

ADMINISTRATIEVE ECHTSCHEIDING VANUIT NATIONAAL EN INTERNATIONAAL

PERSPECTIEF*

(CONCEPT)

*Prof. mr. M.V. Antokolskaia**

1. INLEIDING

De hervorming van het echtscheidingsrecht staat momenteel hoog op de politieke agenda. De vrij uitzonderlijke situatie doet zich voor dat tegelijkertijd twee met elkaar strijdige wetsvoorstellen in de Tweede Kamer aanhangig zijn: een initiatiefwetsvoorstel van het VVD kamerlid Luchtenveld en een 'tegenvoorstel' van de Regering. Het initiatiefwetsvoorstel beoogt een echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter te introduceren. Voor dit idee bestaat binnen en buiten de Kamer brede steun. Met zijn tegenvoorstel beoogt de Minister van Justitie de invoering van een dergelijke 'administratieve echtscheiding' te voorkomen. De kwestie is onder meer op scherp komen te staan door het fenomeen van de zogenaamde 'flitsscheiding': het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap dat vervolgens terstond met wederzijds goedvinden wordt ontbonden. Deze buitengerechtelijke sluiproute voor de ontbinding van een huwelijk is een bijproduct van de openstelling in 2001 van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht.¹ Inmiddels verloopt bijna 1 op 6 van de echtscheidingen langs deze route.² De bezwaren zijn echter serieus, al was het maar dat de flitsscheiding in het buitenland niet wordt erkend.³ Een andere achtergrond is dat het in 1998 tot hoofdregel verheven gezamenlijk gezag na echtscheiding wel een grotere juridische gelijkheid tussen de gescheiden ouders heeft geschapen, maar weinig heeft kunnen veranderen aan de belabberde feitelijke positie van de niet-verzorgende ouder, lees: de vader. Deze kwestie is op indringende wijze op de politieke agenda gezet: na het optreden van in batmankostuum gestoken geveltoeristen sprong onlangs nog een 'dwaze vader' van de publieke tribune in de Tweede Kamer.⁴ Een derde motor achter de huidige verbeteringsdrang is de grote verwachting die velen koesteren bij mediation als alternatief voor een procedure bij de rechter.⁵

Niet alleen de maatschappelijke achtergronden van beide wetsvoorstellen zijn uiterst boeiend, ook de parlementaire behandeling leest af en toe als een roman. Op al deze aspecten kan ik in dit artikel helaas nauwelijks ingaan. Alle goede bedoelingen ten spijt kleven aan beide wetsvoorstellen serieuze bezwaren. Wat dat betreft is het verloop van het debat in de Tweede Kamer allesbehalve

* De korte versie wordt gepubliceerd in het WPNR, in september 2005.

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen- en familierecht, aan de Vrije Universiteit Amsterdam

¹ Zij werd door de wetgever destijds weliswaar niet over het hoofd gezien (zie MvT, Kamerstukken II, 1998-1999, 26672, nr. 3, p. 8) maar de gevolgen ervan werden toch wel ernstig onderschat.

² In 2004 vonden circa 5000 flitsscheidingen plaats en circa 32.000 reguliere echtscheidingen. Zie Huis, M. van, 'Flitsscheiding blijft populair', Webmagazine, CBS, 23 mei 2005, p. 1.

<http://www.cbs.nl/nl/publicaties/artikelen/algemeen/webmagazine/artikelen/2005>.

³ Mostermans P.M.M, Echtscheiding, Praktijkreeks IPR, deel @, 2^e druk, Kluwer, Deventer, 2003, p. 3. Andere nadelen liggen in de niet-toepasselijkheid van de wettelijke beperking van de alimentatie ten behoeve van de echtgenoot en het ontbreken van een executoriale titel van de overeenkomst over de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk. Zie Bruijn-Lückers, M.L.C.C. de, 'Scheidings- en omgangsproblematiek', 7/8 *EB* (2004), p. 102. De min of meer algemene conclusie is dat de semi-wettelijke flitsscheiding iets is waaraan een zorgvuldige overheid zijn burgers niet mag blootstellen. De huidige toestand dwingt de wetgever dus tot handelen: hetzij het afschaffen, hetzij het aanpassen van de flitsscheiding. Zie nader Gijbels, L., 'Reparatie van de flitsscheiding', *EB*, 9 (2003), p. 128-129.

⁴ Zie Vlaardingerbroek, P., 'Batman of Bad Man?', *FJR*, 20, (2005), p. 65.

⁵ De meerwaarde van mediation op *vrijwillige* basis in scheidings- en omgangszaken is bewezen door het succes van het naar aanleiding van het rapport *Anders scheiden* door het Ministerie van Justitie geëntameerde Experiment Scheidingsbemiddeling en Experiment Omgangsbemiddeling. Zie daarover: Chin-A-Fat, B., Steketee, M., *Bemiddeling in uitvoering. Evaluatie Experimenten Scheidings- en Omgangsbemiddeling*, Verwey-Jonker Instituut, Utrecht, 2001.

geruststellend. Het huidige echtscheidingsrecht in Nederland is als gevolg van een lange traditie van vereenvoudiging en modernisering uitgegroeid tot een van de meest permissieve en liberale stelsels in Europa. Beide wetsvoorstellen zouden in dit opzicht een stap terug tot gevolg hebben, óók het wetsvoorstel van Luchtenveld dat dit zeker niet beoogt. Ondanks de liberale taal waarin het wordt verdedigd, betekent het initiatiefwetsvoorstel in zijn huidige vorm in alle ‘liberale’ kwesties per saldo een achteruitgang ten opzichte van de huidige gerechtelijke scheiding. Daarmee dreigt Nederland uit de pas te raken met de pan-Europese trend van modernisering van het echtscheidingsrecht.

2. ADMINISTRATIEVE ECHTSCHIEDING ALS PARADIGMA VAN MODERN EN LIBERAAL ECHTSCHIEDINGSRECHT

De doelstellingen van het wetsvoorstel Luchtenveld zijn naar hun aard tot op zekere hoogte tegenstrijdig. De nadruk ligt vooral op als ‘liberaal’ te kenschetsen doelstellingen zoals de vergroting van de partijautonomie,⁶ de vermindering van overheidsbemoeyenis, en de dejuridisering van de echtscheiding.⁷ Tegelijk worden echter doelen nagestreefd zoals ‘een meer zorgvuldige scheiding’⁸ en een verbetering van de positie van de niet-verzorgende ouder, die, zoals wij zullen zien, aanleiding zijn voor maatregelen van een tegenovergesteld karakter. Voor de beoogde liberalisering lijkt als vanzelfsprekend te worden verondersteld dat het vehikel bij uitstek de administratieve echtscheiding is. Dit beeld bestaat ook in andere landen van Europa. De belangstelling voor de buitengerechtelijke echtscheiding sluit aan bij een zekere tijdgeest.⁹ De administratieve echtscheiding figureert daarin als symbool van de gewenste dejuridisering en terugdringing van overheidsbemoeyenis.¹⁰

Deze symboliek leeft ook bij Minister Donner, voor wie de vermeende vermindering van overheidsbemoeyenis aanvankelijk juist de reden was om administratieve echtscheiding categorisch af te wijzen. Al vóór de indiening van het initiatiefwetsvoorstel had de Minister erkend dat administratieve scheiding ‘langs de weg van bemiddeling en op grond van een convenant met voldoende waarborgen omkleed kan plaatsvinden’.¹¹ Het ging hem echter niet om praktische argumenten, maar om de symbolische betekenis van het huwelijk, gewaarborgd door de bijzondere rol van de overheid bij zijn ontbinding. ‘Ook als de rechter aan het einde van het proces een formaliteit is, moet hij daar desondanks blijven staan’, aldus de Minister.¹² Inmiddels heeft hij dit opmerkelijke bezwaar laten varen.¹³

Deze gang van zaken is misschien illustratief voor het ideologische gehalte van het debat, maar de geschiedenis en de huidige praktijk van de administratieve echtscheiding in Europa laten zien dat het voor de mate van overheidsbemoeyenis, partijautonomie en dejuridisering, niet beslissend is of men zich tot een administratief orgaan of tot een rechter dient te wenden. Waar het om gaat is in welke mate de gronden voor de echtscheiding, en de afspraken over de gevolgen daarvan, door de bevoegde instantie worden getoetst.

⁶ In de MvT wordt ‘de verantwoordelijkheid voor de echtscheiding en voor de zorg voor de kinderen bij echtgenoten te laten’ gepresenteerd als de voornaamste doestelling van het wetsvoorstel. Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr. 3, p. 1.

⁷ MvT. Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr. 3, p. 1.

⁸ Nog eens expliciet benadrukt door Luchtenveld in de toelichtende brief bij de Tweede Nota van Wijziging. Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr. 14, p. 2.

⁹ Voorstellen *de lega ferenda* zijn recentelijk besproken in Frankrijk. Zie Bastard, B., ‘Administrative Divorce in France: A Controversy Over a Reform, that Never Reached the Statute Book’ (2000), in: MACLEAN, M., (ed), *Making Law for Families*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 72-91. Ook in Duitsland staat het onderwerp in de belangstelling. Zie Schwenzer, I., ‘Registerscheidung’, in: Gottwald, P., e.a. (red.), *Festschrift für Dieter Heinrich*, Gieseking, Bielefeld, 2000, p. 533-544.

¹⁰ Andrup, H., Buchhofer, B., Ziegert, K., ‘Formal Marriage Under the Crossfire of Social Change’ (1980), p. 38.

¹¹ Kamerstukken II, 2003-2004, 29 590, nr. 1, p. 5. De Minister verwees daarbij naar de resultaten van het in noot 5 bedoelde experiment.

¹² Handelingen II, 2002-2003, No 34, p. 2575.

¹³ Op de vooravond van de introductie van het regeringswetsvoorstel in de kamer, eind mei 2005, ging de Minister overstag. Hij verklaarde geen principiële bezwaren tegen de administratieve echtscheiding meer te hebben, nu het hem na de wijzigingen van het wetsvoorstel van Luchtenveld, duidelijk was geworden dat het niet om ‘een echtscheiding bij onderlinge overeenstemming maar op basis van een beslissing van een overheidsinstantie’ gaat. Handelingen II, 26 mei 2005, No. 85, p. 5096.

Administratieve echtscheiding bestaat in Europa al vanaf de achttiende eeuw. Op dit moment kent men dit instituut in de EU landen Denemarken, Portugal en Estland, en in de niet-EU landen Noorwegen, IJsland, Rusland, Moldavië en Oekraïne.¹⁴ De regelingen in deze landen zijn echter bepaald niet identiek. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen de West-Europese en de Oost-Europese traditie. Gemeenschappelijk is dat het gaat om echtscheiding met wederzijds goedvinden¹⁵ waarbij (net als bij gerechtelijke echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek) de gronden niet worden getoetst. Het voornaamste verschil is dat in West-Europa de administratieve instanties over een ruime bevoegdheid beschikken om de afspraken over de gevolgen van de echtscheiding te toetsen. Deze instanties kan men daarom met recht aanduiden als ‘quasi-rechtelijke organen’.¹⁶ In de Oost-Europese landen daarentegen, is de aangewezen instantie een lijdelijke ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze is niet bevoegd noch competent om de afspraken over de gevolgen van het huwelijk te toetsen. Daarin is hij vergelijkbaar met de Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand.

Het verschil tussen de West- en Oost-Europese administratieve echtscheiding is geworteld in de historie. In de Scandinavische landen dateert het instituut van de administratieve echtscheiding van na de Reformatie. De achtergrond was de restrictieve aard van de gerechtelijke echtscheiding die slechts mogelijk was op grond van overspel en kwaadwillige verlaten.¹⁷ Vanaf de vroege achttiende eeuw begonnen de Zweedse¹⁸ en Deense¹⁹ koningen ook op andere gronden echtscheiding uit te spreken.²⁰ De toetsingsmogelijkheden van de koninklijke administratie wat betreft de afwikkeling van de echtscheidingen deden echter geenszins onder voor die van het gerecht. Met de loop der tijd werden deze bevoegdheden overgedragen aan steeds lagere instanties. Momenteel is voor echtscheiding bevoegde administratieve instantie de lokale overheid. Toen Portugal in 1995 de administratieve echtscheiding invoerde, werd ook daar aan de bevoegde autoriteit een ruime toetsingsmogelijkheid toegekend.²¹

In de Oost-Europese landen is de administratieve echtscheiding terug te leiden tot de radicale modernisering van het familierecht in Rusland na de revolutie van 1917.²² Voor de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek werd een buitengerechtelijke procedure bij de ambtenaar van de burgerlijke stand voorgeschreven. Die trad niet in de aangevoerde gronden voor de echtscheiding, maar diende alleen vast te stellen dat partijen het huwelijk bewust wilden ontbinden. Ook de gevolgen van de echtscheiding werden niet getoetst. Onderhevig aan de nodige wisselvalligheden van de geschiedenis²³ is dit lijdelijke karakter van de administratieve echtscheiding gebleven. Ten tijde van de Sovjet-Unie is deze traditie verspreid naar de andere landen. In verband met het ontbreken van toetsingsmogelijkheden staat in de Oost-Europese landen de administratieve echtscheiding alleen open voor echtparen zonder kinderen.

Zoals deze korte historische excursie laat zien, kan de voorkeur voor een administratieve dan wel gerechtelijke echtscheiding beter worden gekenschetst als ‘*a matter of taste or tradition.*’²⁴ dan als een ideologische keuze. Illustratief is dat Zweden en Finland, landen met de meest permissieve

¹⁴ In al deze landen bestaat ook de mogelijkheid van een gerechtelijke procedure.

¹⁵ Een uitzondering is Noorwegen waar de administratieve route ook openstaat bij een eenzijdig verzoek mits sprake is van een separatie van één jaar. Sverdrup, T., ‘Norwegian Report concerning the CEFL Questionnaire on Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses’, <http://www.law.uu.nl/priv/cefl> > Working Field 1 > Norway, p. 2.

¹⁶ Zoals de Minister van Justitie deed bij de beraadslagingen over het wetsvoorstel 29 676 in de Tweede Kamer op 26 mei 2005. Handelingen II, 2004-2005, no. 85, p. 85-5098

¹⁷ Sellin, J., *Marriage and Divorce Legislation in Sweden*, University of Pennsylvania, 1922, p. 35.

¹⁸ Finland maakte toen deel uit van het Zweedse Koninkrijk.

