

Vergaderjaar 2004–2005

30 145

Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding)

4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 12 mei 2005 en het nader rapport d.d. 6 juni 2005, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 25 maart 2005, no. 05.001095, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel beoogt de zogenoemde flitsscheiding af te schaffen. Verder is beoogd te bevorderen dat het ouderschap van beide ouders na scheiding² een behoorlijke invulling krijgt door een ouder of de ouders in beginsel te verplichten een ouderschapsplan bij het verzoek tot scheiding over te leggen en door de ouderlijke verantwoordelijkheid een nadere invulling te geven. Ten slotte beoogt het wetsvoorstel de regeling voor de omgang bij scheiding te wijzigen. Over ieder van de onderwerpen maakt de Raad van State opmerkingen. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het wetsvoorstel geboden is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 25 maart 2005, nr. 05.001095, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 12 mei 2005, nr. W03.05.0097/I, bied ik U hierbij aan.

1. Het ouderschapsplan

a. Bij scheiding

Volgens de memorie van toelichting zal de verplichting om van het verzoekschrift tot scheiding een ouderschapsplan deel te laten uitmaken (artikel 815, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv.)) ouders ertoe dwingen om ten minste na te denken over de invulling die zij willen geven aan het ouderlijk gezag na scheiding. In het ouderschapsplan dienen in ieder geval afspraken te worden opgenomen over de wijze waarop ouders de zorg- en opvoedingstaken verdelen of het recht en de verplichting tot omgang vormgeven, alsmede over de wijze waarop de ouders elkaar

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Waar in dit advies wordt gesproken van scheiding, wordt daaronder zowel de echtscheiding begrepen als de scheiding van tafel en bed, de ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed als over de ontbinding van het geregistreerd partnerschap.

informatie verschaffen en raadplegen over belangrijke aangelegenheden die de persoon en het vermogen van hun minderjarige kinderen betreffen en over de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen. Indien de ouders voorafgaand aan het verzoek tot scheiding geen overeenstemming bereiken over deze onderwerpen, kan een ouder in het verzoekschrift eenzijdig aangeven hoe hij vindt dat aan het ouderschap na scheiding invulling gegeven dient te worden¹. Naar de Raad aanneemt, vervangt deze eenzijdige opgave het ouderschapsplan. Volgens de toelichting kan slechts van een ouderschapsplan worden gesproken als het genoemde afspraken bevat en als het door beide ouders en een of meer advocaten of notarissen ondertekend is. Het percentage gemeenschappelijke verzoeken tot scheiding waarbij minderjarige kinderen betrokken zijn, was in 2003 53². Bij dit percentage is geen rekening gehouden met het aantal van ongeveer 5000 flitsscheidingszaken in datzelfde jaar, waarin van overeenstemming over de (gevolgen van de) scheiding mag worden uitgegaan. Een gemeenschappelijk verzoek tot scheiding gaat vergezeld van een echtscheidingsconvenant, waarvan afspraken als bedoeld in het ouderschapsplan deel uitmaken. In de overige zaken wordt een eenzijdig verzoek tot scheiding ingediend. Van die zaken leidt een onbekend aantal tot een procedure waarin geen verweer wordt gevoerd of een aanvankelijk gevoerd verweer alsnog wordt ingetrokken. Aannemelijk is dat in die zaken de echtgenoten overeenstemming hadden of op een later moment hebben bereikt over de scheiding en de gevolgen ervan. De Raad merkt het volgende op:

- 1°. Zoals blijkt uit de het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten over dit wetsvoorstel is het dagelijkse praktijk van familierechtadvocaten om de problemen in verband met een scheiding te inventariseren alvorens een verzoek in te dienen. Indien over de ten aanzien van de kinderen te treffen maatregelen geen overeenstemming mogelijk is, bijvoorbeeld omdat een ouder niet bereikt kan worden of omdat er verschil van opvatting bestaat, zal een eenzijdig verzoek tot scheiding worden ingediend en om bepaalde nevenvoorzieningen worden verzocht in overeenstemming met artikel 827 Rv. Ook al zou enige druk kunnen uitgaan van de verplichting tot opstelling van een ouderschapsplan, de vraag is of nadere regeling van de huidige praktijk, waarin al vaak overeenstemming wordt bereikt, wel nodig is.
- 2°. Een stilzwijgend akkoord in de scheidingsprocedure van de ene echtgenoot met de voorstellen van de andere over de gevolgen van de scheiding, waaronder die ten aanzien van hun minderjarige kinderen, door geen verweer te voeren tegen een eenzijdig scheidingsverzoek of zich te refereren aan het oordeel van de rechter, lijkt niet langer tot de mogelijkheden te behoren.

De onder 1° en 2° genoemde punten leiden de Raad tot het oordeel dat de noodzaak van het ouderschapsplan nadere motivering behoeft.

- 3°. De memorie van toelichting zwijgt over de verhouding van het echtscheidingsconvenant tot het ouderschapsplan. Daardoor blijft in het midden of een ouderschapsplan onderdeel kan uitmaken van een echtscheidingsconvenant dan wel afzonderlijk aan een dergelijk convenant zal moeten worden toegevoegd om te kunnen voldoen aan de vereisten van artikel 815, tweede lid, Rv. De Raad adviseert hierover in de memorie van toelichting uitsluitend te bieden en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.
- 4°. Anders dan de memorie van toelichting stelt, vloeit uit het voorgestelde artikel 815, tweede lid, Rv. niet voort dat het ouderschapsplan ondertekend dient te zijn door beide echtgenoten én een of meer advocaten of notarissen. De noodzaak van de handtekening van een of meer advocaten of notarissen ontgaat de Raad. Hij adviseert de toelichting in overeenstemming te brengen de tekst van het wetsvoorstel.

b. Bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap
Voorgesteld wordt om bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden voor te schrijven dat de beëindigingsovereenkomst op straffe van nietigheid een ouderschapsplan bevat, waarvan de onder 2a genoemde elementen deel uitmaken. De toelichting³ motiveert de nietigheids-sanctie met de opmerking dat het opstellen van een ouderschapsplan zo

¹ Memorie van toelichting, par. 4, Ouderschapsplan.

² Aldus het CBS. Het percentage gemeenschappelijke verzoeken tot scheiding waarbij geen minderjarige kinderen betrokken zijn, was in 2003 51%. Het in de memorie van toelichting genoemde totale percentage van 52,1% stemt daarmee vrijwel overeen.

³ Memorie van toelichting, Artikelen, Artikel I, Onderdeel C, artikel 80d, eerste lid, eerste alinea.

belangrijk is dat het niet mag ontbreken in de overeenkomst en gereed moet zijn voordat het geregistreerd partnerschap wordt beëindigd. De toelichting gaat niet in op de gevolgen van de nietigheid van dit deel van het contract voor de overige onderdelen van de overeenkomst tot beëindiging van het geregistreerd partnerschap en voor de eventueel al in de registers van de burgerlijke stand ingeschreven beëindiging. De nietigheid van dit deel van het contract zou de nietigheid van het gehele contract tot gevolg kunnen hebben, omdat het een belangrijk onderdeel van het contract betreft. Dan zou de inschrijving van een beëindigingsverklaring door de ambtenaar van de burgerlijke stand, mocht die hebben plaatsgevonden, rechtskracht ontberen. Dat heeft als gevolg dat het geregistreerd partnerschap niet is geëindigd en een eventueel opvolgend huwelijk of geregistreerd partnerschap niet had kunnen worden aangegaan. Deze schets van de gevolgen van de nietigheid zou nog uitgebreid kunnen worden met gevolgen op vermogensrechtelijk vlak. Ingevolge artikel 80c, onder c, van Boek 1 BW geschiedt de beëindiging van een geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden door inschrijving van een beëindigingsverklaring in de registers van de burgerlijke stand, waaruit blijkt dat en wanneer de partners een beëindigingsovereenkomst hebben gesloten. Deze verklaring is mede ondertekend door een of meer advocaten of notarissen. Van de advocaat of notaris mag verwacht worden dat hij de inhoud van de beëindigingsovereenkomst controleert. Gelet hierop en op de ver strekkende gevolgen van de nietigheidssanctie adviseert de Raad om deze sanctie te schrappen.

1. Het ouderschapsplan

a. Bij scheiding

De Raad memoreert dat, indien over een ouderschapsplan geen overeenstemming wordt bereikt, een ouder eenzijdig in het verzoekschrift kan aangeven hoe hij of zij vindt dat aan het ouderschap na scheiding invulling gegeven dient te worden. Hij verbindt hieraan met juistheid de conclusie dat deze eenzijdige opgave het ouderschapsplan vervangt. Een en ander blijkt ook uit artikel 815, vijfde lid, Rv (nieuw), en hetgeen ter zake in de memorie van toelichting is uiteengezet.

De Raad erkent dat er enige druk zou kunnen uitgaan van de verplichting tot opstelling van een ouderschapsplan, maar vraagt zich af of een nadere regeling van de huidige praktijk, waarin al vaak overeenstemming wordt bereikt, wel nodig is. Vanuit de veronderstelling dat een stilzwijgend akkoord in de scheidingsprocedure van de ene echtgenoot met de voorstellen van de andere echtgenoot over de gevolgen van de scheiding, waaronder die ten aanzien van hun kinderen, door geen verweer te voeren tegen een eenzijdig scheidingsverzoek of zich te refereren aan het oordeel van de rechter, niet langer tot de mogelijkheden lijkt te behoren, is de Raad van oordeel dat de noodzaak van het ouderschapsplan nadere motivering behoeft. De memorie van toelichting is overeenkomstig aangevuld: eenzijdige verzoeken blijven wel degelijk mogelijk, een verschil is wel, dat ook bij een eenzijdig verzoek het ouderschapsplan dient te zijn ondertekend door beide ouders. Slechts in zoverre wijzigt de huidige praktijk, indien daarbij geen sprake is van een echtscheidingsconvenant, maar slechts van eenzijdige voorstellen van de ene echtgenoot omtrent de gevolgen van de scheiding voor de kinderen. Ik acht dit een wenselijke wijziging, juist omdat zij beide ouders meer bewust zal maken van hun beider verantwoordelijkheid voor de kinderen na de scheiding.

De Raad geeft vervolgens aan dat in de memorie van toelichting niet is aangegeven hoe het echtscheidingsconvenant zich verhoudt tot het ouderschapsplan. Hierdoor blijft het in het midden of een ouderschapsplan onderdeel kan uitmaken van een echtscheidingsconvenant dan wel afzonderlijk aan een dergelijk convenant zal moeten worden toegevoegd. Opgemerkt zij, dat aan het ouderschapsplan slechts in zoverre vereisten zijn gesteld, dat dit de onderwerpen, vermeld in artikel 815, tweede lid, Rv moet betreffen en door beide ouders ondertekend moet zijn. Dit betekent dat het ouderschapsplan desgewenst in het echtscheidingsconvenant kan worden opgenomen maar ook als afzonderlijk document bij het verzoekschrift kan worden gevoegd. De memorie van toelichting is overeenkomstig het advies van de Raad aangevuld.

De Raad constateert vervolgens terecht dat de toelichting aangeeft dat een ouderschapsplan door beide ouders en een of meer advocaten of notarissen ondertekend dient te zijn terwijl de voorgestelde tekst van artikel 815, tweede lid, Rv slechts vereist dat het ouderschapsplan door beide ouders is ondertekend. In navolging van het advies van de Raad is de memorie van toelichting in overeenstemming gebracht met de tekst van het artikel.

b. Bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap

De gevolgen van nietigheid zijn inderdaad ver strekkend. Mede omdat de beëindigingverklaring mede dient te zijn ondertekend door een of meer advocaten of notarissen, en aldus mag worden verwacht dat tot de inhoud van de overeenkomst ook een ouderschapsplan behoort dat aan de wettelijke vereisten voldoet, kan van de voorgestelde sanctie van nietigheid worden afgezien. Het advies van de Raad van State is derhalve gevolgd.

2. De plicht van een ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen

Voorgesteld wordt om aan artikel 247 van Boek 1 BW, dat een omschrijving van het ouderlijk gezag omvat, een bepaling toe te voegen die een bestaande norm ten aanzien van de ouderlijke verantwoordelijkheid beoogt te expliciteren: het ouderlijk gezag omvat mede de verplichting om de ontwikkeling van de band van zijn minderjarig kind met de andere ouder te bevorderen. Blijkens de toelichting richt deze norm zich tot scheidende en gescheiden ouders en niet tot ouders in het algemeen. Als gevolg van deze norm kunnen ouders volgens de toelichting in het ouderschapsplan in beginsel niet afspreken dat het kind geen contact heeft met één van beide ouders. De norm zou ertoe moeten leiden dat de rechter ambtshalve het ouderschapsplan op dit punt toetst en zo nodig de ouders vraagt het plan te wijzigen¹. De Raad merkt op dat het onder omstandigheden in het belang van het kind gewenst kan zijn dat wordt afgesproken dat er geen omgang zal zijn.

Indien wordt vastgehouden aan de opvatting dat het niet mogelijk moet zijn een overeenkomst te sluiten waarbij contact van een ouder met het kind dat niet bij hem woont wordt uitgesloten, dient de wet naar het oordeel van de Raad te bepalen dat een dergelijke overeenkomst nietig is, zoals dat ook is bepaald ten aanzien van overeenkomsten waarbij van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien (artikel 1:400, tweede lid, van Boek 1 BW). Een dergelijke bepaling leidt ertoe dat de rechter in dit opzicht de overeenkomst ambtshalve zal toetsen. De Raad adviseert, gelet op al het voorgaande, de voorgestelde toevoeging van een derde lid aan artikel 247 te schrappen.

2. De plicht van een ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen

In verband met het voorgestelde nieuwe derde lid van artikel 247 Boek 1 BW merkt de Raad van State op dat het onder omstandigheden in het belang van het kind gewenst kan zijn dat wordt afgesproken dat er geen omgang zal zijn. De Raad adviseert uiteindelijk om deze bepaling te schrappen. Dit advies is niet gevolgd. Het nieuwe derde lid van artikel 247 heeft primair tot doel vast te leggen dat de ene ouder het zijne of het hare eraan bijdraagt om de ontwikkeling van de banden met de andere ouder te bevorderen. Dit is als zodanig in het belang van het kind. Voor wat betreft de vraag wie van de ouders welk deel van de zorg- en opvoedingstaken uitvoert en de afspraken die daarover worden gemaakt, is het daarom inderdaad niet mogelijk in het ouderschapsplan vast te leggen dat er geen enkel contact met de ouder bij wie het kind niet woont zal zijn. Zulks zou immers niet passen bij de norm die in het nieuwe derde lid van artikel 247 is verwoord. Iets anders is dat het onder omstandigheden gewenst kan zijn dat een ouder tijdelijk, en in het belang van het kind, geen contact met het kind heeft. Zoiets wordt door de norm van artikel 247, derde lid, ook niet onmogelijk gemaakt. Zou evenwel geen-contact van een ouder met het kind voor langere duur in het belang van het belang van het kind noodzakelijk zijn, dan behoort daartoe de rechter ter zake van een nadere bepaling van de verzorgings- en opvoedingstaken op de voet van het nieuwe artikel 253a Boek 1 BW te worden benaderd. Blijkens de aanvulling van het tweede lid, onder a, van dat artikel, kan de rechter desverzocht en

¹ Memorie van toelichting, par. 5, tweede alinea.

uitsluitend indien het belang van het kind dit vereist, ook bepalen dat een ouder voor een tijdelijke duur geen direct contact met zijn kind zal hebben. Het is naar mijn oordeel niet nodig te bepalen dat het uitsluiten in het ouderschapsplan van contact van het kind met de ouder bij wie het kind niet woont met nietigheid wordt bedreigd. Ook indien deze sanctie er niet is, is duidelijk dat geen contact/omgang met het kind zich niet met gezamenlijk gezag verdraagt. Tegen een zodanige sanctie zouden overigens dezelfde bezwaren kunnen worden ingebracht als tegen de aanvankelijk in het wetsvoorstel ter zake van artikel 80d, nieuw tweede lid, Boek 1 BW voorziene sanctie van nietigheid, welke sanctie ik op geleide van de Raad heb geschrapd.

3. De plicht tot omgang van de niet met het gezag belaste ouder
Het voorgestelde artikel 377a, eerste lid, bepaalt dat het kind recht op omgang heeft met zijn ouders of met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat en dat de niet met het gezag belaste ouder het recht op en de plicht tot omgang met zijn kind heeft. De Raad merkt op dat alleen aan de niet met het gezag belaste ouder een plicht tot omgang met zijn kind wordt opgelegd. Indien de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, zijn zij volgens het nieuwe artikel 247, derde lid, weliswaar verplicht om de ontwikkeling van de banden van hun kind met de andere ouder te bevorderen, maar dit omvat niet een verplichting tot contact met het kind voor de ouder bij wie het kind zijn hoofdverblijfplaats niet heeft. Anders dan in de toelichting wordt opgemerkt¹, zijn deze twee normen niet op één lijn te zetten.
De Raad adviseert nader toe te lichten waarom ten aanzien van de plicht tot omgang een onderscheid wordt gemaakt tussen ouders die gezag hebben en ouders die dat niet hebben en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

3. De plicht tot omgang van de niet met het gezag belaste ouder
Aan het advies van de Raad nader toe te lichten waarom ten aanzien van de plicht tot omgang een onderscheid wordt gemaakt tussen ouders die gezag hebben en ouders die dat niet hebben, is gevolg gegeven. Kort gezegd gaat om het volgende. De verplichting van de ouder die gezamenlijk met de andere ouder het gezag uitoefent, maar bij wie het kind zijn hoofdverblijfplaats niet heeft, om contact met zijn of haar kind te hebben, vloeit voort uit het bestaande eerste lid van artikel 247 Boek 1 BW. Ingevolge die bepaling omvat het ouderlijk gezag de plicht en het recht het kind te verzorgen en op te voeden. Die verplichting kan bezwaarlijk worden verwezenlijkt zonder het kind regelmatig in persoon te ontmoeten.

4. Geen invoering van de administratieve scheiding
Als belangrijke reden om geen echtscheiding zonder tussenkomst van een rechter in te voeren, wijst de memorie van toelichting op de Verordening Brussel IIbis². In het licht van die Verordening is het weliswaar mogelijk om een administratieve scheidingsprocedure te introduceren die in het buitenland wordt erkend, maar deze procedure vereist ten minste een constitutieve beslissing door een autoriteit. Dat zou betekenen dat, om in andere EU-landen erkenning te krijgen, een administratieve autoriteit aangewezen zou moeten worden die een beslissing over de echtscheiding neemt met een vergelijkbaar effect als thans de beslissing van de rechter in Nederland heeft. Het aanwijzen van een dergelijke autoriteit levert ten opzichte van de huidige situatie weinig voordeel op, zo vervolgt de memorie van toelichting³. De toelichting besteedt echter geen aandacht aan de mogelijke voordelen van een vorm van ontbinding van het huwelijk via de administratie als reeds lange tijd voorzien in het Deense recht. Hoewel de Verordening Brussel IIbis en haar voorganger Brussel II niet van toepassing zijn in Denemarken, is tijdens de onderhandelingen over die verordening met een mogelijke toepassing in Denemarken wel rekening gehouden. De Raad adviseert daarom nader te motiveren waarom een procedure als voorzien in Denemarken geen passend alternatief voor een scheiding via de rechter zou kunnen zijn.

¹ Memorie van toelichting, Artikelen, Artikel I, Onderdeel O, Eerste lid, derde alinea.

² Verordening nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000.

³ Memorie van toelichting, par. 8, Zorgvuldige echtscheiding, eerste en tweede alinea.

4. Geen invoering van administratieve scheiding
Vanzelfsprekend is gezien of een procedure als in Denemarken een passend alternatief voor een scheiding via de rechter zou kunnen zijn. Ik moge verwijzen naar de memorie van toelichting, onder 8, Zorgvuldige echtscheiding, en voorts naar Kamerstukken II 2004/05, 29 676, nr. 8, blz. 4 en 5. In een land als Denemarken zijn vanouds bevoegdheden ter zake van

aangelegenheden als de echtscheiding cum annexis, die vrijwel overal elders aan de rechter toekomen, toebedeeld aan administratieve autoriteiten. Die autoriteiten hebben op dit stuk bevoegdheden als een rechterlijke autoriteit. Het is zeker mogelijk om in Nederland de materie van de echtscheiding en wat daarmee samenhangt aan een administratieve autoriteit toe te bedelen. Maar dan zal die autoriteit wel een (constitutieve) beslissing over de echtscheiding moeten kunnen nemen vergelijkbaar met de wijze waarop de rechter dat doet. Ook heb ik erop gewezen dat een dergelijke autoriteit kosten in rekening zal brengen voor de te verlenen diensten, welke kosten niet per definitie lager zullen zijn dan de kosten van een gerechtelijke procedure. Met de procedure zal ook niet veel minder tijd gemoeid zijn dan de tijd benodigd voor een gerechtelijke procedure. Het is daarmee duidelijk dat een dergelijke stap geen wezenlijke toevoeging of voordeel betekent.

5. Overige opmerkingen

a. Terminologie

In de gevallen dat het gezamenlijk gezag na scheiding blijft voortduren, hetgeen in verreweg de meeste gevallen gebeurt¹, spreekt het wetsvoorstel, als het gaat om de invulling van de contacten tussen de ouder bij wie de kinderen hun hoofdverblijfplaats niet hebben en de andere ouder, niet langer van «omgang», maar van «verdeling van de zorg- en opvoedingstaken». Er zijn situaties waarin na scheiding de zorg- en opvoedingstaken tussen de ouders verdeeld worden, maar dat betreft een zeer klein aantal gevallen. In het gros van de gevallen zal, ook als na scheiding beide ouders het gezamenlijk gezag houden, de ene ouder slechts vrij beperkt contact hebben met de kinderen die hun hoofdverblijfplaats bij de andere ouder hebben. Het is niet in overeenstemming met de realiteit om voor al die gevallen voortaan te spreken van een «verdeling van de zorg- en opvoedingstaken». Die worden niet verdeeld. Ook in de verordening Brussel IIbis en het Haags kindbeschermingsverdrag 1996 wordt in deze gevallen gesproken van omgang en omgangsrecht. Artikel 9, derde lid, van het Verdrag inzake de rechten van het kind spreekt in algemene zin van een recht op contact. De Raad adviseert de terminologie in overeenstemming te brengen met de gebruikelijke situatie en met het internationale gebruik.

b. Wijziging van artikel 251a van Boek 1 BW

In het voorgestelde eerste lid, onder a, van artikel 251a van Boek 1 BW wordt volgens de toelichting² onder andere het belangrijkste criterium om eenhoofdig gezag te verkrijgen gecodificeerd. Verwezen wordt daartoe naar de beslissing van de Hoge Raad van 10 september 1999³. In de rechtspraak wordt ervan uitgegaan dat het gezamenlijk gezag na de scheiding slechts dan niet kan voortduren, indien slechte of ontbrekende communicatie tussen de ouders dan wel een andere omstandigheid een onaanvaardbaar risico meebrengt voor de kinderen, terwijl niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare termijn verbetering komt. De Raad adviseert de woorden «binnen afzienbare termijn» aan het voorgestelde eerste lid, onder a, van artikel 251a toe te voegen.

c. Verwijzing door de rechter naar een bemiddelaar

Voorgesteld wordt in artikel 818, tweede lid, Rv. de rechter de bevoegdheid te geven de echtgenoten in het kader van de scheidingsprocedure te verwijzen naar een bemiddelaar voordat de behandeling ter terechtzitting aanvangt of ter terechtzitting. Volgens de toelichting bepaalt de rechter zelf naar wie hij verwijst. De toelichting vervolgt met de opmerking dat het begrip bemiddelaar voldoende duidelijk is om te bewerkstelligen dat niet naar een willekeurige derde wordt verwezen. De kosten van de bemiddeling dienen door de echtgenoten te worden gedragen, behoudens in geval van minder draagkracht in de zin van de Wet op de rechtsbijstand. In het laatste geval zal een eigen bijdrage moeten worden betaald. Nu de opdracht tot bemiddeling van de rechter uitgaat, en ook de kosten daarvan door de echtgenoten moeten worden gedragen, adviseert de Raad om de toelichting in die zin te verduidelijken dat een aanwijzing van een bemiddelaar door de rechter niet geschiedt dan nadat de rechter het voornemen daartoe aan de echtgenoten heeft voorgelegd en de echtgenoten in de gelegenheid heeft gesteld zelf een of meer deskundigen op dit terrein te suggereren. De aard van de zaken waarom het

¹ Volgens de memorie van toelichting, par. 1, tweede alinea, in 92% van de echtscheidingen.

² Memorie van toelichting, Artikelen, Artikel I, Onderdelen I en J, tweede en derde alinea.

³ NJ 2000, 20.

gaat, scheidingssituaties waarin vooralsnog geen overeenstemming over de gevolgen van de scheiding is bereikt, maken het voorts onwenselijk dat voorafgaande aan een zitting een verwijzing naar een bemiddelaar plaatsvindt. De Raad adviseert artikel 818, tweede lid, daarom aan te passen.

d. Artikel 827, eerste lid, onder c, Rv

In artikel 827, eerste lid, onder c, Rv. wordt een nieuwe omschrijving voorgesteld van de nevenvoorzieningen ten aanzien van de kinderen waarom in een scheidingsprocedure kunnen worden verzocht. Het valt op dat niet wordt voorgesteld dat verzocht kan worden te bepalen bij wie van de ouders de kinderen hun hoofdverblijfplaats zullen hebben na de scheiding. De Hoge Raad heeft in zijn beslissing van 15 december 2000¹ beslist dat de rechter de bevoegdheid toekomt om een dergelijke beslissing te nemen. Dat een ouder of beide ouders volgens het voorgestelde artikel 253a van Boek 1 BW de rechter kunnen verzoeken de hoofdverblijfplaats van het kind vast te stellen, geeft ook aanleiding te veronderstellen dat een dergelijk verzoek als nevenverzoek bij de scheiding gedaan kan worden. De Raad adviseert om door verdere aanpassing van artikel 827, eerste lid, onder c, Rv. uitdrukkelijk te bepalen dat een nevenvoorziening met betrekking tot de hoofdverblijfplaats van het kind kan worden getroffen.

5. Overige opmerkingen

a. Terminologie

Anders dan de Raad meent kan, ook indien het contact met een ouder bij wie het kind zijn hoofdverblijfplaats niet heeft, beperkt is, wel degelijk worden gesproken van een verdeling van zorg- en opvoedingstaken. In de memorie van toelichting, bij onderdeel K van artikel I heb ik uiteen gezet dat en waarom de in het wetsvoorstel gehanteerde terminologie is gekozen en op welke wijze de beschikking vanuit internationaal privaatrechtelijk oogpunt dient te worden beschouwd. Ik verwacht derhalve niet dat de gekozen terminologie internationaal op problemen zal stuiten.

b. Wijziging van artikel 251a van Boek 1 BW

Het advies van de Raad is gevolgd. Ontwerp-artikel 251a Boek 1 BW is ook in ander opzicht meer in overeenstemming gebracht met de bewoordingen van de beslissing van de Hoge Raad van 10 september 1999.

c. Verwijzing door de rechter naar een bemiddelaar

De memorie van toelichting is als door de Raad suggereerd verduidelijkt. Anders dan de Raad suggereert wijst de rechter geen bemiddelaar aan maar verwijst de rechter naar een lijst van geselecteerde bemiddelaars waaruit een keuze kan worden gedaan. Verwijzing kan zowel schriftelijk, voorafgaand aan de behandeling ter terechtzitting plaatsvinden als door de rechter ter zitting. Na adequate voorlichting over de mogelijkheden van mediation en de motieven die in die specifieke zaak voor mediation zouden pleiten, wordt aan partijen vervolgens de keuze voorgelegd. Partijen zijn dus niet verplicht op het mediationaanbod in te gaan.

d. Artikel 827, eerste lid, onder c, Rv

Deze bepaling is overeenkomstig het advies van de Raad aangepast. Hetzelfde is vanzelfsprekend geschied met betrekking tot artikel III van het wetsvoorstel, hetwelk in verband met een wetsvoorstel 29 480 (Wet herziening kinder-alimentatie) eveneens een wijziging van artikel 827, eerste lid, onder c., Rv bevat.

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

De redactionele kanttekeningen zijn gevolgd, behoudens die met betrekking tot artikel I, onderdeel J, van het wetsvoorstel. In die bepaling is de vermelding «één» in plaats van «een» (van hen) duidelijkheidshalve wel op haar plaats.

¹ NJ 2001, 123.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

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

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no. W03.05.0097/I met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In de aanhef «Wijziging van het Burgerlijk Wetboek» vervangen door: Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.
- In artikel I, onderdeel C, J en O, «één van hen» vervangen door: een van hen.
- In artikel II onder B (voorgesteld artikel 818, tweede lid, Rv.) de zinsnede «één of meer aspecten» vervangen door: een of meer gevolgen.