiciaire fait actuellement l'objet d'une analyse. Le comité de projet institué dans ce cadre a discuté de la question de la médiation avec l'idée de développer encore cet outil de résolution de conflit. A noter que le deuxième volet de cette analyse, qui implique en particulier les justices de paix et le Bureau de la médiation pénale pour les mineurs, a d'ores et déjà débuté et permettra d'approfondir la réflexion.

#### 2. Réponse aux propositions

En fonction des éléments présentés ci-dessus, les réponses suivantes peuvent être données.

#### 2.1. Médiations mises en œuvre sur la base de l'article 297 al. 2 du Code de procédure civile (CPC) et taux de succès de celles-ci

On relèvera tout d'abord que dans le cadre des procédures de droit matrimonial, le Tribunal peut exhorter les parents à tenter une médiation, en application de l'article 297 al. 2 CPC. Dans le cadre des procédures de protection de l'enfant, il appartient aux justices de paix de le faire, conformément à l'article 314 al. 2 du Code civil (CC).

Les justices de paix en particulier font régulièrement usage de l'article 314 al. 2 CC, en tentant de motiver les parents à entamer une médiation. Cela étant, de nombreuses situations sont tellement conflictuelles qu'exhorter les parents à la médiation serait vain. Certains ont d'ailleurs déjà essayé, en dehors de toute procédure judiciaire, une ou plusieurs médiations, qui n'ont abouti à aucun résultat positif. Il sied dès lors de ne pas accorder une attention trop importante au nombre de médiations initiées à l'occasion d'une procédure judiciaire.

Cela dit, le pouvoir judiciaire ne tient pas de statistiques sur le nombre de médiations mises en œuvre conformément à l'article 297 al. 2 CPC et sur leurs résultats. La Commission de la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs établit, quant à elle, chaque année des statistiques depuis 2012. Ces statistiques ne permettent toutefois pas de déterminer le nombre de médiations initiées sur la base de l'article 297 al. 2 CPC ni le taux de succès de ces médiations. En effet, les chiffres de l'Office familial ne sont pour l'instant pas intégrés à ces statistiques et ne contiennent au demeurant aucune donnée sur le résultat des médiations entreprises. Par ailleurs, les formulaires qui doivent être remplis par les médiateurs, afin d'établir les statistiques des médiations – même s'ils renseignent sur le nombre de médiations initiées en droit de la famille, ne permettent pas, en l'état, de déterminer précisément le taux de succès de celles mises en œuvre sur la base de l'article 297 al. 2 CPC. Ainsi, à titre d'exemple, en 2017, 54 médiations ont été initiées à l'occasion d'une procédure civile. 47 concernaient le droit de la famille, dont 34 les enfants et treize le couple. Sur ces 54 médiations, 20 ont abouti à un accord, dix à une amélioration de la situation, onze n'ont pas abouti et treize étaient encore en cours

au 31 décembre 2017. Le taux de succès des médiations initiées lors d'une procédure civile était donc de 37% (20/54), étant précisé qu'on ignorait ce qu'il était advenu des treize cas encore en cours au 31 décembre 2017 et que dans dix cas, la situation s'était quand même améliorée, même si aucun accord n'avait pu être trouvé. Par ailleurs, même si la médiation n'aboutit à aucun accord, elle a le mérite de permettre aux parties d'entrer en discussion autrement que devant un juge. Il convient dès lors de ne pas accorder une importance démesurée au taux de réussite des médiations.

## **2.2. Développement de la médiation familiale dans le canton de Fribourg depuis l'entrée en vigueur du CPC**

Préalablement, il convient de souligner que la médiation n'est pas la solution à toutes les problématiques et certainement pas aux situations les plus conflictuelles.

La médiation familiale s'est déjà développée bien avant l'entrée en vigueur du CPC en 2011 et a continué par la suite, même si elle reste une option en Suisse, contrairement à d'autres pays où elle est obligatoire.

Le 1<sup>er</sup> janvier 1988 est entrée en vigueur la loi fédérale du 5 octobre 1984 modifiant les dispositions du Code civil (CC) relatives aux effets généraux du mariage, au régime matrimonial et aux successions. L'article 171 CC, introduit à cette date, prescrit que les cantons veillent à ce que les conjoints puissent s'adresser à des offices de consultation conjugale ou familiale lorsqu'ils éprouvent des difficultés conjugales.

Pour répondre à cette exigence fédérale, l'article 10 de la loi du 10 février 2012 d'application du code civil suisse (LACC) confie au Conseil d'Etat la compétence de reconnaître ou d'instituer des offices de consultation conjugale ou familiale, précisant que les offices reconnus sont subventionnés. Cet article reprend le texte de l'article 55 de l'ancienne loi du 22 novembre 1911 d'application du code civil (LACC) pour le canton de Fribourg.

Par arrêté du 19 avril 1988, le Conseil d'Etat a reconnu le Service de consultation conjugale de l'Office familial, à Fribourg, en qualité d'office de consultation conjugale et l'a mis au bénéfice d'une subvention annuelle. Cette subvention est inscrite au budget de l'Etat, à la Direction de la santé et des affaires sociales.

Les prestations offertes par l'Office ont évolué et se sont étendues à la médiation familiale, ainsi qu'à des prestations visant notamment à soutenir les personnes qui connaissent des difficultés à la suite d'une séparation ou à accompagner les enfants de parents séparés ou divorcés (groupes d'entraide). Ces nouvelles prestations jouent un rôle très important en matière de protection de la famille, car elles contribuent à atténuer les conséquences de la rupture pour les adultes et

les enfants concernés, répondant ainsi au mandat de mise en œuvre de l'article 59 al. 1 de la Constitution fribourgeoise sur la famille («L'Etat et les communes protègent et soutiennent les familles dans leur diversité»).

L'Office familial propose ainsi des médiations dans les domaines de la séparation et/ou du divorce, des conflits autour d'un droit de visite ainsi que des conflits intergénérationnels. L'objectif de la médiation est que des solutions soient élaborées par les personnes elles-mêmes, de manière éclairée, négociée et équitable.

Lors d'une séparation et/ou d'un divorce, le processus de médiation comprendra en principe une clarification des besoins respectifs des conjoints et, le cas échéant, des enfants, une recherche de solutions envisageables pour le présent et l'avenir, l'élaboration par les participants de solutions adaptées, «sur mesure», la vérification de la faisabilité de ces solutions et, si les participants le souhaitent, la rédaction d'une convention de séparation ou de divorce. Dans un conflit autour du droit de visite, la médiation visera à (re)mettre en contact les personnes concernées pour faire en sorte que chacune se sente entendue et respectée dans ses besoins, son éventuelle souffrance, sa manière de voir les choses, etc., ainsi qu'à accompagner l'aménagement de solutions négociées, qui soient les plus adaptées et les plus satisfaisantes possibles pour chacune des personnes.

Quantitativement, le recours à des prestations de médiation familiale est en augmentation constante. Les derniers rapports annuels publiés font état de 373 séances en 2015, de 404 séances en 2016, de 421 séances en 2017, de 472 séances en 2018 et de 455 séances en 2019.

Par ailleurs, en amont de la médiation familiale, l'Office familial propose aussi une consultation conjugale et familiale qui permet aux couples et familles de disposer d'un espace de parole pour interroger leur relation, faire des choix ou encore trouver de nouveaux équilibres.

Enfin, sans remettre en cause la qualité et la nécessité des prestations susmentionnées, il est important de rappeler qu'on ne peut pas traiter toutes les situations de couple de la même façon. Lorsqu'il y a une emprise de l'un sur l'autre, de la violence physique, psychologique, économique ou sexuelle, il faut des dispositifs spécifiques: la médiation et la conciliation ne sont justement pas adéquates dans ce type de situations et même contraires aux principes évoqués dans la Convention d'Istanbul (cf. art. 48 al. 1: Interdiction des modes alternatifs de résolution des conflits ou des condamnations obligatoires).

### **2.3. Possibilité de contraindre des parents à suivre une médiation**

En vertu des articles 307 al. 3 et 314 al. 2 CC, la Justice de paix peut ordonner une médiation (arrêt du TF 5A\_852/2011 du 20 février 2012) dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfant. Cette mesure consiste à contraindre ses destinataires à élaborer une solution d'accord à leur conflit, avec l'assistance d'un professionnel (médiateur) (COPMA, Droit de la protection de l'enfant, Guide pratique, Zurich, St-Gall 2017, N 2.32). Le résultat de cette médiation ordonnée dépend néanmoins fortement de la volonté des parents à vouloir avancer et développer une solution au conflit qui les oppose.

### **2.4. Lien entre curatelle de surveillance des relations personnelles et médiations**

Les fonctions de médiateur et de curateur sont complémentaires, mais non similaires ou interchangeables.

En substance, la médiation est un outil de procédure, notamment civile. Dans le champ d'application du Code de procédure civile, elle s'exerce en remplacement d'une procédure de conciliation (art. 213 CPC) ou pendant la procédure au fond (art. 214 CPC). Elle intervient, de ce fait, en amont de la décision judiciaire. Les parties se chargent de l'organisation et du déroulement de la médiation. Selon l'article 216 CPC, la médiation est confidentielle et indépendante de l'autorité de conciliation et du Tribunal. Les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire.

A l'issue de la procédure civile, l'autorité de protection peut prendre des mesures protectrices si le développement d'un enfant est menacé et que ses père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes ou sont hors d'état de le faire. L'autorité de protection peut par exemple rappeler les parents à leurs devoirs, donner des indications ou instructions relatives au soin, à l'éducation et la formation de l'enfant. Au même titre que d'autres mesures protectrices, la curatelle de surveillance des relations personnelles au sens de l'article 308 al. 2 *in fine* CC est prononcée à l'issue de la procédure judiciaire et se fonde sur un jugement.

La curatelle mettra en œuvre la décision. Le contenu précis du mandat de curatelle et les pouvoirs qui en découlent en faveur de la personne curatrice sont fixés dans la décision judiciaire. En effet, lorsque l'autorité de protection de l'enfant institue une curatelle, elle doit mentionner dans le dispositif de la décision les tâches de la personne curatrice et éventuellement les limites apportées à l'exercice de l'autorité parentale (art. 314 al. 3 CC). Soumis à une décision qui ne tient pas seulement compte des intérêts des parents, mais qui doit surtout garantir ceux des enfants, les parents ne disposent plus de la même liberté de négociation qu'au stade de la médiation en cours de procédure civile.

Autre différence notable, la personne curatrice ne peut pas non plus garantir la même confidentialité qu'un médiateur, étant donné qu'elle répond de l'exercice de son mandat envers la Justice de paix et qu'elle est tenue de produire annuellement un rapport d'activité reprenant les faits essentiels.

A titre d'information, les règles à caractère plus contraignant qui s'appliquent aux curatelles de surveillance des relations personnelles sont résumées dans un guide, élaboré en 2017 par le Service de l'enfance et de la jeunesse à l'intention des parents. Ce guide est publié sur le site internet du Service ([https://www.fr.ch/sites/default/files/contens/sej/\\_www/files/pdf93/curatelle-de-surveillance-des-relations-personnelles\\_juin-2017.pdf](https://www.fr.ch/sites/default/files/contens/sej/_www/files/pdf93/curatelle-de-surveillance-des-relations-personnelles_juin-2017.pdf)). Bien que la curatelle s'exerce en principe dans un esprit de dialogue et d'écoute, elle doit tout autant clarifier et communiquer le cadre et les règles fixées par la loi et le juge. De ce fait, elle ne saurait se substituer à une procédure de médiation.

### **2.5. Eventuelle nécessité d'une modification de la loi sur la justice afin de développer la procédure de médiation**

Selon l'article 218 CPC, les frais de la médiation sont en principe à la charge des parties. Néanmoins, dans les affaires concernant le droit des enfants, les parties ont déjà le droit à la gratuité de la médiation aux conditions suivantes: elles ne disposent pas des moyens nécessaires et le Tribunal recommande le recours à la médiation. Dans les autres cas, la médiation est gratuite si, en outre, les conditions de l'assistance judiciaire sont remplies (art. 127 LJ).

L'essentiel est de garantir que la médiation soit non pas gratuite, mais financièrement accessible. A la recherche d'un juste équilibre, il faut d'une part éviter que des parties réellement ouvertes à un processus de médiation y renoncent pour des motifs financiers. D'autre part, on peut légitimement douter de la motivation d'entrer dans la démarche et des perspectives de succès, lorsque des parties qui disposent des moyens financiers nécessaires s'opposent à verser la moindre participation. Un engorgement des prestataires par des procédures vouées à l'échec serait contreproductif.

A la suite de l'examen périodique des subventions effectué en 2007, le Conseil d'Etat avait décidé de fixer un taux minimal d'autofinancement à 25% pour les prestations du Service de consultation conjugale et familiale et à 50% pour les prestations du Service de médiation familiale. Cette prestation fera l'objet d'un nouvel examen périodique au sens de l'article 35 de la loi sur les subventions (LSub) en 2020.

### **3. Conclusion**

Le Conseil d'Etat n'est pas favorable à la mise en œuvre d'une étude approfondie sur la médiation en droit de la famille lors de la présence d'enfants, telle que préconisée par le postulat. Le présent document répond à l'essentiel des questions posées par le postulat. En outre, il convient d'attendre les résultats de l'analyse du pouvoir judiciaire, qui traite notamment de la question de la médiation lorsqu'elle est liée aux procédures judiciaires. Cette analyse pourrait pousser à développer encore plus la médiation dans notre canton. Selon les conclusions de celle-ci, une étude complémentaire pourrait se révéler nécessaire et serait dès lors entreprise.

---



## Bericht 2020-DSJ-147

24. Juni 2020

### des Staatsrats an den Grossen Rat zum Postulat 2020-GC-15 Bernadette Mäder-Brühlhart/Nicolas Kolly – Die Mediation in Zivilverfahren und Familienrecht

Hiermit unterbreiten wir Ihnen einen Bericht als direkte Folge des Postulats 2020-GC-15 Bernadette Mäder-Brühlhart und Nicolas Kolly über die Mediation in Zivilverfahren und Familienrecht, das dem Staatsrat am 6. Februar 2020 überwiesen wurde.

#### 1. Allgemeine Erwägungen

Einleitend erinnert der Staatsrat an die Tatsache, dass schwierige Trennungen manchmal zu Konflikten führen, die sich über mehrere Jahre hinziehen können. Solche Konflikte sind für die betroffenen Personen und besonders für die Kinder ganz offensichtlich belastend. Ausserdem beschäftigen sie auch die Behörden, namentlich die Friedensgerichte und das Jugendamt, sehr stark und sind eine Ursache für deren Überlastung. Eine Lösung für solche Konflikte bestünde darin, es schon zu Beginn mit einer Mediation zu versuchen. In der Schweiz sieht das Bundesrecht zwar die Mediation vor, erklärt sie jedoch nicht für obligatorisch. Die Mediation ist jedoch in manchen Fällen das einzig anwendbare Verfahren, besonders wenn ein Elternteil ein Kind in ein Land entführt, mit dem die Schweiz keine Vereinbarung abgeschlossen hat, dank der sich ein Schweizer Gerichtsurteil vollstrecken liesse.

Zunächst sei daran erinnert, dass derzeit eine Analyse der Gerichtsbehörden im Gang ist. Der dafür eingesetzte Projektausschuss diskutierte beim Thema Mediation die Idee, dieses Konfliktlösungswerkzeug noch weiter auszubauen. Der zweite Teil der Analyse, der insbesondere die Friedensgerichte und das Büro für Mediation in Jugendstrafsachen betrifft, wurde bereits in Angriff genommen und wird eine Vertiefung der Überlegungen ermöglichen.

#### 2. Beantwortung der Vorschläge

Aus den obigen Ausführungen ergeben sich folgende Antworten:

#### 2.1. Mediationen auf der Grundlage von Artikel 297 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) und ihre Erfolgsraten

In eherechtlichen Verfahren kann das Gericht die Eltern in Anwendung von Artikel 297 Abs. 2 ZPO dazu anhalten, einen Mediationsversuch zu unternehmen. In Kindesschutzverfahren obliegt dies gemäss Artikel 314 Abs. 2 des Zivilgesetzbuchs (ZGB) den Friedensgerichten.

Gerade die Friedensgerichte beziehen sich beim Versuch, die Eltern zu einer Mediation zu bewegen, regelmässig auf Artikel 314 Abs. 2 ZGB. Viele Situationen sind allerdings so konfliktgeladen, dass es aussichtslos wäre, die Eltern zu einer Mediation anzuhalten. Manche Eltern haben im Übrigen unabhängig von Gerichtsverfahren schon einen oder mehrere erfolglose Mediationsversuche hinter sich. Deshalb sollte der Zahl der Mediationen, die im Rahmen von Gerichtsverfahren stattfinden, keine allzu grosse Bedeutung beigemessen werden.

Die Gerichtsbehörden führen keine Statistik über die Zahl der nach Artikel 297 Abs. 2 ZPO durchgeführten Mediationen und ihre Ergebnisse. Die Kommission für Mediation in Zivil-, Straf- und Jugendstrafsachen erstellt hingegen seit 2012 jedes Jahr eine Statistik. Daraus lässt sich jedoch weder die Zahl der Mediationen, die aufgrund von Artikel 297 Abs. 2 ZPO eingeleitet wurden, noch die Erfolgsrate dieser Mediationen ermitteln. Bis jetzt fliessen die Zahlen der Paar- und Familienberatung nicht in die Statistik ein. Im Übrigen enthält sie auch keine Angaben zum Ausgang der durchgeführten Mediationen. Die Mediatorinnen und Mediatoren füllen Formulare aus, auf deren Grundlage die Mediationsstatistik erstellt wird. Diese geben zwar Auskunft über die Zahl der familienrechtlichen Mediationen, erlauben aber bis jetzt keine genauen Rückschlüsse auf die Erfolgsrate jener Mediationen, die in Anwendung von Artikel 297 Abs. 2 ZPO durchgeführt wurden. Im Jahr 2017 wurden zum Beispiel 54 Mediationen im Rahmen eines Zivilverfahrens eingeleitet. Bei 47 handelte es sich um familienrechtliche Mediationen, wobei 34 die Kinder und 13 das Paar betrafen. Von den gesamten 54 Mediationen endeten 20 mit einer Vereinbarung, 10 mit einer Verbesserung der Situation, 11 ohne Erfolg und 13 waren am 31. Dezember noch hängig. Die Erfolgs-



rate der Mediationen, die in einem Zivilverfahren eingeleitet wurden, betrug demnach 37% (20/54), wobei noch nicht klar war, was mit den 13, am 31. Dezember 2017 hängigen Fällen geschehen würde, und sich die Situation in 10 Fällen verbessert hatte, obwohl keine Einigung erzielt werden konnte. Im Übrigen hat eine Mediation selbst ohne Einigung den Vorteil, dass die Parteien miteinander in einen Dialog treten können, was vor Gericht nicht möglich ist. Der Erfolgsrate von Mediationen sollte deshalb keine allzu grosse Bedeutung beigemessen werden.

## 2.2. Entwicklung der Familienmedationen im Kanton Freiburg seit Inkrafttreten der ZPO

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass eine Mediation nicht in allen Fällen die richtige Lösung ist. Dies gilt besonders für sehr konfliktgeladene Situationen.

Die Familienmedationen haben schon lange vor Inkrafttreten der ZPO im Jahr 2011 und auch danach weiter zugenommen, obwohl sie in der Schweiz nur eine Möglichkeit darstellen, während sie in anderen Ländern obligatorisch sind.

Am 1. Januar 1988 trat das Bundesgesetz vom 5. Oktober 1984 zur Änderung der Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs (ZGB) zu den Wirkungen der Ehe im allgemeinen, zum Ehegüterrecht und zum Erbrecht in Kraft. Der damals eingeführte Artikel 171 ZGB besagt, dass die Kantone dafür sorgen, dass sich die Ehegatten bei Eheschwierigkeiten gemeinsam oder einzeln an Ehe- oder Familienberatungsstellen wenden können.

Um dieser Vorgabe des Bundes zu entsprechen, wurde Artikel 10 des Einführungsgesetzes vom 10. Februar 2012 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZGB) eingeführt, gemäss dem der Staatsrat dafür zuständig ist, Ehe- und Familienberatungsstellen anzuerkennen oder zu schaffen, mit der Präzisierung, dass die anerkannten Beratungsstellen subventioniert würden. In dem Artikel war der Wortlaut von Artikel 55 des alten Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch für den Kanton Freiburg vom 22. November 1911 (EGZGB) übernommen worden.

Mit Beschluss vom 19. April 1988 anerkannte der Staatsrat den Eheberatungsdienst der Paar- und Familienberatung Freiburg als Eheberatungsstelle und sprach ihm eine jährliche Subvention zu. Diese Subvention wird im Voranschlag des Staates unter der Direktion für Gesundheit und Soziales geführt.

Die von der Paar- und Familienberatung angebotenen Leistungen haben sich weiterentwickelt und schliessen nun auch die Familienmediation sowie u. a. Leistungen zur Unterstützung von Personen mit Schwierigkeiten nach einer Trennung oder zur Begleitung der Kinder von getrennten oder

geschiedenen Eltern (Selbsthilfegruppen) ein. Diese neuen Leistungen spielen beim Schutz der Familie eine sehr grosse Rolle, denn sie tragen dazu bei, die Folgen der Trennung für die Erwachsenen und Kinder zu mildern, und entsprechen damit dem Auftrag von Artikel 59 Abs. 1 der Freiburger Verfassung zur Familie (*«Staat und Gemeinden schützen und unterstützen die Familien in ihrer Vielfalt»*).

Die Paar- und Familienberatung bietet Mediationen bei Trennung und/oder Scheidung, bei Konflikten rund ums Besuchsrecht und bei Konflikten zwischen den Generationen an. Ziel einer Mediation ist es, dass die betroffenen Personen ausgestattet mit allen wichtigen Informationen selbst faire Lösungen erarbeiten und aushandeln.

Bei einer Trennung und/oder Scheidung werden im Mediationsprozess für gewöhnlich die Bedürfnisse der Ehegatten und gegebenenfalls die der Kinder geklärt, mögliche Lösungen für Gegenwart und Zukunft gesucht, angemessene, «massgeschneiderte» Lösungen erarbeitet (durch die Teilnehmenden), die Umsetzbarkeit der Lösungen geprüft und, auf Wunsch der Teilnehmenden, eine Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung verfasst. Bei einem Konflikt ums Besuchsrecht hat die Mediation zum Ziel, den Kontakt zwischen den betroffenen Personen (wieder) herzustellen und anschliessend zu gewährleisten, dass sich alle Beteiligten gehört und in ihren Bedürfnissen, in ihrem möglichen Leid, in ihrer Sichtweise usw. respektiert fühlen. Ein weiteres Ziel besteht darin, die Umsetzung der ausgehandelten Lösungen, die für alle Beteiligten am passendsten und zufriedenstellendsten sind, zu begleiten.

Zahlenmässig nimmt die Inanspruchnahme von Leistungen der Familienberatung ständig zu. In den letzten, veröffentlichten Jahresberichten wurden 373 Sitzungen im Jahr 2015, 404 Sitzungen im Jahr 2016, 421 Sitzungen im Jahr 2017, 472 Sitzungen im Jahr 2018 und 455 Sitzungen im Jahr 2019 ausgewiesen.

Vor der Familienmediation bietet die Beratungsstelle in den Paar- und Familienberatungen zudem einen Raum, in dem die Paare und Familien ihre Beziehung hinterfragen, Entscheide treffen oder ein neues Gleichgewicht finden können.

Ohne die Qualität und Notwendigkeit der oben erwähnten Leistungen in Frage zu stellen, ist es doch wichtig, daran zu erinnern, dass sich nicht alle Paarsituationen auf dieselbe Weise angehen lassen. Wenn eine Person Einfluss auf die andere ausübt oder wenn körperliche, psychische, ökonomische oder sexuelle Gewalt auftreten, braucht es besondere Massnahmen: Mediation und Vermittlung sind gerade in solchen Situationen nicht geeignet und laufen den Grundsätzen der Istanbul-Konvention sogar zuwider (s. Art. 48 Abs. 1: Verbot verpflichtender alternativer Streitbeilegungsverfahren oder Strafurteile).

### 2.3. Möglichkeit, Eltern zu einer Mediation zu zwingen

Gemäss den Artikeln 307 Abs. 3 und 314 Abs. 2 ZGB kann das Friedensgericht in einem Kindesschutzverfahren eine Mediation anordnen (Urteil des BGer 5A\_852/2011 vom 20. Februar 2012). Mit dieser Massnahme werden die betroffenen Personen dazu gezwungen, mit Hilfe einer Fachperson (Mediator/in) eine Lösung für ihren Konflikt zu finden (KOKES, Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Zürich, St. Gallen: 2017, N 2.32). Das Ergebnis der angeordneten Mediation hängt allerdings stark davon ab, ob die Eltern gewillt sind, vorwärts zu schauen und in dem Konflikt, der sie entzweit, eine Lösung zu erarbeiten.

### 2.4. Verhältnis zwischen Beistandschaft zur Überwachung und Mediation

Die Aufgaben von Mediatorinnen und Mediatoren ergänzen jene von Beiständinnen und Beiständen, ohne jedoch ähnlich oder austauschbar zu sein.

Die Mediation ist im Wesentlichen ein Verfahrensinstrument, das unter anderem in Zivilsachen zur Anwendung kommt. Im Anwendungsgebiet der Zivilprozessordnung erfolgt sie an Stelle eines Schlichtungsverfahrens (Art. 213 ZPO) oder im Entscheidverfahren (Art. 214 ZPO). Die Mediation erfolgt demnach vor dem Gerichtsentscheid. Die Parteien sind selbst für die Organisation und den Ablauf der Mediation zuständig. Gemäss Artikel 216 ZPO ist die Mediation vertraulich sowie von der Schlichtungsbehörde und vom Gericht unabhängig. Die Aussagen der Parteien dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden.

Nach dem Zivilverfahren kann die Schutzbehörde Schutzmassnahmen ergreifen, wenn die Entwicklung eines Kindes gefährdet ist und seine Eltern nicht selbst etwas dagegen unternehmen oder ausserstande sind, dies zu tun. Die Schutzbehörde kann die Eltern zum Beispiel ermahnen und ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung des Kindes erteilen. Ebenso wie die übrigen Schutzmassnahmen wird eine Beistandschaft zur Überwachung des persönlichen Verkehrs im Sinne von Artikel 308 Abs. 2 *in fine* ZGB nach dem Gerichtsverfahren und gestützt auf ein Urteil verfügt.

Die Beiständin oder der Beistand führt den Entscheid aus. Der genaue Auftrag der Beistandschaft und die Kompetenzen, die sich daraus für die Beiständin oder den Beistand ergeben, werden im Gerichtsentscheid festgelegt. Errichtet die Kindesschutzbehörde eine Beistandschaft, so hält sie im Entscheiddispositiv die Aufgaben der Beiständin oder des Beistands und allfällige Beschränkungen der elterlichen Sorge fest (Art. 314 Abs. 3 ZGB). Nach einem Entscheid, der nicht nur die Interessen der Eltern berücksichtigt, sondern vor allem jene der Kinder garantiert, verfügen die Eltern

nicht mehr über dieselbe Verhandlungsfreiheit wie in der Mediationsphase des laufenden Zivilverfahrens.

Ein weiterer entscheidender Unterschied besteht darin, dass Beiständinnen und Beistände auch nicht mehr dieselbe Vertraulichkeit garantieren können wie Mediatorinnen und Mediatoren, da sie dem Friedensgericht Rechenschaft für die Ausübung ihres Mandats ablegen und jedes Jahr Bericht über die wesentlichen Inhalte ihrer Tätigkeit erstatten müssen.

Zur Information sei hier darauf hingewiesen, dass das Jugendamt die wichtigsten Regeln, die für Beistandschaften zur Überwachung des persönlichen Verkehrs gelten, 2017 in einem Leitfaden für die Eltern zusammengefasst hat. Der Leitfaden ist auf der Website des Jugendamts verfügbar ([https://www.fr.ch/sites/default/files/2018-06/beistandschaft-zur-ueberwachung-des-persoelichen-verkehrs\\_juin-2017.pdf](https://www.fr.ch/sites/default/files/2018-06/beistandschaft-zur-ueberwachung-des-persoelichen-verkehrs_juin-2017.pdf)). Obwohl Beiständinnen und Beistände grundsätzlich das Zuhören und den Dialog pflegen, müssen sie doch den Rahmen und die vom Gesetz und vom Gericht festgelegten Regeln klarstellen und vermitteln. Deshalb ersetzt eine Beistandschaft kein Mediationsverfahren.

### 2.5. Mögliche Notwendigkeit zur Änderung des Justizgesetzes für die Weiterentwicklung des Mediationsverfahrens

Gemäss Artikel 218 ZPO tragen grundsätzlich die Parteien die Kosten der Mediation. In kindesrechtlichen Angelegenheiten haben die Parteien jedoch bereits Anspruch auf eine unentgeltliche Mediation, unter der Bedingung, dass den Parteien die erforderlichen Mittel fehlen und das Gericht die Durchführung einer Mediation empfiehlt. In den übrigen Fällen ist die Mediation unentgeltlich, wenn zusätzlich die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt sind (Art. 127 JG).

Es ist also entscheidend sicherzustellen, dass die Mediation nicht kostenlos, aber erschwinglich ist. Auf der Suche nach einem fairen Gleichgewicht gilt es einerseits zu verhindern, dass Parteien, die einem Mediationsverfahren tatsächlich offen gegenüberstehen, aus finanziellen Gründen darauf verzichten. Andererseits ist es gerechtfertigt, die Motivation für eine solche Massnahme und deren Erfolgsaussichten anzuzweifeln, wenn sich Parteien, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügen, weigern, sich an den Kosten zu beteiligen. Eine Überlastung der Beratungsstellen wegen Verfahren ohne Erfolgsaussichten wäre kontraproduktiv.

Nach der 2007 durchgeführten periodischen Überprüfung der Subventionen hatte der Staatsrat beschlossen, den Selbstfinanzierungsgrad von Leistungen des Paar- und Familienberatungsdienstes auf mindestens 25% und denjenigen von Leistungen des Familienmediationsdienstes auf 50% festzu-

legen. Die Subventionierung wird 2020 erneut im Sinne von Artikel 35 des Subventionsgesetzes (SubG) überprüft.

### **3. Fazit**

Der Staatsrat spricht sich gegen eine ausführliche Studie zur Mediation im Familienrecht in Fällen mit Kindern aus, wie sie im Postulat vorgeschlagen wird. Der vorliegende Bericht beantwortet im Wesentlichen die im Postulat gestellten Fragen. Im Übrigen sollten die Ergebnisse aus der Analyse der Gerichtsbehörden abgewartet werden, die unter anderem der Frage von Mediationen in Gerichtsverfahren nachgeht. Die Analyse könnte dazu führen, dass die Mediation in unserem Kanton noch stärker gefördert wird. Je nach Fazit der Analyse könnte sich eine zusätzliche Studie als notwendig erweisen, die sodann durchgeführt würde.

---