¹⁹ Noorwegen viel toen onder Denemarken.

²⁰ Schmidt, T., ‘The Scandinavian Law of Procedure in Matrimonial Causes’, in: Eekelaar J.M., Katz N., (eds.) *The Resolution of Family Conflicts*, Butterworth’s, Harvard, 1984, p. 74.

²¹ Oliveira, G., de, ‘Portugese Report concerning the CEFL Questionnaire on Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses’, <http://www.law.uu.nl/priv/cefl> > Working Field 1 > Portugal, p. 13.

²² Zie Antokolskaia, M.V., ‘De ontwikkeling van het Russische familierecht vanaf de Bolsjewistische revolutie: een poging tot verklaring’, *70 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2002, p. 137-171.

²³ Zie Antokolskaia, *ibid.*

²⁴ Schmidt, T., ‘The Scandinavian Law of Procedure in Matrimonial Causes’ (1984), p. 97.

stelsels in Europa en een lange traditie van administratieve scheiding, aan het begin van de twintigste eeuw de administratieve echtscheiding om praktische redenen hebben afgeschaft.²⁵

3. DE ROL VAN DE AMBTENAAR VAN DE BURGERLIJKE STAND

Het wetsvoorstel van Luchtenveld houdt in dat men zich alleen op basis van wederzijdse instemming kan wenden tot de ambtenaar van de burgerlijke stand. Net als in andere landen treedt deze niet in de gronden voor de ontbinding van het huwelijk. Dat is in overeenstemming met de huidige gerechtelijke procedure, waarin het verzoek van beide partijen om het huwelijk te ontbinden wordt aangemerkt als het onweerlegbare vermoeden dat het huwelijk duurzaam is ontwricht. Dit sluit aan bij de situatie in alle Europese landen met een modern echtscheidingsrecht: bij wederzijdse instemming toetst noch de rechter noch de administratieve instantie de gronden voor de echtscheiding.

Niettemin is er veel discussie geweest over de rol van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze is ontstaan door een ongelukkige formulering in het oorspronkelijke wetsvoorstel. Daar stond namelijk dat een door de partijen en een deskundige (een notaris, advocaat, of een gekwalificeerde echtscheidingsbemiddelaar) ‘ondertekende en gedateerde verklaring waaruit blijkt dat en op welk tijdstip de echtgenoten omtrent de beëindiging van het huwelijk een overeenkomst hebben gesloten’ door de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt ingeschreven.²⁶ Deze uit de regeling van de ontbinding van een geregistreerd partnerschap overgenomen formulering, suggereert dat partijen autonoom een overeenkomst over de ontbinding van hun huwelijk sluiten, die vervolgens door de ambtenaar van de burgerlijke stand slechts bij wijze van administratie in het register wordt ingeschreven. Zo bezien was het geen verrassing dat toen het wetsvoorstel in deze vorm voor advies werd voorgelegd aan de landen van de Raad van Europa, zelfs landen als Letland en Finland die buitenlandse administratieve echtscheidingen zonder meer erkennen,²⁷ lieten weten dat ze een dergelijke privé-scheiding niet zullen erkennen. Evenmin was opmerkelijk de conclusie van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht dat een zuiver consensuele ontbinding van het huwelijk zonder homologatie door een overheidsinstantie niet onder de reikwijdte van de Verordening Brussel II bis zou vallen, en waarschijnlijk in het buitenland niet zal worden erkend.²⁸

Bij de eerste nota van wijziging heeft de indiener geprobeerd dit te corrigeren door te bepalen dat de ambtenaar van de burgerlijke stand van de verklaring van partijen in het register een akte opmaakt.²⁹ Dat was echter niet voldoende. Het bezwaar was immers dat de registratie van een onderhandse akte waaruit een overeenkomst blijkt over de ontbinding van een huwelijk, moeilijk als een constitutief element voor de echtscheiding kan worden gezien. Dat is niet wezenlijk anders wanneer van die overeenkomst niet door partijen, maar door de ambtenaar van de burgerlijke stand een akte wordt opgemaakt. Om dit bezwaar weg te nemen en aan te sluiten bij de in Europa gebruikelijke praktijk, is noodzakelijk dat de ambtenaar van de burgerlijke stand een constitutieve beschikking neemt, waarbij het huwelijk ontbonden wordt verklaard. Bij de tweede nota van wijziging is dit dan ook voorgesteld.³⁰

Bij de hele discussie over de ‘constitutieve’ dan wel ‘declaratoire’ aard van de handeling van de ambtenaar van de burgerlijke stand die in dit verband is gevoerd, dient men wel te bedenken dat dit theoretische onderscheid nauwelijks betekenis heeft voor de inhoudelijke kant daarvan. Of men die handeling nu vormgeeft als ‘inschrijving’, ‘het opmaken van een akte’ of ‘homologatie’ is zeker belangrijk voor de internationale verhoudingen, waar terminologische verwarring tot ongewenste gevolgen kan leiden en beter zo veel mogelijk kan worden vermeden. Maar met een ander juridisch etiket wordt de inhoud nog niet anders. Materieel gezien doet de ambtenaar van de burgerlijke stand in alledrie gevallen precies hetzelfde: zonder inhoudelijke toetsing verheft hij de beslissing van partijen

²⁵ Waarover meer in par. 6.

²⁶ Art. 149 lid 2 onder c (nieuw). Kamerstukken II, 2003-2004, 29 676, nr. 2.

²⁷ Finland erkent administratieve echtscheidingen uitgesproken in andere Scandinavische landen op basis van het inter-Scandinavisch IPR verdrag van 1931. Jänterä-Jareborg, M., ‘Marriage Dissolution in an Integrate Europe’ *I Yearbook of Private International Law* (1999), p. 1-36. Letland heeft zelf tot 1993 de administratieve echtscheiding gekend.

²⁸ Advies van de Staatscommissie IPR over het Wetsvoorstel 29 676, p. 5-6.

²⁹ Art. 149 lid 2 onder c (nieuw) zoals gewijzigd bij de eerste nota van wijziging. Kamerstukken II, 2003-2004, 29 676, nr. 10.

³⁰ Art. 149a (nieuw). Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr.15.,.

om hun huwelijk te ontbinden tot een echtscheiding in juridische zin. Dat komt overeen met de werkwijze van de bevoegde administratieve instanties in alle Europese landen die een administratieve echtscheiding kennen.

Zelfs met de oorspronkelijke ongelukkige formulering is verdedigbaar dat de inschrijving, zoniet in theorie, dan toch in feite constitutief van aard is. Het is immers deze inschrijving die de totstandkoming van de scheiding bewerkstelligt en niet slechts de derdenwerking daarvan of andere neveneffecten. Overigens is ook bij de huidige gerechtelijke echtscheiding de registratie constitutief,³¹ want zonder registratie geen scheiding.

Te verwachten valt dat met de invoering van een constitutieve beschikking van de ambtenaar van de burgerlijke stand, het probleem van de erkenning uit de wereld zal zijn geholpen. Tot dusver neemt deze ambtenaar weliswaar geen beschikkingen, maar in het commentaar bij de tweede nota van wijziging wordt terecht opgemerkt dat voor deze verandering slechts een kleine wijziging van zijn bevoegdheden nodig is.³² Materieel gezien gaat het om dezelfde handeling met slechts een andere formele status. Die nieuwe status brengt weliswaar een beperkt aantal formele toetsen mee,³³ maar anders dan de Minister vreest,³⁴ hoeven die niet te leiden tot een ingrijpende verzwaring van de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand, laat staan tot een verandering van het karakter van zijn ambt.

4. DE ANGEL VAN BEIDE WETSVORSTELLEN: VERPLICHTE OVEREENSTEMMING OVER DE GEVOLGEN

Zoals wij zagen treedt de ambtenaar van de burgerlijke stand in het voorstel van Luchtenveld niet in de gronden voor de scheiding, evenmin als de rechter dat thans doet.³⁵ Wel stelt het initiatiefwetsvoorstel uitvoerige voorwaarden aan de regeling van de gevolgen van de scheiding. Zo moet een ouderschapsplan worden opgesteld, alsmede regelingen met betrekking tot een eventuele partneralimentatie, het gebruik van de echtelijke woning, de verdeling van de gemeenschap, en een verevening of verrekening van het pensioen.³⁶ Deze regelingen kunnen niet, zoals naar huidig recht het geval is, eventueel ook achteraf worden overeengekomen of door de rechter worden vastgesteld, maar moeten worden overeengekomen vóórdat de scheiding kan worden verkregen. Het motief hiervoor is het bevorderen van een meer zorgvuldige scheiding, maar het zal duidelijk zijn dat een dergelijk vereiste een ernstige belemmering oplevert voor het kunnen verkrijgen van de echtscheiding als zodanig, althans in het geval dat het vermogen van partijen om er onderling uit te komen niet meer optimaal is. Ook het regeringswetsvoorstel stelt de voorwaarde van overeenstemming vooraf, maar gaat in dit opzicht minder ver omdat het alleen een ouderschapsplan verplicht stelt. De angel van beide wetsvoorstellen zit hem in het feit dat men deze voorwaarde wil doortrekken naar, respectievelijk invoeren voor, de rechterlijke procedure die thans op dit punt geen belemmeringen kent. Men wil partijen namelijk zo veel mogelijk *dwingen* om er onderling uit te komen. Daarmee betreedt men een ideologisch, juridisch en praktisch gezien uiterst gecompliceerd spanningsveld.

Zoals hiervoor werd uiteengezet, staat het instituut van de administratieve echtscheiding, anders dan vaak wordt verondersteld, niet noodzakelijk voor een liberaal en permissief echtscheidingsrecht. Maar het niet afhankelijk zijn van de mogelijkheid tot het verkrijgen van echtscheiding met wederzijds goedvinden (of dat nu langs administratieve of gerechtelijke weg gaat) van voorafgaande overeenstemming over de gevolgen ervan, is in Europees perspectief nu juist wél een van de belangrijkste kenmerken van de moderniteit en permissiviteit van het echtscheidingsrecht.³⁷ Het verplicht stellen van overeenstemming over de gevolgen bij een éézijdig verzoek komt in geen

³¹ Asser/De Boer (2002), nr. 663.

³² Zoals opgemerkt in de notitie van de KNB, moet daarvoor de regeling van Boek 1, titel IV worden aangepast. Geciteerd in: Handelingen II, 26 mei 2005, No 85, p. 5091.

³³ De nodige toetsingen zijn opgesomd in de toelichtende brief van het kamerlid Luchtenveld aan de Tweede Kamer bij de tweede nota van wijziging. Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr. 14, p. 7.

³⁴ Handelingen II, 26 mei 2005, No 85, p. 5097.

³⁵ Althans bij een gezamenlijk verzoek zoals waarop het initiatiefwetsvoorstel betrekking heeft.

³⁶ Art. 150 (nieuw).

³⁷ Voor een uitvoerige bespreking van de voor- en nadelen van het vereiste van voorafgaande overeenstemming zie het proefschrift van H. Lenters, *De rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure*, Gouda Quint, Arnhem, 1993, p. 276-305.

enkel land voor.³⁸ Beide wetsvoorstellen leiden ertoe dat voor het eerst in de moderne geschiedenis van ons land, en in strijd met de algemene tendens in Europa, het verkrijgen van een echtscheiding aanzienlijk moeilijker wordt gemaakt dan voorheen.

5. HET HUIDIGE RECHT: OVEREENSTEMMING GEEN VOORWAARDE VOOR ECHTSCHEIDING

Zoals gezegd is voor de huidige gerechtelijke echtscheiding geen overeenstemming over de gevolgen vereist. Hoewel bij het merendeel van de echtscheidingen op gemeenschappelijk verzoek de gevolgen in een convenant worden geregeld, is het indienen daarvan niet verplicht. Zowel bij de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek, als bij een eenzijdig verzoek, kan de rechter om zogenaamde nevenvoorzieningen worden gevraagd, waarin de gevolgen van de echtscheiding worden vastgesteld.³⁹ Maar ook dat is geen verplichting.⁴⁰ Als geen nevenvoorzieningen worden gevraagd bemoeit de rechter zich ook niet ambtshalve met de gevolgen. Dat is niet anders met betrekking tot eventuele kinderen. Sinds het gezamenlijk gezag de hoofdregel is, beslist de rechter alleen over het gezag wanneer eenhoofdig gezag wordt gevorderd, hetgeen slechts incidenteel voorkomt. In de overgrote meerderheid van de gevallen loopt het gezamenlijk gezag gewoon door.⁴¹ Alleen als dat wordt gevraagd beslist de rechter over de hoofdverblijfplaats van de kinderen, de kinderalimentatie en de omgangsregeling. Het huidige recht laat dus toe dat de echtgenoten zowel op gemeenschappelijk als op eenzijdig verzoek het huwelijk kunnen ontbinden, zonder over de gevolgen van de echtscheiding ook maar iets te regelen. Het is aan hen overgelaten hoe en wanneer zij die gevolgen willen regelen, door onderlinge afspraken of met tussenkomst van de rechter, in het kader van de echtscheidingsprocedure of op een later moment in een aparte gerechtelijke procedure.

Voor de flitsscheiding is dit anders. De wet stelt een overeenkomst verplicht over de eventuele alimentatie voor een behoeftige partner, het gebruik van de gezamenlijke woning en de verdeling van de boedel.⁴² Deze overeenkomst moet door een advocaat of notaris worden ondertekend. Zij is een vereiste voor de inschrijving van de verklaring inzake de ontbinding van het partnerschap door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Eventuele achteraf geconstateerde gebreken in deze overeenkomst brengen echter geen nietigheid mee, maar blijven voor de ontbinding als zodanig zonder consequenties.

6. HET OVEREENSTEMMINGSVEREISTE IN ANDERE LANDEN MET EEN ADMINISTRatieve SCHEIDING

Het wetsvoorstel Luchtenveld houdt dus de verplichting in om overeenstemming te bereiken over alle belangrijke gevolgen van de echtscheiding, vóórdat deze kan worden verkregen. Hoe zit dat in andere landen met een administratieve echtscheiding? In alle West-Europese landen met een administratieve echtscheiding behalve Noorwegen is de voorafgaande overeenstemming over de gevolgen een wettelijke voorwaarde.⁴³ In Oost-Europa kennen Rusland en Oekraïne een dergelijke voorwaarde niet, terwijl Moldavië en Estland slechts een verklaring verlangen dat de echtgenoten over de gevolgen geen geschil hebben.⁴⁴ Juist op het punt van de afwikkeling van de gevolgen blijkt het verschil in traditie tussen Oost- en West-Europa zich het sterkst te manifesteren.

Zoals hierboven beschreven beschikken de bevoegde administratieve instanties in de West-Europese landen over ruime bevoegdheden om de door partijen gemaakte afspraken te toetsen. Daardoor is het mogelijk om de belangen van de kinderen en/of de zwakkere partij te waarborgen. In Denemarken moeten de echtgenoten overeenstemming bereiken over de eventuele partneralimentatie, de verdeling van de weduwepensioenen, en het gebruik van de huurwoning.⁴⁵ Sinds 2003 is, vanwege

³⁸ Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht Boele-Woelki, K. et al (eds.), *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, EFL series nr. 7, Intersentia, Antwerp, 2004, p. 59-65.

³⁹ Art. 827 Rv.

⁴⁰ Art. 1:151 BW en art. 1:154 BW j° art. 819 Rv, HR 7 april 2000, NJ 2000, 377, HR 23 februari 2001, NJ 2001, 237.

⁴¹ Volgens het CBS was het percentage van het gezamenlijk gezag in 2003 92%. <http://statline.cbs.nl>.

⁴² Art. 1:80d lid 1.

⁴³ Sverdrup, T., a.w. (zie noot 15) p. 9.

⁴⁴ Art. 28 lid 4 Familiewet van Estland, art. 36 lid 4 Familiewetboek van Moldavië.

⁴⁵ Voor meer informatie zie het artikel van C. Jeppesen-de Boer te verschijnen in het *FJR*

het doorlopen van het gezamenlijk gezag na echtscheiding, overstemming over het gezag over de minderjarige kinderen niet meer vereist.⁴⁶ De juristen van het *Statsamt* zijn bevoegd om te toetsen of de overeenkomst geen onredelijke gevolgen voor een van de partijen met zich brengt.⁴⁷ In Portugal moeten de echtgenoten overeenstemming bereiken over het gezag over de kinderen, de woning, en de eventuele partneralimentatie.⁴⁸ De afspraken over de woning en de alimentatie worden getoetst door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze kan partijen verzoeken om onredelijke punten te wijzigen.⁴⁹ Bij twijfel over de afspraken over het gezag over de kinderen echter, stuurt de ambtenaar van de burgerlijke stand deze ter toetsing naar een *Attorney General*.⁵⁰ Als de *Attorney General* de afspraken niet in het belang van het kind acht, en de ouders weigeren zijn aanwijzingen op te volgen, wordt de zaak doorverwezen naar de rechter.⁵¹ Ook in IJsland is overeenstemming over de gevolgen voor de administratieve scheiding noodzakelijk.⁵² Zoals gezegd is in Noorwegen overeenstemming over de gevolgen geen voorwaarde voor de administratieve echtscheiding. Als de echtgenoten minderjarige kinderen hebben moeten ze een verplichte mediationssessie bijwonen. Het is echter voor de voortgang van de procedure niet van belang of de mediation wel of niet iets heeft opgeleverd.⁵³

In de landen waar overeenstemming over de gevolgen een voorwaarde voor de administratieve echtscheiding is, bestaat qua dejuridisering, partijautonomie en de mate overheidsbemoediging geen wezenlijk verschil met de landen met een gerechtelijke echtscheiding. Dat komt omdat de bevoegde administratieve autoriteit over volstrekt vergelijkbare toetsingsbevoegdheden beschikt als een rechter pleegt te hebben. In dat geval valt wel iets te zeggen voor het onderbrengen van de ontbinding van het huwelijk en de eventuele afwikkeling van de gevolgen bij één en dezelfde instantie: de rechter. Dat is de reden waarom in Zweden en Finland het twee sporen systeem door een uniforme gerechtelijke procedure is vervangen.

Anders dan in de West-Europese landen, is in de Oost-Europese landen de lijdelijke ambtenaar van de burgerlijke stand niet bij machte om de door partijen gemaakte afspraken te toetsen.

Zoals gezegd staat in verband hiermee de administratieve echtscheiding slechts open voor echtparen zonder kinderen. In de voormalige Sovjet-Unie was administratieve echtscheiding voorts alleen mogelijk indien partijen geen geschil hadden over de verdeling van de boedel en de eventuele partneralimentatie. In Moldavië en Estland bestaat dit vereiste nog steeds.⁵⁴ Deze landen verlangen een verklaring dat de echtgenoten over de gevolgen geen geschil hebben. Die verklaring wordt niet getoetst.

Na het uiteenvallen van de Sovjet-Unie heeft de Russische wetgever bij de invoering van het Familiewetboek van 1995 er bewust voor gekozen om het overeenstemmingsvereiste te laten vallen. In 2002 heeft Oekraïne deze verandering overgenomen. In deze twee landen mogen de echtgenoten het huwelijk zonder uitstel administratief ontbinden en daarna de gevolgen per overeenkomst regelen, of als dat niet lukt, naar de rechter stappen. De gedachte daarachter was dat het aan partijen is om te beslissen op welk tijdstip en op welke wijze zij de gevolgen van de echtscheiding willen afwickelen. Het gedwongen uitstel van de echtscheiding tot aan het moment dat alle gevolgen daarvan zijn afgewikkeld, werd mede onwenselijk geacht omdat dit de onderhandelingspositie van de echtgenoten

⁴⁶ Lund Andersen, I., Jeppesen, C., 'Danish Report concerning the CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities', <http://www.law.uu.nl/priv/cefl> > Working Field 2 > Denmark, p. 5.

⁴⁷ Lund Andersen, I., Jeppesen, C., 'Danish Report concerning the CEFL Questionnaire on Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses', <http://www.law.uu.nl/priv/cefl> > Working Field 1 > Denmark, p. 8.

⁴⁸ Art. 1775 No 2 Portuguese Family Code and Art 14 No I and 2 of Decree Law No 172/2001 of 13 October 2001. Oliveira, G., de, a.w. (zie noot 21) p. 11-12.

⁴⁹ Art. 1776 No 2 of Portuguese Civil Code. Oliveira, G., de, a.w. (zie noot 21) p. 13.

⁵⁰ Een publieke autoriteit die met de behartiging van de belangen van minderjarigen en wilsonbekwamen is belast. Oliveira, G., de, brief aan de auteur.

⁵¹ Art. 14, No 2,4,5,6,7, of Decree Law No 172/2001 of 13 October 2001. Oliveira, G., de, a.w. (zie noot 21) p. 13.

⁵² Art. 41-44 Marriage Act of Iceland of 31 April 1993. Zie ook Björgvinsson, D., 'General Principles and Recent Developments in Icelandic Family Law', in: Bainham, A., (ed.), *The International Survey of Family Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, p. 223.

⁵³ Sverdrup, T., a.w. (zie noot 15) p.4-5 en 9-10.

⁵⁴ Art. 36 (4) van het Familiewetboek van Moldavië; Art. 28 (4) van het Familiewetboek van Estland.

in negatieve zin zou kunnen beïnvloeden. Bovendien pleegt het uitstel van de juridische ontbinding van het huwelijk de ex-echtgenoten er toch niet van te weerhouden om een nieuwe relatie aan te gaan. Het enige waartoe een dergelijk vertraging kan leiden is een onwenselijke discrepantie tussen de juridische en de feitelijke realiteit.

7. REGELING VAN DE GEVOLGEN VAN DE SCHEIDING IN HET INITIATIEFWETSVOORSTEL

Ter bevordering van een meer zorgvuldige echtscheiding vereist het initiatiefwetsvoorstel dus een overeenkomst tussen partijen over alle belangrijke gevolgen: eventuele partneralimentatie, het gebruik van de echtelijke woning, de verdeling van de gemeenschap, de verevening of verrekening van het pensioen, en een ouderschapsplan (art. 150 nieuw). Bij de totstandkoming daarvan is een deskundige betrokken (een notaris, advocaat of gekwalificeerde scheidingsbemiddelaar) die voorzover nodig kan optreden als mediator. De overeenkomst moet door deze deskundige worden getoetst en ondertekend. De sanctie op het niet voldoen aan een van de gestelde voorwaarden is niet minder dan nietigheid. Terecht heeft de Raad van State opgemerkt dat deze sanctie uit het oogpunt van rechtszekerheid tot onwenselijke consequenties kan leiden.⁵⁵ Wanneer achteraf blijkt dat een overeenkomst niet aan de voorwaarden voldeed, komt de ontbinding van het huwelijk immers met terugwerkende kracht te vervallen. Er is weinig fantasie nodig om te bedenken wat dit bijvoorbeeld voor een hertrouwde ex-echtgenoot kan betekenen.

De bedoelde overeenkomst veronderstelt uiteraard dat partijen, ondanks het schipbreuk lijden van hun relatie, er wél in slagen om over de gevolgen van hun scheiding overeenstemming te bereiken. Op dit punt wordt erg veel verwacht van de verplichtstelling van de overeenkomst in combinatie met mediation. Dat geldt ook voor het regeringsvoorstel. Ik kom hierop terug in mijn bespreking daarvan in de volgende paragraaf. Zoals gezegd willen beide wetsvoorstellen de echtgenoten zo veel mogelijk dwingen om er onderling uit te komen. Om dat te bereiken stellen zij voorwaarden aan de toegang tot de rechter. Dat is niet alleen een principiële breuk met het huidige recht, het werpt ook onherroepelijk de vraag op naar de verenigbaarheid met artikel 6 van het EVRM.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel van Luchtenveld was de overeenkomst over de gevolgen van de scheiding slechts een voorwaarde voor de administratieve echtscheiding, alsmede voor de gerechtelijke echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek (art. 154 lid 2 jo art. 150 nieuw). Het regeringsvoorstel stelt alleen het ouderschapsplan verplicht, echter niet alleen bij de gerechtelijke echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek maar ook op eenzijdig verzoek. In navolging daarvan is door Luchtenveld bij de tweede nota van wijziging de bedoelde overeenkomst eveneens verplicht gesteld voor de gerechtelijke echtscheiding op eenzijdig verzoek (art. 815 lid 2 Rv nieuw).⁵⁶ Daarmee wordt voor echtgenoten die er (nog) niet onderling uit kunnen komen de laatste mogelijkheid afgesneden om vooruitlopend op de regeling van de gevolgen de scheiding als zodanig reeds te realiseren.

Nu is het - de wenselijkheid van deze maatregel even daargelaten - evident in strijd met artikel 6 van het EVRM om de toegang tot de rechter afhankelijk te maken van het sluiten van een overeenkomst met de wederpartij. Bovendien is het de vraag of de geldigheid van een onder zodanige dwang gesloten overeenkomst niet aantastbaar is. Het initiatiefwetsvoorstel voorziet echter in artikel 815 Rv (nieuw) in een tweeledige ontsnappingsmogelijkheid. Voor de gerechtelijke scheiding op eenzijdig verzoek is de mogelijkheid gecreëerd om, in plaats van het overleggen van de overeenkomst, te volstaan met vermelding van de onderdelen waarover geen overeenstemming is bereikt, alsmede de redenen waarom die overeenstemming niet is bereikt. Aan de indiening van het belangrijkste onderdeel van deze overeenkomst echter, het ouderschapsplan, kan men slechts ontsnappen wanneer dit 'redelijkerwijs' niet kan worden overgelegd. Deze nauwere ontsnappingsclausule is woordelijk overgenomen van het regeringsvoorstel. Ik kom er op terug bij mijn bespreking daarvan in de volgende paragraaf.

De 'algemene' ontsnappingsclausule van het initiatiefwetsvoorstel, die dus geldt voor de overige onderdelen van de overeenkomst, stelt geen 'redelijkerwijs'-vereiste en lijkt in elk geval ruim genoeg om aan de vereisten van artikel 6 EVRM te voldoen. Maar daarmee is zij tevens zo ruim dat ik de voorspelling aandurf dat er massaal gebruik van zal worden gemaakt. Bij echtscheiding is het nu

⁵⁵ Advies van de Raad van State. Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr. 4, p. 5.

⁵⁶ Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr. 15.

eenmaal een universele ‘natuurwet’ dat echtgenoten die hun huwelijk willen ontbinden daarvoor de kortste en makkelijkste route zoeken, met de wetmatigheid waarmee water naar de laagste plek stroomt. Zo kozen, vóórdat in 1993 de verplichting werd afgeschaft om bij de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek de rechter een voorstel over de gevolgen te doen,⁵⁷ slechts 7% van de echtparen de route van het gemeenschappelijk verzoek.⁵⁸

Het verplichte ouderschapsplan is voor Luchtenveld een van de belangrijkste onderdelen van het eigen wetsvoorstel. De achtergrond hiervan is de groeiende maatschappelijke onvrede met de zwakke feitelijke positie van de niet-verzorgende ouder, zoals in het oog springend belichaamd door de acties van de ‘dwaze vaders’. Toen het gezamenlijk gezag de hoofdregel werd, dacht men het probleem van de ongelijkheid van de ouders na echtscheiding grotendeels te hebben opgelost.⁵⁹ Maar zoals ook al in andere landen bleek, verschuiven met het gezamenlijk gezag de problemen alleen maar naar kwesties zoals het hoofdverblijf van het kind en de omgangsregeling.⁶⁰ In zoverre werd de niet-verzorgende ouder (bijna altijd de vader)⁶¹ blij gemaakt met een dode mus. Ondanks gelijke rechten op papier heeft circa 25% van de uitwonende vaders na de scheiding geen contact meer met zijn kind.⁶² Thans worden door de politiek mediation, het verplichte ouderschapsplan⁶³ en allerlei strengere sancties voor de niet-naleving daarvan, gezien als belangrijke maatregelen ter verbetering van de situatie.

In mijn bespreking van het regeringsvoorstel zal ik nader ingaan op de bezwaren die tegen het verplichte ouderschapsplan kunnen worden ingebracht. Op deze plaats merk ik vast op dat de bewering in de memorie van toelichting bij het initiatiefwetsvoorstel, dat scheiding in beginsel geen verandering brengt in de vormgeving van het ouderschap,⁶⁴ zich slecht verdraagt met de verplichting van de ouders om hun afspraken over de kinderen gedetailleerd en op juridisch bindende wijze vast te leggen. Het ideaal van het voortgezet ouderschap en de voorgestelde dwang om dat te bereiken staan onvermijdelijk met elkaar op gespannen voet. Dat spreekt nog het meest in het geval van co-ouderschap, dat Luchtenveld als de ideale situatie presenteert, waarbij de ouders ook na beëindiging van het huwelijk de dagelijkse zorg voor de kinderen op zo veel mogelijk gelijkwaardige wijze blijven delen. Deze situatie veronderstelt niet alleen dat aan veel meer moeilijk haalbare financiële en praktische randvoorwaarden is voldaan dan waarvan Luchtenveld zich rekenschap lijkt te geven (reeds het (moeten) verhuizen naar een andere wijk kan roet in het eten gooien), zij vereist ook een vergaande flexibiliteit in de verdeling van de ouderlijke taken. De onderlinge afhankelijkheid van de ouders, en de veranderlijkheid van de praktische omstandigheden van alledag, zijn zodanig groot dat het niet altijd behulpzaam is om gedetailleerde afspraken over de onderlinge taakverdeling vast te leggen in een juridisch afdwingbaar contract. Als bijvoorbeeld de ene ouder een nieuwe relatie krijgt, en in verband daarmee de kinderen niet meer elk weekend, maar slechts om de week bij zich wil laten verblijven, voegt het weinig toe wanneer de andere ouder zich kan beroepen op een juridisch afdwingbaar contract waarin werd afgesproken dat zij toch echt elk weekend bij hem zouden zijn. Het hele ideaal achter het gezamenlijk gezag en het voortgezet ouderschap veronderstelt dat de ouders na de scheiding, net als tijdens het huwelijk, de verdeling van de ouderlijke taken met elkaar blijven

⁵⁷ Wet van 1 juli 1992, Stb. 373, in werking getreden op 1 januari 1993.

⁵⁸ B. Chin-A-Fat, *Scheiden (ter)rechter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*, SDU, Den Haag, 2004, p. 26.

⁵⁹ Illustratief hiervoor is de veronderstelling destijds van Lenters: ‘bij een doorlopen van de ouderlijke macht dient (expliciete) overeenstemming van de ouders inzake kinderalimentatie en omgangsregeling niet een vereiste [voor administratieve scheiding] te zijn’. Lenters, H., *De rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure*, Gouda Quint, Arnhem, 1993, p. 335.

⁶⁰ Zie: Antokolskaia, M., ‘Children in Divorce: Objects of Care or Subjects of Rights?’, in: *The Children of Divorce: Legal Regulations, policy directions and social practices across Europe in case of family breakdown*, Policy Press, Bristol, 2005, ter perse.

⁶¹ In circa 85% van de gevallen woont het kind na de scheiding bij de moeder. Spruit, E., et al., *Het verdeelde kind. Literatuuronderzoek omgang na scheiding*, UU, Utrecht, 2002, p. 28.

⁶² Zie een overzicht van Spruit, E., et al., *Het verdeelde kind. Literatuuronderzoek omgang na scheiding*, UU, Utrecht, 2002, p. 28. Deze cijfers zijn recentelijk bevestigd in: Latten, J., ‘Trends in samenwonen en trouwen. De schone schijn van burgerlijke staat’, Webmagazine, CBS, 2004, p. 56.

⁶³ Zie bij voorbeeld de PvdA Notitie ‘Ouder blijf je’, Den Haag, april 2004. p. 11-12.

⁶⁴ MvT. Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, no. 3, p. 4.

afstemmen. Of ouders die dat ondanks hun relatiebreuk nog steeds kunnen opbrengen, daarbij veel aan een bindend ouderschapsplan hebben, is nog maar zeer de vraag.

Ook in andere opzichten bestaat een discrepantie tussen de boodschap waarmee het initiatiefwetsvoorstel wordt gebracht, en de gevolgen ervan. Van de beloofde dejuridisering komt weinig terecht. De regeling van de echtscheiding wordt verre van eenvoudiger. Terwijl partijen naar huidig recht met informele afspraken kunnen volstaan, moeten ze volgens het wetsvoorstel een veelomvattende bindende overeenkomst tekenen. Ook de partijautonomie wordt ingeperkt. Of en zo ja, in welke mate, de gevolgen voorafgaand aan de scheiding worden geregeld, is nu aan de autonome beslissing van partijen overgelaten. In het wetsvoorstel Luchtenveld wordt het een dwingend wettelijk vereiste, zowel voor de gerechtelijke als voor de buitengerechtelijke procedure. Dat zulks echt nodig is om een zorgvuldige scheiding te bewerkstelligen wordt overigens niet met bewijs omkleed. Er zijn geen op onderzoek gebaseerde aanwijzingen dat de huidige eenvoudige verkrijgbaarheid van de scheiding er debet aan is dat sommige echtgenoten daarna in langdurige juridische procedures verwickeld raken. De roemruchte ‘vechtscheidingen’ waaraan zo vaak wordt gerefereerd, zijn vermoedelijk vooral echtscheidingen op eenzijdig verzoek waarvoor ook het initiatiefwetsvoorstel maar weinig soelaas biedt.

Ook de overheidsbemoeyenis neemt toe, al gaat zij deels schuil achter een ‘geprivatiseerd’ etiket. Voor zover partijen er thans onderling uitkomen vindt in het geheel geen toetsing plaats, met uitzondering van de afspraken met betrekking tot minderjarige kinderen die onderdeel uitmaken van een convenant: die worden ambtshalve door de rechter getoetst.⁶⁵ Volgens het initiatiefwetsvoorstel echter, moet de verplichte overeenkomst door de deskundige worden getoetst en ondertekend. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd alleen getoetst op strijd met een wettelijk voorschrift. Tijdens de parlementaire behandeling werd deze toetsingsplicht steeds zwaarder. Uiteindelijk is bij de tweede nota van wijziging een nieuw artikel 149b ingevoerd, dat de deskundige onder andere verplicht om het belang van de kinderen te waarborgen, het recht van het kind om gehoord te worden te verzekeren, en de evenwichtigheid van de overige afspraken te bevorderen.

Anders dan in de West-Europese landen waar in het kader van de administratieve echtscheiding de overeenkomst over de gevolgen wordt getoetst, wordt in het initiatiefwetsvoorstel de toetsingsbevoegdheid niet bij een overheidsinstantie, maar bij een particuliere deskundige neergelegd. De nadelen van deze ‘privatisering’ zijn tijdens de parlementaire behandeling meer dan eens naar voren gebracht. Anders dan de rechter en de administratieve instantie in de betreffende West-Europese landen, is de deskundige niet in staat om bij een impasse een eigen oplossing aan partijen op te leggen. Als partijen er echt niet uitkomen, of de deskundige zich niet in hun afspraken kan vinden, rest hem weinig anders dan de bemiddeling te staken en partijen alsnog te verwijzen naar de rechter. Omdat partijen in dat geval niet over de vereiste overeenkomst zullen beschikken, kunnen ze geen gemeenschappelijk verzoek indienen, maar slechts een eenzijdig verzoek via de ontsappingsclausule van het voorgestelde artikel 815 lid 3 Rv (nieuw). Dit met alle kosten en vertragingen van dien.

8. REGELING VAN DE GEVOLGEN VAN DE SCHEIDING IN HET REGERINGSVOORSTEL

Zoals gezegd voorziet het regeringwetsvoorstel niet in de invoering van een administratieve echtscheiding, maar heeft het alleen betrekking op de gerechtelijke procedure. Wat betreft de voorwaarden voor het verkrijgen van echtscheiding gaat het minder ver dan het initiatiefwetsvoorstel. Alleen een ouderschapsplan is een vereiste voor het indienen van een echtscheidingsverzoek (art. 815 lid 2 Rv nieuw) en voor de ontbinding van een geregistreerd partnerschap (art. 80d lid 2 Rv nieuw).⁶⁶ Het ouderschapsplan wordt wel de ‘toegangsdeur tot de echtscheidingsprocedure’ genoemd.⁶⁷ Het behoeft slechts te zijn ondertekend door beide ouders en voorafgaande deskundigenbijstand noch mediation is vereist.⁶⁸ De sanctie is in beginsel niet ontvankelijkheid,⁶⁹ maar de rechter kan partijen

⁶⁵ Zie de uitleg gegeven door de Raad voor de rechtspraak. Geciteerd in de brief van de Minister van Justitie van 4 juni 2003, Kamerstukken II, 2002-2003, 28 600 VI, no. 132, p. 3.

⁶⁶ Voor deze en volgende verwijzingen naar de tekst van het regeringwetsvoorstel zie: Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 2.

⁶⁷ MvT, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 5.

⁶⁸ MvT, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 4.

⁶⁹ MvT, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 5.

eerst naar een mediator verwijzen indien hij bemiddeling voldoende kansrijk acht. Over de overige gevolgen van de scheiding hoeven partijen niets overeen te zijn gekomen. Alleen wanneer ze daarvoor voorzieningen vragen moeten ze vermelden waarover ze overeenstemming hebben bereikt en waarover niet (art. 815 lid 2 Rv nieuw). Omdat geen verplichting bestaat om nevenvoorzieningen te vragen, verandert deze zogenaamde ‘substantiëringsverplichting’ niet veel ten opzichte van het huidige recht.

De verplichtstelling van het ouderschapsplan is echter een ingrijpende verandering.⁷⁰ De kritische opmerkingen over dit punt van nagenoeg alle organen en organisaties, die over het regeringsvoorstel advies hebben uitgebracht,⁷¹ zijn geen toeval. De literatuur is over deze kwestie verdeeld.⁷² Het leidt weinig twijfel dat het verplichte ouderschapsplan de toegang tot de rechter aanzienlijk kan bemoeilijken.⁷³ Dat komt vooral omdat het ook verplicht wordt gesteld voor de echtscheiding op eenzijdig verzoek, om te voorkomen dat partijen deze mogelijkheid als sluiproute zouden gebruiken.⁷⁴ Bij een eenzijdig verzoek lijkt het verplichte ouderschapsplan meer een ‘barrière’⁷⁵ dan een ‘toegangsdeur’. Een dergelijke barrière is in Europa zonder precedent.⁷⁶ De vraag rijst of zij wel verenigbaar is met artikel 6 EVRM.

Zoals eerder al aangestipt, voorziet ook het regeringsvoorstel in een ontsnappingsclausule. Artikel 815 lid 5 Rv (nieuw) bepaalt dat indien het ouderschapsplan ‘redelijkerwijs niet [kan] worden overgelegd’, ook op andere wijze aan de eisen kan worden voldaan. Als voorbeelden worden in de memorie van toelichting genoemd ‘situaties waarin er geen communicatie tussen de ouders (meer) mogelijk is, de moeder in een blijf van mijn lijf huis zit of een ouder wegens een psychiatrische stoornis in een inrichting verblijft’.⁷⁷ De memorie van toelichting spreekt verder over de onmogelijkheid om ‘binnen een redelijke termijn’ het ouderschapsplan op te stellen. In die gevallen kan een ouder gemotiveerd aangeven waarom het niet is gelukt om gezamenlijk een ouderschapsplan op te maken en eenzijdig aangeven hoe hij of zij vindt dat het voortgezet ouderschap moet worden vormgegeven.⁷⁸ De beoordeling of dit voldoende is, is aan de rechter overgelaten.⁷⁹

Gezien het fundamentele karakter van het recht van artikel 6 EVRM valt te betwijfelen of deze ontsnappingsclausule wel voldoende is om strijd met dit artikel te vermijden. De wet geeft de rechter nauwelijks aanknopingspunten om vage begrippen zoals ‘redelijkerwijs niet mogelijk’, ‘redelijke termijn’ en ‘geen communicatie (meer) mogelijk’ te beoordelen. En hoe moet de verzoeker dat soort omstandigheden bewijzen?⁸⁰ De uitoefening van een fundamenteel recht lijkt daardoor geheel aan de rechterlijke discretie te worden overgelaten. Hoe verstandig de rechter daarmee ook zal omgaan, het zou mij niet verbazen als wij met een dergelijke regeling niet lang op problemen met Straatsburg zullen hoeven te wachten.

⁷⁰ Afgezien van de afschaffing van de flitsscheiding is dit de belangrijkste innovatie van het regeringsvoorstel. Daarnaast bevat het slechts een aantal bepalingen die overwegend declaratoir van aard zijn: de verplichting van de verzorgende ouder om de ontwikkeling van de banden van het kind met de andere ouder te bevorderen (art. 247 lid 3 nieuw) en de verplichting van de niet met het gezag belaste ouder tot omgang met het kind (art. 377a lid 1 nieuw). De invoering van deze declaratoire bepalingen riep veel kritiek van de adviesorganen op.

⁷¹ Met uitzondering van het advies van de Raad voor Straftoepassing en Jeugdbescherming, die deze maatregel toejuicht. Bijlage bij Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 4.

⁷² Vóór zijn bijv. Hoog, K., de, en Jong, W., de, ‘Mediation en het Ouderschapsplan’, *FJR* (2005), p. 98-103. Tégen zijn bijv. Chin-A-Fat, B., en Rooijen, C., van, ‘Oplossingen voor omgangsproblematiek?’, *FJR* (2004), p. 231, die m.b.t. het verplichte ouderschapsplan concluderen: ‘[d]e flexibiliteit en het maatwerk dat ouders in mediation kunnen bereiken, worden door de voorstellen [van de Minister] tenietgedaan’.

⁷³ Zie de kritiek geuit in het advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (Bijlage bij Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 2) en in het advies van de Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht Nederlandse Orde van Advocaten. *Ibid*, p 4-5.

⁷⁴ MvT, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 5.

⁷⁵ Vgl. het advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak. Bijlage bij Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 2.

⁷⁶ Zie de verwijzing in noot 38.

⁷⁷ MvT, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 5.

⁷⁸ MvT, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 5-6.

⁷⁹ MvT, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 5.

⁸⁰ Vergelijkbare zorg wordt geuit in het advies van de Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten. Bijlage bij Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 4.

Anderzijds is zonneklaar dat naarmate de ontsnappingsclausule ruimer wordt gemaakt, de ouders meer ruimte krijgen om het verplichte ouderschapsplan te omzeilen.⁸¹ Tussen de Scylla van de ruime sluiproute en de Charybdis van strijd met het EVRM valt mijns inziens niet op een verantwoorde manier te manoeuvreren. Reeds daarom denk ik dat van het verplicht stellen van het ouderschapsplan in elk geval bij het eenzijdig verzoek beter kan worden afgezien.

Ook overigens kleven aan het verplicht stellen van het ouderschapsplan ernstige bezwaren. Hierboven kwam al aan de orde dat dwang en voortgezet ouderschap zich naar hun aard maar slecht met elkaar verdragen. