

Vergaderjaar 2004–2005

29 676

Voorstel van wet van het lid Luchtenveld tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en van enkele andere wetten in verband met de invoering van de mogelijkheid van beëindiging van het huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst alsmede van een gewijzigde vaststelling en effectieve handhaving van de afspraken en rechterlijke beslissingen die in verband met de ontbinding van het huwelijk of nadien tot stand zijn gekomen over de wijze waarop door beide ouders vorm wordt gegeven aan het voortgezet ouderschap (beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENER

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 27 augustus 2004 en de reactie van de indiener d.d. 7 december 2004, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 7 juli 2004 heeft de Tweede Kamer bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Luchtenveld tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de invoering van de mogelijkheid van beëindiging van het huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst alsmede van een gewijzigde vaststelling en effectieve handhaving van de afspraken en rechterlijke beslissingen die in verband met de ontbinding van het huwelijk of nadien tot stand zijn gekomen over de wijze waarop door beide ouders vorm wordt gegeven aan het voortgezet ouderschap (beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van beëindiging van het huwelijk met wederzijds goedvinden zonder tussenkomst van de rechter door inschrijving in de registers van de burgerlijke stand van een overeenkomst, die met het oog op deze beëindiging door de echtgenoten is aangegaan en die op straffe van nietigheid een aantal regelingen dient te bevatten. Ook een bij een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding gevoegd echtscheidingsconvenant zal op straffe van nietigheid deze regelingen dienen te bevatten. In verband met de invoering van de zogenoemde administratieve scheiding wordt voorgesteld de omzetting van het huwelijk in een geregistreerd partnerschap te laten vervallen. Daardoor komt een einde aan de mogelijkheid van de zogenoemde flitsscheiding, waarbij het huwelijk eerst wordt omgezet in

een geregistreerd partnerschap en vervolgens dat geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden zonder tussenkomst van de rechter wordt ontbonden. Voorts voorziet het wetsvoorstel in een aangescherpte geschillenregeling voor het geval een ouder de afspraken schendt over de verzorging en opvoeding van de kinderen en over de omgang na beëindiging van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed. Ten slotte voorziet het wetsvoorstel in een standaard-minimumomgangsregeling. Het omgangsrecht zal alleen dan nog een rol spelen als slechts een der ouders het gezag over de kinderen heeft.

De Raad merkt in algemene zin op dat de memorie van toelichting lijkt te suggereren dat de beëindiging van het huwelijk vooral de beëindiging van een relatie betekent¹. De Raad heeft het voorstel vooral gezien vanuit de onmiskenbaar belangrijke juridische, ook internationaal-rechtelijke aspecten die de ontbinding van het huwelijk heeft. Dit geeft de Raad aanleiding tot de volgende opmerkingen.

De indiener maakt van de gelegenheid gebruik om aan te geven dat hij ook de juridische implicaties van het wetsvoorstel scherp voor ogen heeft. Hij ziet echter het huwelijk als een relatievorm tussen twee mensen, waaraan de wetgever juridische implicaties verbonden heeft. Het ontbinden van het huwelijk is dan ook niet alleen gericht op het feitelijk verbreken van die relatievorm, maar heeft uiteraard ook rechtsgevolgen.

1. Het doel en de voordelen van het wetsvoorstel

Het voorstel van wet beoogt de verantwoordelijkheid voor een echtscheiding en voor de zorg voor de kinderen bij de echtgenoten te laten. In de kern, zo stelt de toelichting, gaat het om een zekere dejuridisering van de echtscheiding. De toelichting noemt de volgende voordelen van invoering van het wetsvoorstel:

- a. de scheiding wordt in beginsel door de echtgenoten zelf afgewikkeld en dit leidt tot het afnemen van «vechtscheidingen», omdat de echtgenoten niet meer tegenover elkaar worden gepositioneerd;*
- b. de kwaliteit van de door de echtgenoten zelf gemaakte afspraken is blijvend veel groter;*
- c. de rechter wordt niet meer belast met zaken waarin hij vrijwel geen toegevoegde waarde heeft, hetgeen leidt tot vermindering van werkdruk en derhalve tot kostenbesparing.*

De Raad merkt hierover het volgende op.

a. De voordelen genoemd onder a en b kunnen in de huidige praktijk van het gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding, waarbij een echtscheidingsconvenant wordt overgelegd en die van de verstekscheiding reeds bereikt worden. Voorts worden in het wetsvoorstel geen voorstellen gedaan die het bereiken van overeenstemming over de gevolgen van de beëindiging van het huwelijk stimuleren. Aandacht verdient verder dat de eisen die gesteld worden aan de voorgestelde beëindiging van het huwelijk buiten de rechter om, alsmede de invoering van een minimumomgangsregeling, zoals in het vervolg van dit advies nog zal blijken, een belemmering kunnen vormen voor toepassing van de voorgestelde administratieve scheiding. Gelet op het vorenstaande adviseert de Raad het wetsvoorstel nader te motiveren.

1 a. De indiener is, in tegenstelling tot de Raad, van mening dat het wetsvoorstel juist wél het bereiken van overeenstemming bevordert. Zodra echtelieden niet meer door de wetgever worden «gedwongen» zich tot de rechtbank te wenden om het huwelijk te doen ontbinden, zijn zij vrij vaker te kiezen voor professionele scheidingsbemiddeling gericht op overeenstemming. Belangrijk is dat zeker in het geval dat echtelieden ouders zijn, zij met begeleiding maximaal inzetten op het maken van afspraken over de gevolgen van ontbinding van het huwelijk. Praktijk moet worden dat de gang naar de rechter een ultimatum remedium is dat slechts wordt ingeroepen als bemiddeling faalt. Bij vele andere situaties in de samenleving, waarbij partijen ooit een overeenkomst met elkaar aangingen, maar door wijziging van omstandigheden van die overeenkomst afwillen, of althans nieuwe afspraken willen maken, fungeert de rechtbank ook als ultimatum remedium.

¹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.

De door de Tweede Kamer bij motie De Pater-van der Meer c.s. (Kamerstukken II, 2002/03, 28 600 VI, nr. 112) vastgelegde wens dat ouders niet alleen financiële kwesties, maar ook de zorg en opvoeding van hun minderjarige kind(eren) na ontbinding van het huwelijk bespreken en vastleggen in een ouderschapsplan, is overgenomen in dit wetsvoorstel. De verantwoordelijkheid voor het vinden van overeenstemming ligt ook daardoor primair bij de echtgenoten. De juridische deskundigen zullen toezien op de kwaliteit van de gemaakte afspraken. De huidige theoretische en voor de samenleving kostbare procedure (beslag op rechter) wordt vervangen door een procedure waarin de (voormalige) echtgenoten een grotere verantwoordelijkheid krijgen. Daarmee wordt aan de doelstelling van de motie-Schonewille c.s. (Kamerstukken II, 2002/03, 28 600 VI, nr. 114) gehoor gegeven. Voorts geeft dit wetsvoorstel uitvoering aan de andere moties die eind 2002 door de Kamer zijn aanvaard. Het betreft de motie Luchtenveld c.s. (Kamerstukken II, 2002/03, 28 600 VI, nr. 57) inzake effectievere sancties bij het niet-nakomen van afspraken inzake omgang en gezag en de motie Dittrich c.s. (Kamerstukken II, 2002/03, 28 600 VI, nr. 115) inzake het opnemen van een minimumomgangsnorm in de wet.

Overigens staat de rol van de rechter bij ontbinding van het huwelijk al langer ter discussie. De commissie-De Ruiter adviseerde al in 1996 om de verplichte inschakeling van de rechter te vervangen door een administratieve echtscheiding. De commissie schrijft:

«Om twee redenen verwacht de Commissie dat een scheiding zonder inschakeling van de rechter een positief effect kan hebben op de wijze waarop met conflictstof wordt omgegaan. De eerste reden is de volgende. Indien een verplicht beroep moet worden gedaan op de rechter, zullen de echtelieden in de verleiding kunnen worden gebracht om zaken aan hem voor te leggen die zij zelf ook door middel van onderhandeling of bemiddeling tot een oplossing hadden kunnen brengen. Indien, bij voldoende overeenstemming, ook voor een procedure zonder inschakeling van de rechter kan worden gekozen, zouden de echtelieden zich gestimuleerd kunnen voelen zoveel mogelijk de eigen verantwoordelijkheid te nemen en zaken onderling, in plaats van via de rechter, te regelen.

In de tweede plaats biedt de procedure zonder inschakeling van de rechter de mogelijkheid om tot oplossingen van conflicten te komen met behulp van een gevarieerder aanbod van voorzieningen en deskundige hulpverleners. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan vormen van scheidingsbemiddeling.»

(Rapport van de commissie herziening scheidingsprocedure «Anders scheiden», p. 33).

De wetgever heeft bij de introductie van de flitsscheiding reeds de mogelijkheid geschapen het huwelijk – via de omzetting in het geregistreerd partnerschap – zonder tussenkomst van de rechter te ontbinden, ook in die gevallen dat er (minderjarige) kinderen zijn. Het wetsvoorstel brengt dus meer in plaats van minder waarborgen voor zorgvuldigheid ten opzichte van vigerend recht.

Indiener meent dat, door de opkomst van mediation en de goede resultaten daarvan bij echtscheiding, er thans alle aanleiding bestaat om daadwerkelijk de administratieve echtscheiding (als één van de vormen tot ontbinding van het huwelijk) rechtstreeks mogelijk te maken.

Overigens kan een – op zichzelf niet beoogd – effect van de voorgestelde wet zijn, dat ontbinding van het huwelijk vanwege de zorgvuldigheidseisen minder eenvoudig wordt ten opzichte van met name de flitsscheiding. Aldus ontstaat als neveneffect meer «scheidingsoverwegingstijd». Deze kan er toe leiden dat bij het ontbinden van het huwelijk niet lichtvaardig te werk wordt gegaan en dat zelfs daarvan in een aantal gevallen alsnog wordt afgezien.

b. Een voordeel van de invoering van de scheiding zonder tussenkomst van de rechter zou kunnen zijn dat aan de thans gevolgde weg van de zogenoemde flitsscheiding een einde komt. Nadeel van de flitsscheiding is vooral dat zij in het buitenland niet steeds erkenning krijgt. Daartegenover staat dat nieuwe internationaal-privaatrechtelijke problemen kunnen rijzen, nu de mogelijkheid van scheiden zonder tussenkomst van de rechter niet is beperkt tot bijvoorbeeld die gevallen waarin de echtgenoten beiden of een van beiden de

Nederlandse nationaliteit hebben. Ook in de gevallen dat een of beide echtgenoten de Nederlandse nationaliteit niet bezitten en zij overeenstemming hebben over de beëindiging van hun huwelijk en de gevolgen daarvan is er geen oordeel meer van de rechter over onder andere vragen van het toepasselijke recht ten aanzien van de beëindiging van het huwelijk zelf en van de gevolgen ervan.¹ Daardoor kunnen opnieuw problemen van bijvoorbeeld erkenning in het buitenland van deze vormen van beëindiging rijzen. De Raad merkt hierbij op dat het niet de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand is om in deze gevallen ter gelegenheid van de inschrijving van de verklaring, bedoeld in artikel 149, onder c, de controle die de rechter niet meer uitoefent, te verrichten. De Raad adviseert de beëindiging van het huwelijk in zaken waarin internationaal-privaatrechtelijke aspecten spelen die de beëindiging zelf of de gevolgen daarvan betreffen, nader te bezien.

b. De verantwoordelijkheid van het beëindigen van het huwelijk zonder tussenkomst van de rechter blijft waar deze hoort: bij de echtgenoten. Ook de gevolgen van deze beëindiging behoren tot de verantwoordelijkheid van de (voormalige) echtgenoten. Door de verantwoordelijkheid bij de echtgenoten te laten, ontstaat een kwalitatief beter scheidingstraject. Het gaat niet primair om de mogelijkheid administratief te kunnen scheiden, het gaat er om anders en beter te kunnen scheiden, de administratieve scheiding is daarvan het logische sluitstuk. Zeker nu deze vorm via de achterdeur thans ook al mogelijk is via de flitsscheiding. Deze mogelijkheid van het omzetten van het huwelijk in een geregistreerd partnerschap, dat vervolgens eenvoudig kan worden ontbonden, wordt door het introduceren van een kwalitatief goede administratieve scheiding via dit wetsvoorstel vervangen. De indiener heeft het wetsvoorstel aangepast.

Wat betreft de internationaal-privaatrechtelijke aspecten merkt de indiener op dat de Raad natuurlijk terecht stelt dat het niet de bedoeling kan zijn dat de ambtenaar van de burgerlijke stand optreedt als beoordelaar daarvan. Hier ligt in het wetsvoorstel een taak voor de juridisch deskundige scheidingsbemiddelaar c.q. de jurist die is bedoeld in artikel 149 lid 2, onder c. De ambtenaar van de burgerlijke stand is wel de autoriteit die is bedoeld in de aangehaalde Europese verordening Brussel II bis. Deze vorm van beëindiging van het huwelijk dient mogelijk te worden voor echtgenoten die hun huwelijk naar Nederlands recht hebben gesloten.

Aan de Staatscommissie IPR is nader advies gevraagd over de vraag of verdere beperking in de kring van personen die via administratieve scheiding hun huwelijk kunnen ontbinden noodzakelijk is. Voorkomen moet worden dat ten onrechte jurisdictie wordt aangenomen door de scheidingsbemiddelaar, advocaat of notaris, terwijl achteraf zou blijken dat het huwelijk niet rechtsgeldig is beëindigd. Mogelijk volgt nog een nadere aanpassing van de wettekst.

De overeenkomst tot beëindiging van het huwelijk

2. Anders dan het huidige artikel 80d van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), waaraan het voorgestelde artikel 150 deels is ontleend, bepaalt artikel 150 dat de bij de beëindiging van een huwelijk te maken afspraken op straffe van nietigheid in de beëindigingsovereenkomst moeten worden overeengekomen. Indien de echtgenoten bijvoorbeeld de beslissingen omtrent de verdeling van de gemeenschap waarin zij zijn gehuwd op goede gronden willen uitstellen (de echtelijke woning moet bijvoorbeeld eerst verkocht worden) tot een later tijdstip en daarover geen regeling in de overeenkomst opnemen, heeft dit een (partieel) nietige overeenkomst tot gevolg. De door de ambtenaar van de burgerlijke stand ingevolge artikel 149, onder c, in te schrijven verklaring dat en op welk tijdstip een beëindigingsovereenkomst is gesloten, dient mede ondertekend te zijn door een of meer notarissen, advocaten of scheidingsbemiddelaars die voldoen aan de vereisten voor benoeming tot rechterlijk ambtenaar. Deze als waarborg bedoelde medeondertekening zal er in het gegeven geval toe leiden dat op grond van de in acht te nemen zorgvuldigheid de desbetreffende overeenkomst niet door hen wordt getekend en dat de scheiding zonder tussenkomst van de rechter niet kan plaatsvinden.

¹ Vergelijk voor het huwelijk de Wet conflictenrecht echtscheiding, het Verdrag inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, de Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime en de Wet conflictenrecht pensioenverevening.

De echtgenoten zullen in dit geval ook niet langs de weg van een gemeenschappelijk verzoek kunnen scheiden, aangezien ingevolge het voorgestelde artikel 154, tweede lid, aan het bij het gemeenschappelijk verzoek over te leggen echtscheidingsconvenant dezelfde eisen op straffe van nietigheid worden gesteld.

Er rest de echtgenoten niets anders dan dat een van beiden een verzoek tot echtscheiding doet waartegen de ander zich niet verzet.

De sanctie van nietigheid is blijkens de toelichting gesteld omdat er geen reden is voor vrijblijvendheid op dit terrein.¹ De Raad acht deze motivering ontoereikend om een dergelijk zware sanctie als zodanig, maar ook voor elke van de genoemde onderdelen van de overeenkomst te rechtvaardigen. Daarenboven levert een dergelijke sanctie nogal wat technisch-juridische problemen op, waardoor deze sanctie eerder leidt tot juridisering dan tot de beoogde dejuridisering van de echtscheiding. De Raad adviseert dit punt nader te bezien.

2. Indiener wil benadrukken dat in de beëindigingsovereenkomst heel wel afspraken cq voorzieningen kunnen staan met een voorlopig karakter, zolang daarover tussen de twee (voormalige) echtgenoten maar overeenstemming bestaat en aan de gemaakte afspraken met een voorlopig karakter voldoende inhoudelijke betekenis toekomt. Bepalingen die uitsluitend uitstel bevatten en ook voor de tussenliggende tijd materieel niets regelen, zijn nietig. Hierin ligt een belangrijke rol voor de mediator. Deze dient op dit punt zeer actief te interveniëren en zich te overtuigen van de wilsovereenstemming tussen de echtgenoten. De handtekeningen van beide echtgenoten geven de overeenstemming aan. De handtekening van de advocaat, notaris of gespecialiseerde scheidingsbemiddelaar waarborgt dat aan de juridische vereisten, die ter zake van de door de echtgenoten gemaakte afspraken bestaan, is voldaan. Echtgenoten hebben derhalve een grote mate van verantwoordelijkheid en vrijheid om te bepalen hoe de inhoud van de beëindigingsovereenkomst luidt. Als het gaat om het ouderschapsplan, dan is dat pas geldig als tenminste de door de wet voorgeschreven onderwerpen erin geregeld zijn. Nietigheid als sanctie indien deze onderwerpen niet zijn geregeld, is nodig om te bereiken dat er goede en ter zake doende afspraken worden gemaakt en geen vrijblijvende. De mogelijkheid van partiële nietigheid wordt afgewezen omdat die juist het risico zo inhouden dat echtelieden net als in de huidige praktijk volstaan met het maken van financiële afspraken (alimentatie, kinderalimentatie en boedelverdeling c.a.) maar bijvoorbeeld geen invulling geven aan de verdeling van zorg en opvoedingstaken, terwijl zij wel het gezamenlijk gezag blijven uitoefenen. Nogmaals, het maken van afspraken met een voorlopig karakter zal niet leiden tot nietigheid van de beëindigingsovereenkomst.

De toename van het aantal flitsscheidingen alsmede van de verzoeken tot echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek maken volgens de indiener duidelijk dat het wetsvoorstel voorziet in een maatschappelijke behoefte. Immers, het wetsvoorstel maakt het mogelijk om in onderlinge overeenstemming het huwelijk te ontbinden, maar wel met zodanige vormvoorschriften dat erkenning in andere Europese lidstaten kan plaatsvinden. De indiener is ervan overtuigd dat het wetsvoorstel wel degelijk leidt tot de beoogde dejuridisering. Daarnaast benadrukt indiener dat het wetsvoorstel meer handen en voeten geeft aan de invulling van het gezamenlijk gezag dat sinds 1998 uitgangspunt is ook na echtscheiding. Het betreft de facto een wettelijke invulling van het begrip «family life». Het gaat om normstellende wetgeving: een plicht tot zorg voor beide ouders en een principieel gelijkwaardige positie van de vader en de moeder.

3. De beëindiging van het huwelijk zonder tussenkomst van de rechter is door de voorgestelde wijziging van artikel 1:149 BW een nieuwe wijze waarop het huwelijk eindigt, naast de andere vier wijzen, waaronder de echtscheiding en de ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed. Beoogd is dat zij dezelfde gevolgen heeft als een echtscheiding. Omdat het een nieuwe wijze van beëindiging van het huwelijk betreft naast de echtscheiding, gelden wettelijke voorschriften waarin aan een echtscheiding of in verband daarmee gevolgen worden verbonden, niet.

¹ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel E, derde alinea.

Zo kunnen bijvoorbeeld geen voorlopige maatregelen worden getroffen (artikel 821 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, hierna: Rv), die alleen met het oog op een echtscheiding of scheiding van tafel en bed mogelijk zijn. Ook al gaat de beëindiging van het huwelijk met wederzijds goedvinden uit van overeenstemming tussen de echtgenoten, toch kan het aanvankelijk nodig zijn om voorlopige maatregelen te treffen, die op zeker moment weer kunnen vervallen.

Zo heeft in internationale gevallen de Nederlandse rechter geen rechtsmacht meer tot het treffen van voorlopige en bewarende maatregelen. Deze rechtsmacht heeft hij alleen, als hij die ook heeft ten aanzien van de echtscheiding (artikel 4, eerste lid, Rv). Het gaat hier niet om een echtscheiding. Ook de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding zal bijvoorbeeld aanpassing behoeven. De Raad adviseert daarom te inventariseren in welke bepalingen in de Nederlandse wetgeving gevolgen worden verbonden aan de echtscheiding en het wetsvoorstel aan te passen, indien die gevolgen ook verbonden dienen te worden aan de nieuwe wijze van beëindiging van het huwelijk door overeenkomst zonder tussenkomst van de rechter, dan wel duidelijk te maken dat in invoeringswetgeving dient te worden voorzien.

3. De indiener onderschrijft de opmerkingen van de Raad ten aanzien van de uit te voeren inventarisatie. Deze is voor het overgrote deel reeds uitgevoerd en in het aangepaste wetsvoorstel aangegeven. Op een enkel punt vindt nog nader overleg met vakdepartementen plaats inzake specifieke bepalingen in vakwetgeving waarin thans nog slechts de huidige echtscheiding, scheiding van tafel en bed en ontbinding van het geregistreerd partnerschap zijn genoemd. Zowel de reeds aangepaste als de nog aan te passen bepalingen betreffen overigens vooral technische wijzigingen. De door dit wetsvoorstel nieuw geïntroduceerde scheidingsroute wordt voor zover van toepassing ook opgenomen in de artikelen waarin thans nog slechts de huidige echtscheiding wordt bedoeld en genoemd.

Voor zover op basis van het nader overleg met vakdepartementen nog enkele te wijzigen specifieke bepalingen oplevert, wordt in die wijziging op een later tijdstip voorzien.

Indiener heeft heroverwogen of de bepaling ten aanzien van de voorlopige voorzieningen in het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing moet worden verklaard. Dan zou het noodzakelijk zijn dat er een moment wordt gecreëerd waarbij de administratieve echtscheidingsprocedure wordt gestart. Gedacht kan dan bijvoorbeeld worden aan een moment dat een intentieverklaring tot het administratief scheiden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt gedeponneerd. Echter indiener kiest er uiteindelijk voor om artikel 821 Rv niet van overeenkomstige toepassing te verklaren. Het past niet in het, mede door de mogelijkheid van echtscheidingsbemiddeling, harmonische karakter van de administratieve scheidingsweg dat er (door de rechter) voorlopige voorzieningen kunnen worden getroffen. In de mogelijkheid om voorlopige voorzieningen aan de rechter te vragen, schuilt het gevaar dat het conflict ontaart in een «vechtscheiding». Het wetsvoorstel tracht dit juist te voorkomen. Daarnaast is het zo dat bij de huidige procedure van de flitsscheiding ook geen voorlopige voorzieningen kunnen worden gevraagd aan de rechter. Het wetsvoorstel introduceert een degelijk alternatief voor de flitsscheiding. Kennelijk is er geen maatschappelijke behoefte voor de mogelijkheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen door de rechter, gelet op het grote jaarlijkse aantal flitsscheidingen.

Als er niettemin behoefte bestaat aan een nader rechterlijk oordeel gedurende bemiddeling staat voor partijen wel de algemene mogelijkheid een rechtsvraag aan de kantonrechter voor te leggen (art. 3 Wet op de Rechterlijke Organisatie).

4. In artikel 150, eerste lid, aanhef en onder a, aanhef en ten eerste wordt voorgesteld dat het ouderschapsplan afspraken omvat over de wijze van uitoefening van het gezamenlijk ouderlijk gezag over de tot het gezin behorende kinderen. Onder de «tot het gezin behorende kinderen» worden in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek niet alleen de eigen kinderen van de echtgenoten begrepen, maar ook de stiefkinderen en de pleegkinderen (zie bijv. artikel 1:82 BW). Op de twee laatstgenoemde categorieën van kinderen zien de hier bedoelde afspraken in het algemeen niet, omdat over pleegkin-

deren geen gezag wordt uitgeoefend door pleegouders en over stiefkinderen de eigen ouder het gezag uitoefent en de stiefouder veelal het medegezag niet heeft. Verder is de stiefouder na beëindiging van het huwelijk niet langer alimentatieplichtig jegens het stiefkind. Voor zover de echtgenoten een afspraak willen maken bijvoorbeeld over de omgang met een stief- of pleegkind, staat de voorgestelde regeling daaraan niet in de weg. De Raad adviseert daarom de «tot het gezin behorende kinderen» te vervangen door: hun kinderen, en dat ook te doen in artikel 150, eerste lid, onder a, ten vierde.

4. De indiener heeft met het ouderschapsplan, conform de eerdere Kameruitspraak, willen beogen te bevorderen dat er afspraken worden gemaakt omtrent de uitoefening van het gezamenlijk ouderlijk gezag van de kinderen van de voormalige echtgenoten. Dat zijn de kinderen over wie zij beiden het gezag behouden. De indiener is het derhalve met de door de Raad voorgestelde wijziging eens en heeft het wetsvoorstel conform de suggestie van de Raad aangepast. Afspraken die worden gemaakt omtrent de omgang met een pleeg- of stiefkind worden door de voorgestelde regeling niet geblokkeerd. Dit type afspraken behoort tot de verantwoordelijkheid van de voormalige echtgenoten, maar hoeven bij het ouderschapsplan door de wetgever niet als voorwaarde te worden geformuleerd. De indiener geeft wellicht ten overvloede aan dat de mogelijkheid tot het aanvragen van een gezagswijziging blijft bestaan.

5. De scheiding van tafel en bed, alsmede de ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed kunnen niet anders dan door tussenkomst van de rechter plaatsvinden, omdat het wetsvoorstel niet in een andere wijze van uiteengaan voorziet. Nu de ontbinding van het huwelijk door overeenkomst mogelijk wordt gemaakt, is nadere motivering vereist voor het achterwege laten van deze mogelijkheid bij scheiding van tafel en bed en bij de ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed. De Raad adviseert in die motivering te voorzien dan wel het wetsvoorstel aan te passen.

5. De scheiding van tafel en bed komt in de praktijk nog maar zeer zelden voor. Verdere afname van deze wettelijke mogelijkheid wordt voorzien nu het huwelijk inmiddels niet meer de verplichting tot samenwonen inhoudt. Evenmin als thans na scheiding van tafel en bed de route van flitscheiding wordt gevolgd, lijkt het wenselijk de administratieve scheiding na scheiding van tafel en bed te introduceren.

6. Hoofdverblijfplaats van het kind

Volgens de memorie van toelichting beoogt het wetsvoorstel tevens een einde te maken aan de thans bestaande praktijk om het ouderlijk gezag verregaand te marginaliseren door gebruikmaking van het begrip «gewone verblijfplaats» van het kind. Deze door onwillige ouders gevolgde sluiproute staat volgens de toelichting op zeer gespannen voet met het belang van het kind, aangezien het in wezen gaat om een voortzetting van de partnerstrijd tussen de ouders met andere middelen.¹

Op grond van rechtspraak van de Hoge Raad² en de nadere invulling ervan in de rechtspraak blijven ouders thans in het gros van de gevallen het gezamenlijk gezag na scheiding houden. Dikwijls wordt de rechter in die gevallen verzocht de hoofdverblijfplaats van het kind bij een der ouders te bepalen. Een dergelijk verzoek kan als nevenvoorziening bij een verzoek om echtscheiding worden gedaan³, ook al betreft dit niet een van de in artikel 827 Rv genoemde nevenvoorzieningen. Er is geen reden om te veronderstellen dat een dergelijk verzoek, indien het huidige wetsvoorstel tot wet zou zijn verheven, niet meer gedaan zou kunnen worden. Evenmin belemmert het wetsvoorstel dat van de overeenkomst tot beëindiging van het huwelijk dan wel van een echtscheidingsconvenant een regeling omtrent de hoofdverblijfplaats van het kind deel uitmaakt. Voorts maakt de toelichting niet duidelijk waarom een regeling omtrent de hoofdverblijfplaats van het kind na scheiding in wezen een sluiproute zou zijn die op zeer gespannen voet staat met het belang van het kind. Naar het oordeel van de Raad kan het belang van het kind zeer wel gediend zijn met bepaling van de hoofdverblijfplaats van het kind bij de verzorgende ouder, terwijl de andere ouder regelmatige contacten met het kind kan hebben. De Raad adviseert daarom de toelichting aan te passen.

¹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5, vierde alinea.

² HR 10 september 1999, NJ 2000, 20.

³ Zie HR 15 december 2000, NJ 2001, 123.

6. De indiener wil benadrukken dat het wetsvoorstel uitgaat van het vóórtzetten van het gezamenlijk ouderschap ná echtscheiding. Het enkele feit dat ouders scheiden, ontslaat hen niet van het ouderschap. Indiener wil daarbij dat het traditionele patroon (hoofdverblijfplaats kind meestal bij de moeder plus omgangsregeling meestal voor de vader) wordt verlaten. Uit de vele discussies die in de Tweede Kamer met de minister van Justitie zijn gevoerd is duidelijk geworden dat Kamer en minister voor ogen staat dat ook in de rechtspraak op meer gelijkwaardige wijze invulling wordt gegeven aan het sinds 1998 ingevoerde gemeenschappelijk gezag als hoofdregel na echtscheiding. Onlangs werd dit ook benadrukt in het PvdA-rapport «Ouder blijf je». In het hoofdlijnen debat dat de Kamer met de regering voerde over het wetsvoorstel tot herziening van de kinderalimentatie (Kamerstukken II, 2003–2004, 29 480) werd duidelijk, dat nog vaak wordt geredeneerd vanuit de gedachte dat kinderen bij de moeder wonen en worden opgevoed en de vader bijdraagt in de kosten daarvan. De Kamer heeft duidelijk aangegeven dat die benadering haaks staat op de gedachtevorming over het meer gelijkwaardig invulling geven aan het gezamenlijk gezag dat ouders na beëindiging van het huwelijk hebben. De indiener staat voor ogen dat ouders op basis van het uitgangspunt van gelijkwaardigheid voorzien in de verdere verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen. Daarom worden ouders verplicht om bij de scheiding een ouderschapsplan te overleggen, waarin over een aantal door de wet voorgeschreven onderwerpen afspraken moeten staan. Ouders zullen hierbij overeenstemming moeten vinden, en zélf, al dan niet begeleid door een mediator, de afspraken moeten maken waarbij overigens de kinderen ook worden betrokken. De verantwoordelijkheid wordt gelaten waar deze hoort: bij het gezin. Het is dus nog steeds mogelijk dat beide ouders inderdaad overeenstemming vinden in een afspraak die toch uitgaat van een hoofdverblijfplaats, echter dan op basis van de specifieke omstandigheden waarin de ouders en/of de kinderen verkeren. Evenzeer is echter mogelijk dat beide ouders de zorg en opvoedingstaken naar tijdsevenredigheid verdelen en de kinderen gemiddeld ongeveer even veel tijd in de woning van de moeder als in die van de vader doorbrengen. De indiener heeft de toelichting op dit punt verduidelijkt.

7. Nadere eisen voor het ouderschapsplan

De wijziging van artikel 251 beoogt nadere eisen te stellen aan het bij een overeenkomst tot beëindiging van het huwelijk op te stellen ouderschapsplan. De Raad merkt het volgende op:

a. In het vierde lid van artikel 251 wordt voorgesteld dat ouders bij het maken van afspraken over de zorg- en opvoedingsrelatie na beëindiging van het huwelijk rekening kunnen houden met praktische belemmeringen als gevolg van de beëindiging van het huwelijk, voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan. In de memorie van toelichting ontbreekt een uiteenzetting over de aard van de belemmeringen waaraan hier moet worden gedacht. De Raad adviseert daarin te voorzien.

7 a. Met praktische belemmeringen doelt indiener bijvoorbeeld op het ongelijke aantal uren dat ouders kunnen werken, het niet kunnen nakomen van de gemaakte afspraken door bijvoorbeeld militaire uitzending, het op afstand van elkaar wonen, etc. Het moge duidelijk zijn dat ouders die beiden op zeer geringe afstand van elkaar (komen te) wonen en beiden in deeltijd werken, eenvoudiger tot de afspraak zullen kunnen komen dat zij de opvoeding gelijkelijk in tijd verdelen, dan wanneer er sprake is van één ouder woonachtig in Groningen en één in Leiden. In zo'n situatie is het belang van de kinderen natuurlijk gediend met maatwerk opdat zij niet worden verplicht erg veel te reizen, in twee steden te sporten en dergelijke. Niettemin is het de bedoeling van dit wetsvoorstel dat bij dat maatwerk bewust overleg wordt gevoerd vanuit gelijkwaardige posities van beide ouders en niet van een zekere voorrangspositie van de moeder. De indiener heeft de toelichting op dit punt verduidelijkt.

b. Indien gezamenlijke uitoefening van het gezag niet in het belang van het kind is, kan een ouder de rechtbank verzoeken om de andere ouder alleen met het gezag te belasten, aldus wordt in artikel 251, vijfde lid, voorgesteld. Nu artikel 1:253n BW al voorziet in de verzoeken als hier bedoeld, alsmede in het

in het voorgestelde artikel 251, vijfde lid, niet geregelde verzoek van een ouder om hem- of haarzelf alleen met het gezag te belasten, adviseert de Raad dit vijfde lid te schrappen.

b. Indiener wil benadrukken dat artikel 251, lid 5 zoals voorgesteld juist een spiegelbeeld-procedure wil introduceren. Het moet slechts mogelijk zijn de rechter te vragen om de *ander* met het ouderlijk gezag te belasten. Te vaak wordt, veelal onder valse voorwendselen, getracht de ex-partner uit het ouderlijk gezag te ontheffen. Voorgestelde wijziging moet deze tendens voorkomen. Indiener zal artikel 1:253n gelet op bovenstaande aanpassen. De huidige formulering is juist aanleiding voor veel «vechtscheidingen».

8. De verklaring omtrent de beëindiging van het huwelijk

De door een ambtenaar van de burgerlijke stand in te schrijven verklaring dat en op welk tijdstip de echtgenoten omtrent de beëindiging van hun huwelijk een overeenkomst hebben gesloten, dient mede-ondertekend te zijn door een of meer notarissen, advocaten of scheidingsbemiddelaars die voldoen aan de vereisten tot benoembaarheid tot rechterlijk ambtenaar, gesteld in artikel 1d van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. De Raad merkt het volgende op.

a. Anders dan advocaten en notarissen zijn scheidingsbemiddelaars niet als zodanig aan tuchtrecht onderworpen. Nu de rechterlijke tussenkomst bij de hier bedoelde beëindiging van het huwelijk vervalt en daarvoor in de plaats onder andere de waarborg van de medeondertekening van de verklaring omtrent de beëindiging van het huwelijk treedt, is de Raad van oordeel dat alleen de op dit terrein deskundige beroepsbeoefenaren wier handelen of nalaten door de tuchtrechter kan worden getoetst, de hier bedoelde verklaring mede mogen ondertekenen. Dat neemt niet weg dat scheidingsbemiddelaars bij de totstandkoming van beëindigingsovereenkomsten een nuttige rol kunnen vervullen. De Raad adviseert de medeondertekening door scheidingsbemiddelaars uit het voorgestelde artikel 149, onderdeel c, te schrappen.

b. Volgens de memorie van toelichting¹ dienen al deze deskundigen ook te voldoen aan alle vakbekwaamheidseisen die door beroepsverenigingen worden gesteld aan een scheidingsbemiddelaar. Deze eis blijkt niet uit de wettelijke regeling. Het kan wenselijk zijn dat aan nadere eisen van beroepsverenigingen door deskundigen op bepaalde terreinen wordt voldaan, maar een verplichting daartoe is in de ogen van de Raad onwenselijk, nu advocaten en notarissen reeds aan zodanige eisen moeten voldoen dat zij redelijkerwijs in staat moeten worden geacht een overeenkomst tot beëindiging van het huwelijk te beoordelen. De Raad adviseert dan ook deze eis niet alsnog in het wetsvoorstel op te nemen, maar de toelichting af te stemmen op de huidige tekst van het wetsvoorstel.

8 a en b. Dit wetsvoorstel beoogt onder meer te bereiken de vervanging van de huidige regeling die de zogenaamde flitsscheiding mogelijk maakt, door een regeling die de administratieve scheiding vormgeeft op een zorgvuldiger wijze en welke wordt gestut door kwaliteitswaarborgen. Deze doelstelling leidt er toe dat de figuur van de jurist die de scheidingsovereenkomst mede-ondertekent nader dient te worden gezien.

Indiener hecht er zeer aan dat scheidingsbemiddelaars deskundig zijn.

Teneinde deze deskundigheid zo goed mogelijk te waarborgen, zijn scheidingsbemiddelaars die daarnaast ook advocaat of notaris zijn thans verplicht aan de eisen van hun beroepsvereniging te voldoen. Voor advocaten-scheidingsbemiddelaars gelden in dit kader de regels van de Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsbemiddelaars (VFAS) en voor notarissen die tevens scheidingsbemiddelaar zijn de regels van de Vereniging van Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat (VMSN) van toepassing. De stelling van de Raad dat alle advocaten en notarissen reeds aan zodanige eisen moeten voldoen dat zij redelijkerwijs in staat moeten worden geacht een overeenkomst tot beëindiging van het huwelijk te beoordelen, is naar het oordeel van de indiener voor discussie vatbaar.

In de eerste plaats op grond van het feit dat het personen familierecht in ruime zin reeds een specialisme vormt, hetgeen a fortiori geldt voor het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht. Slechts die advocaten en

¹ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel D, een na laatste alinea.

notarissen die deze rechtsterreinen reeds een ruim aantal jaren frequent betreden, hebben voldoende overzicht, kennis en ervaring om werkelijk toegevoegde waarde te kunnen bieden aan scheidende echtgenoten. In de tweede plaats omvat scheidingsbemiddeling aanzienlijk meer dan deze – op zich reeds wezenlijke – juridische kant er van. De beheersing van een bemiddelingsmethode, omvattend kennis van psychologische processen, communicatiepatronen en vele vaardigheden en technieken is essentieel voor een goede uitoefening van het vak.

De beide genoemde beroepsverenigingen voorzien in een gedegen opleiding aan reeds ervaren familierechtjuristen. Indiener heeft op deze gronden en om op voorhand tegemoet te komen aan de zorg van degenen die vrezen dat bij het wegvallen van de rechterlijke beschikking bij echtscheiding te grote risico's worden genomen, omdat advocaten en notarissen die niet voldoen aan de eisen van de beide beroepsverenigingen onvoldoende toegerust zouden zijn en derhalve voldoende deskundigheid kunnen ontberen om op te kunnen treden als scheidingsbemiddelaar, zijn wetsvoorstel op dit punt aangescherpt. Inmiddels wordt in het wetsvoorstel voorgesteld dat degenen die in staat moeten worden geacht om als scheidingsbemiddelaar op te treden en in staat te zijn overeenkomsten tot beëindiging van het huwelijk op hun merites te beoordelen, juristen moeten zijn die zijn aangesloten bij de VFAS of de VMSN.

Mede daardoor is er geen reden waarom ook nog zou moeten worden bepaald dat een goede scheidingsbemiddelaar tevens advocaat of notaris dient te zijn. Gesteld kan wellicht zelfs worden dat het uitoefenen van twee afzonderlijk te onderscheiden specialismen ten koste gaat van de ontwikkeling van het vak van scheidingsbemiddelaar. Scheidingsbemiddeling is een (juridisch) specialisme dat in ontwikkeling is. Aan de scheidingsbemiddelaar komt een eigenstandige positie toe. Er zijn reeds een behoorlijk aantal zeer gekwalificeerde scheidingsbemiddelaars actief die niet tevens advocaat of notaris zijn. Genoemd kunnen worden: (gewezen) rechters, gewezen advocaten en notarissen, (gewezen) hoogleraren en universitair docenten. Zij voldoen allen aan de hiervoor beschreven deskundigheidskenmerken en beschikken over een grote ervaring in de praktijk van het familierecht. Ten overvloede kan worden opgemerkt dat zij in materieel opzicht veelal meer dan voldoen aan de door de beide genoemde beroepsverenigingen gestelde eisen. Scheidingsbemiddelaars die aan de hoogste eisen voldoen zijn thans schaars. Scheidingsbemiddelaars die niet tevens advocaat of notaris zijn dienen derhalve een positie te hebben die gelijkwaardig is aan die van de scheidingsbemiddelaar die wel tevens advocaat of notaris is. Het is de taak van de wetgever – zeker in dit stadium echtgenoten die voornemens zijn te scheiden duidelijkheid te verschaffen waar het de kwaliteit van de scheidingsbemiddelaar betreft. Scheidingsbemiddelaars die niet tevens advocaat of notaris zijn kunnen niettemin het lidmaatschap verwerven van de VFAS of de VMSN. Op deze wijze komen ook zij onder het bereik van toetsing van een tuchtinstantie.

Door, alles afwegende, het wetsvoorstel aan te passen in hier voege dat de beëindigingsovereenkomst moet worden mede-ondertekend door een gespecialiseerde advocaat, notaris of scheidingsbemiddelaar, meent indiener een extra kwaliteitswaarborg voor de administratieve scheiding te bieden. Immers, dergelijke deskundigen zullen gemiddeld zeker niet onderdoen voor de rechter in familiezaken.

Overigens is de borging van kwaliteit van mediators meer in het algemeen punt van aandacht en rechtsontwikkeling. (zie hiervoor tevens Kamerstukken II, 29 528, nr. 2, pagina 17–19) Daarom kiest indiener er voor om geen monopoliepositie voor de VFAS en VMSN te scheppen, maar bij Algemene maatregel van bestuur meerdere ontwikkelingen op dit punt mogelijk te maken.

9. Het echtscheidingsconvenant In het samenvattend overzicht van de memorie van toelichting¹ worden twee routes onderscheiden, waarlangs echtscheiding mogelijk is. De ene route betreft de beëindiging van het huwelijk zonder tussenkomst van de rechter met als variant het gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding. De andere betreft de echtscheiding op tegenspraak; daaraan ligt ten grondslag een eenzijdig verzoek tot echtscheiding.

¹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 7.

a. Het gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding wordt beschouwd als een variant op de beëindiging van het huwelijk zonder tussenkomst van de rechter. In de memorie van toelichting wordt niet toegelicht waarom het gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding wordt gehandhaafd. Een reden om deze variant te handhaven naast de nieuwe wijze van beëindiging van het huwelijk zou kunnen zijn dat de afspraken in het echtscheidingsconvenant die daarvoor in aanmerking komen in de echtscheidingsbeschikking kunnen worden opgenomen. De grosse van de beschikking levert een executoriale titel op. Een andere reden zou kunnen zijn om in zaken met internationaal-privaatrechtelijke aspecten de tussenkomst van de rechter open te houden. De Raad adviseert de redenen voor handhaving van het gemeenschappelijke verzoek tot echtscheiding toe te lichten.

9 a. Indiener doelt, zoals de Raad al aangeeft, vooral op zaken waarbij de internationaal-rechtelijke aspecten de tussenkomst van een rechter noodzakelijk maken. Op advies van de Raad is de administratieve echtscheiding in het wetsvoorstel beperkt tot personen die hun huwelijk naar Nederlands recht hebben gesloten. Daarnaast kunnen de scheidende partners belang hechten aan een direct voor executie vatbare rechterlijke beslissing en om die reden aan echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek – ondanks de daarbij noodzakelijke inschakeling van rechtbank en procesvertegenwoordiging – boven de mogelijkheid van administratieve scheiding de voorkeur geven. De toelichting is op dit punt verduidelijkt.

b. Afgezien van het gestelde onder a blijkt niet van een noodzaak om op straffe van nietigheid nadere eisen te stellen aan het echtscheidingsconvenant bij een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding. De Raad adviseert deze sanctie, mede in licht van het onder punt 2 gestelde van dit advies, nader te bezien.

b. Zoals reeds bij de behandeling van punt 2 van het advies door indiener is aangegeven, is er een goede reden om nietigheid van de beëindigovereenkomst in het vooruitzicht te stellen, indien daarin niet de door wet aangegeven onderwerpen zijn geregeld. De regeling kan overigens wel op onderdelen een voorlopig karakter dragen.

10. Regels voor geschillen over de zorg- en opvoedingsrelatie en over de omgang

In de nieuwe artikelleden 253a, eerste lid, en 377e, eerste lid, wordt voorgesteld dat bij schending van de regeling over de zorg- en opvoedingsrelatie met de kinderen na beëindiging van het huwelijk dan wel bij schending van de omgangsregeling een ouder zonder tussenkomst van een procureur zich tot de rechter kan wenden die terstond een comparitie gelast, welke binnen veertien dagen dient plaats te vinden, om een vergelijk te beproeven. Lukt dat niet dan kan de rechter uit eigen beweging de regelingen wijzigen en daaraan ook een dwangmiddel verbinden. Naast deze voorstellen blijven de huidige geschillenregeling inzake het gezamenlijk gezag van artikel 1:253a BW en de huidige mogelijkheid tot wijziging van een omgangsregeling van artikel 1:377 e BW bestaan. De Raad merkt hierover het volgende op.

a. De verhouding tussen de nieuwe en bestaande geschillenregeling over de gezamenlijke gezagsuitoefening en tussen de nieuwe en bestaande regeling inzake wijziging van de omgang is niet duidelijk. Het spreekt niet voor zich dat in de nieuwe regeling zonder tussenkomst van een procureur het geschil aan de rechter voorgelegd kan worden, maar in de bestaande, te handhaven regeling niet. Evenmin is duidelijk waarom in de nieuwe regeling aan de rechter stringente termijnen gesteld worden, maar in de bestaande, te handhaven regeling niet. De Raad adviseert zowel in het voorgestelde artikel 1:253a als in artikel 1:377 e de nieuwe en de bestaande regels op elkaar af te stemmen en afwijkingen van de bestaande regelingen van een dragende motivering te voorzien.

10 a. Indiener heeft in de Memorie van Toelichting – zowel onder punt 6 (naleving) als in de artikelgewijze toelichting (onder R) zijns inziens duidelijk gemotiveerd waarom nadrukkelijk is gekozen voor een nieuwe snelle mogelijkheid van geschillenbeslechting over de gemaakte afspraken. Deze

regeling is uiteraard bedoeld voor ouders die *na hun scheiding* na verloop van tijd op een enkel punt toch niet meer in staat blijken (ondanks bemiddeling) overeenstemming te bereiken over de in het ouderschapsplan gemaakte afspraken of wijziging of uitwerking daarvan. Het kan zijn dat dergelijke ouders ook al eerder op een enkel punt een rechterlijke beslissing hebben gevraagd. Deze nieuwe regeling is neergelegd in artikel 1:253a lid 1. Indiener heeft er voor gekozen de beoogde voordelen (snelle procedure, meer dwangmiddelen) van de nieuwe geschillenregeling ook van toepassing te doen zijn op ouders die via de rechter zijn gescheiden en via de hoofdregel ook gezamenlijk gezag uitoefenen. Omdat met deze nieuwe regeling nog geen ervaring is opgedaan, had indiener er aanvankelijk voor gekozen om daarnaast de huidige wettelijke regeling van geschillenbeslechting tussen gescheiden ouders in stand te laten. Per definitie zou deze dan beperkt zijn geworden tot een geschillenregeling *tijdens* het huwelijk en andere relatievormen. Indiener moet de Raad toegeven, dat afstemming van beide bepalingen mogelijk is. Wanneer wordt gekozen voor één uniforme bepaling voor geschillenbeslechting rondom de uitoefening van het gezamenlijk gezag zowel tijdens als na het huwelijk, geeft indiener de voorkeur aan de voorgestelde bepaling van artikel 253a lid 1. Echter, zoals ook hierna bij punt d. nader wordt toegelicht, bepleit de indiener een andere rol voor de Raad voor de Kinderbescherming ter zake van problemen rondom de uitoefening van gezamenlijk gezag, namelijk een verschuiving van advisering aan de rechtbank naar begeleiding van het gezin. Mede met het oog op deze ontwikkeling, kiest indiener er voor om de huidige geschillenregeling van het voorgestelde derde lid van dit artikel te handhaven omdat tijdens het huwelijk doorgaans geen sprake is van reeds met deskundige begeleiding tot stand gekomen en op schrift gestelde afspraken, noch van daarop gerichte rechterlijke uitspraken.

Indiener heeft overigens aanleiding gezien om de redactie van het vierde lid enigszins aan te passen, echter zonder daarmee een inhoudelijke wijziging te beogen.

Indiener wijst er tenslotte op dat de regeling in artikel 1:377 e betrekking heeft en houdt op slechts die gevallen waarin slechts één van beide ouders met het gezag is belast. Zoals eerder is aangegeven, betreft het hier nog slechts ongeveer 5% van alle echtscheidingsituaties. Dit aandeel zal nog verder teruglopen nu artikel 1:253o naar verwachting binnen afzienbare tijd zal zijn aangepast en een verzoek door één ouder tot toekenning van gezamenlijk gezag mogelijk wordt. Voor veel ouders zal daarom naar verwachting alsnog een situatie worden geschapen, waarin zij na een vroegere ontbinding van het huwelijk alsnog gezamenlijk gezag verwerven.

De hierboven gegeven bij artikel 253a gegeven motivering voor het vooralsnog handhaven van zowel de in het eerste lid als de in het derde lid voorgestelde bepaling, is hier mutatis mutandis van overeenkomstige toepassing op de leden 1 en 2 van het onderhavige artikel.

b. Gelet op het uitgangspunt van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat de dwangmiddelen waarom het hier gaat, te weten lijfswang en dwangsom, slechts op verlangen van een der partijen kunnen worden opgelegd¹, acht de Raad het niet aangewezen dat de rechter in deze gevallen ambtshalve aan zijn beslissing een dwangmiddel verbindt. De Raad adviseert zowel in het voorgestelde artikel 1:253a, eerste lid, als in artikel 1:377e, eerste lid, daarvan af te zien.

b. Indiener blijft van mening dat de rechter wel degelijk ambtshalve bovengenoemde dwangmiddelen moet kunnen opleggen. Kern is dat de rechter zeer snel tot een oplossing in het geschil komt en die uitspraak in de praktijk wordt nageleefd. Door het ambtshalve opleggen van dwangmaatregelen door de rechter mogelijk te maken, wordt voorkomen dat partijen onnodig in een vechthouding tegenover elkaar worden geplaatst waardoor de ene ouder bijvoorbeeld een dwangsom tegen de andere ouder gaat vragen. Bovendien is het handhaven van een dergelijk wettelijk vormvereiste slecht te combineren om de ouders of een van hen toegang tot de snelle comparitie te bieden

¹ Artikel 585, eerste lid respectievelijk artikel 611a, eerste lid, Rv.

zonder tussenkomst van een procureur. Indiener beoogt immers met het wetsvoorstel mede tot een dejuridisering van dit deel van het familierecht te komen.

De artikelen 585 en 611a, eerste lid, Rv worden door middel van dit wetsvoorstel aangepast.

Indiener heeft overwogen, zoals de Raad ook stelt, om de door de rechter ambthalf op te leggen dwangmiddelen ook mogelijk te maken indien de (thans reeds bestaande) geschillenbeslechting bij gezamenlijk gezags-uitoefening wordt ingeroepen (het voorgestelde artikel 1:253a lid 1), thans 1:253a. Dit is echter niet logisch omdat die geschillenregelingen worden beperkt tot de situatie dat het huwelijk nog niet is ontbonden en indiener hier de ontwikkeling van een gewijzigde taak van de Raad voor de Kinderbescherming voorziet. Bovendien ziet het wetsvoorstel primair op de gevolgen van de ontbinding van het huwelijk.

c. De toelichting bevat geen gegevens over de haalbaarheid van de stringente aan de rechter gestelde termijnen. De Raad adviseert hieromtrent het advies van de Raad voor de Rechtspraak in te winnen en het voorstel zo nodig aan te passen.

c. Indiener acht de rechterlijke macht, vanuit haar eigen verantwoordelijkheid, heel wel in staat om binnen de gestelde termijnen tot een uitspraak te komen. De bulk van de conflicten zal immers via mediation buiten de rechter om tot een oplossing worden gebracht.

d. In de toelichting wordt terzake van de naleving van het ouderschapsplan opgemerkt dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling is dat de rechter de raad voor de kinderbescherming om advies vraagt. Tevens stelt de toelichting dat het wetsvoorstel een nieuwe taak voor de raad voor de kinderbescherming beoogt.¹

De Raad merkt op dat het wetsvoorstel niet voorziet in de beëindiging van de advisering door de raad voor de kinderbescherming en evenmin in een regeling van de nieuwe taak van de raad voor de kinderbescherming. De Raad acht het ook ongewenst dat de adviserende taak van de raad voor de kinderbescherming wordt beëindigd. In zaken als hier aan de orde dient de rechter in het belang van het kind een beslissing te nemen. In deze gevallen kan deskundige advisering nodig zijn. De raad voor de kinderbescherming beschikt over deze deskundigheid. De Raad beveelt aan de toelichting aan te passen. Terzake van de uitbreiding van de taak van de raad voor de kinderbescherming tot de handhaving van (zorg- en) omgangsregelingen is het de Raad niet duidelijk waarop wordt gedoeld. De Raad adviseert dit nader toe te lichten.

d. Indiener voorziet bij de rechterlijke procedure een nieuwe taak en een andere rol dan nu het geval is. De Raad voor de Kinderbescherming moet een meer bemiddelende rol gaan spelen. Het is derhalve niet altijd noodzakelijk om de Raad bij de rechtszittingen aanwezig te doen zijn. Overigens bestaat daartoe ook geen wettelijke verplichting in zaken van gezag en omgang. Om de beoogde dejuridisering gestalte te geven, moeten de langdurige onderzoeken van de Raad worden vermeden. Beter is om ter zake van de hulp aan en eventuele advisering van ouders te spreken van «gezagsbegeleiding» in plaats van van «kinderbescherming». Dit zal voornamelijk een mentaliteitsverandering vergen. Indiener ziet liever dat de capaciteit van de medewerkers van de huidige Raad wordt ingezet in begeleiding van de voormalige echtelieden bij het in de praktijk uitvoeren van de gemaakte afspraken over zorg en opvoedingstaken (vergelijk de begeleide omgangsregeling en bemiddeling bij ophalen van de kinderen als dit spanningen geeft), dan dat de capaciteit vooral wordt gestoken in het produceren van extra bureaucratie. Verwezen wordt naar het verslag van het algemeen overleg van de vaste Kamercommissie van Justitie met met name de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport dd 23 juni 2004 en haar brief van 8 oktober 2004. Mede omdat de Staatssecretaris heeft toegezegd de hulpverlening aan ouders en hun kinderen nader te bezien, valt wijziging in de structuur en werkwijze van de Raad voor de Kinderbescherming overigens buiten het bereik van dit initiatiefwetsvoorstel. In dit kader wijst indiener andermaal op het PvdA-rapport «Ouder blijf je», waarin ook diverse voorstellen voor aanvulling

¹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 6, laatste alinea.

en verbetering van hulp aan kinderen en hun ouders rondom ontbinding van het huwelijk worden gedaan. De toelichting is op dit punt aangepast.

11. Minimumomgangsnorm

In artikel 377a, eerste lid, wordt voorgesteld dat het kind en de niet met het gezag belaste ouder recht op omgang met elkaar hebben gedurende ten minste twee etmalen per veertien dagen. Deze standaardnorm geldt alleen als het gezamenlijk gezag na beëindiging van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed niet in stand blijft. Het gezag wordt in dat geval aan een van beide ouders opgedragen. De Raad merkt hierover het volgende op.

a. De Minister van Justitie heeft over een wettelijke standaardisering van de omgang aan een aantal organisaties advies gevraagd en tevens vragen hieromtrent gesteld aan het Comité voor het familierecht van de Raad van Europa. De geconsulteerde organisaties waren unaniem in het afwijzen van een norm voor omgang. De norm zou niet alleen werken als een «keurslijf», maar zou ook polariserend werken. Ook uit de via de Raad van Europa ontvangen antwoorden bleek dat geen enkel land een dergelijke norm in zijn wetgeving heeft opgenomen en dat ook geen land dat overweegt te doen. Als reden wordt in hoofdzaak aangegeven dat een minimumnorm in de praktijk teveel als standaard zal gaan fungeren, waardoor de ruimte voor de rechter, maar ook voor partijen zelf om een flexibele invulling te kiezen, zou worden beperkt.¹ De Raad onderschrijft deze argumenten en adviseert in dit licht de wettelijke minimumnorm voor de omgang te heroverwegen.

11 a. Het invoeren van een minimumomgangsnorm geeft uitvoering aan de motie Dittrich c.s. (Kamerstukken II, 2002/03, 28 600 VI, nr. 115). Alle moties die zijn aangenomen n.a.v. het AO van 14 november 2002 worden in het wetsvoorstel uitgevoerd. Voorts is in 2004 opnieuw enkele malen overleg gevoerd tussen de Kamer en de minister van Justitie. Daarbij is het uitgangspunt aanvaard dat ook bij één-oudergezag een reële rol van beide ouders in de zorg en opvoeding van hun minderjarig kind moet bestaan, althans substantieel contact. Het schrappen van enige minimumnorm kan leiden tot het volledig voortbestaan van de huidige praktijk waarin veel vaders hun kinderen jarenlang niet zien. Indien er wil aan die situatie een einde maken.

b. Artikel 150, eerste lid, aanhef en onder a, aanhef en ten tweede, houdt in dat het ouderschapsplan omvat de wijze waarop de ouders de zorg- en opvoedingsrelatie ten aanzien van de tot het gezin behorende kinderen vormgeven of, als het gezag door een van de ouders wordt uitgeoefend, de wijze waarop de ouders de omgangsregeling vormgeven. Artikel 1:377h BW, dat de regels van titel 15 over de omgang van overeenkomstige toepassing verklaart voor het geval de ouders gezamenlijk het gezag hebben na beëindiging van hun huwelijk, vervalt.

Indien de minimumnorm voor omgang gehandhaafd blijft, ziet de Raad niet in waarom ouders die gezamenlijk het gezag over hun kinderen blijven uitoefenen, vrij zijn om bijvoorbeeld af te spreken dat er geen omgang zal zijn of om een beperktere regeling af te spreken dan de minimumnorm, terwijl in het geval een der ouders het gezag uitoefent een vrij zware minimumnorm geldt. De Raad adviseert voor het geval de minimumnorm voor de omgang gehandhaafd blijft, artikel 150, eerste lid, onder a, ten tweede, aan te vullen in die zin dat ouders aan de zorg- en opvoedingsrelatie in ieder geval een invulling geven overeenkomstig de gekozen minimumnorm voor de omgang.

b. Ouders zijn in eerste instantie helemaal vrij om invulling te geven in het ouderschapsplan. Het gaat erom dat zij in ieder geval ten aanzien van de in de wet verplichte onderwerpen overeenstemming bereiken. De opgenomen minimumnorm kan worden beschouwd als een minimumrecht dat een ouder krijgt in de opvoeding en verzorging van zijn of haar kind. Maar als beide ouders bewust willen afwijken van deze norm, dan moet dat door praktische omstandigheden worden gemotiveerd. Voorbeelden hiervan zijn elders gegeven. Zowel bij gezamenlijk gezag als bij omgang staat het zoveel mogelijk handhaven van contact van beide ouders met hun kind voorop. De toelichting is op dit punt verduidelijkt.

¹ Brief van de Minister van Justitie, Kamerstukken II 2003/04, 29 520, nr. 1, p. 5–6.

12. *Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*
In artikel 807 Rv is voor een zeer beperkt aantal beschikkingen op grond van Boek 1 BW bepaald dat daarvan geen hoger beroep en cassatie, anders dan cassatie in het belang der wet, openstaat. Het gaat in het algemeen om beschikkingen van tijdelijke aard, die zo spoedig mogelijk door beslissingen met een definitief karakter vervangen worden. Voorzover dat niet gebeurt, vervallen de beschikkingen na beperkte tijd. Voorgesteld wordt daaraan toe te voegen beschikkingen tot wijziging van de regeling over de zorg- en opvoedingsrelatie van de ouders met hun kind (artikel 1:253a, eerste lid) en beschikkingen tot wijziging van de omgangsregeling (artikel 1:377 e, eerste lid). Aan die beschikkingen kan een dwangmiddel (bijvoorbeeld een dwangsom) verbonden zijn. Is het daaraan verbonden dwangmiddel lijfswang, dan staan hoger beroep en cassatie wel open. De uitsluiting van hoger beroep en cassatie voor deze beschikkingen wordt gemotiveerd met het lik-op-stuk-karakter dat deze rechterlijke beslissingen dienen te hebben.¹ Hoger beroep en cassatie zouden zich volgens de indiener daarmee niet verdragen. Het lik-op-stuk karakter van deze beschikkingen is naar het oordeel van de Raad gelegen in de daaraan verbonden dwangmiddelen, maar niet in de uitsluiting van hoger beroep en cassatie. Beschikkingen als deze kunnen uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Dit betekent dat zij werking hebben, niettegenstaande hoger beroep en cassatie. De Raad ziet daarom niet in, mede gelet op het ingrijpende karakter die de daaraan verbonden dwangmiddelen kunnen hebben, dat voor deze beschikkingen hoger beroep en cassatie worden uitgesloten. De Raad adviseert de wijziging van artikel 807 Rv te heroverwegen.

12. Indiener is van mening, dat het vooral in het belang van het kind is, dat de juridische strijd niet tot in den treuren wordt gevoerd. Omwille van de duidelijkheid en snelheid stelt de indiener voor om bovengenoemde rechterlijke uitspraken uit te zonderen van hoger beroep en cassatie. Alle partijen weten dan meteen waar zij aan toe zijn. De toelichting is op dit punt aangepast.

13. *Inwerkingtreding*
Blijkens de memorie van toelichting² is de beoogde datum van inwerking-treding van het wetsvoorstel 1 maart 2005, omdat dan de Verordening Brussel II bis in werking treedt op grond waarvan binnen de Europese Unie de administratieve scheiding zal worden erkend. Wellicht is de veronderstelling dat de erkenning van de administratieve scheiding impliceert dat in Nederland (en veel andere EU-landen die de administratieve scheiding niet kennen) de administratieve scheiding dient te worden ingevoerd. De genoemde Verordening heeft echter niet die betekenis. Zij houdt niet meer in dan dat in een EU-land een in een ander EU-land tot stand gekomen administratieve scheiding erkend dient te worden. Gedacht kan daarbij bijvoorbeeld worden aan in Denemarken tot stand gekomen administratieve scheidingen. De Raad adviseert de toelichting aan te passen.

13. De indiener is zich er terdege van bewust dat de inwerkingtreding van bovengenoemde EG-verordening de lidstaten niet verplicht tot het invoeren van de mogelijkheid tot een administratieve scheiding. De verordening garandeert inderdaad alleen de erkenning ervan, wat een belangrijke stap voorwaarts is ten opzichte van de huidige situatie na het uitvoeren van een zogenaamde flitsscheiding. Om die reden wil indiener de flitsscheiding vervangen door een met meer waarborgen omklede administratieve echtscheiding.

14. *Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.*

14. De redactionele kanttekeningen zijn in het wetsvoorstel verwerkt, echter ten aanzien van de regeling in artikel 150, lid 1, onder a, ten vierde betreffende de kosten van de verzorging en opvoeding van kinderen is gekozen voor de term verdeling in plaats van de door de Raad gesuggereerde term «bijdrage

¹ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op Artikel II, onderdeel A.

² Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.

van een ouder». Dit teneinde op de rechtsontwikkeling ten aanzien van vormen van kinderalimentatie te kunnen aansluiten.

*De Vice-President van de Raad van State,
H.D. Tjeenk Willink*

Luchtenveld

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W03.04.0329/I met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- Artikel 150, eerste lid, onder a, ten vierde, als volgt laten luiden: een regeling over de bijdrage van een ouder in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen;
- In artikel 251, vijfde lid, de woorden «hij van mening is dat» laten vervallen.
- In artikel 253a, eerste lid, na «huwelijk» toevoegen: anders dan door de dood.
- In artikel 253a, tweede lid, na «scheidingsbemiddelaar» toevoegen: als bedoeld in artikel 149, onder c,.
- In artikel 253a, vierde lid, «de beide voorgaande leden» vervangen door: het eerste en derde lid.
- In artikel 377e, eerste lid, na «huwelijk» toevoegen: anders dan door de dood, en de woorden «aanpassen of» vervangen door: aanpassen en.
- In de memorie van toelichting, Artikelgewijze toelichting op artikel I, onderdeel I, «ontheven» vervangen door: ontzet.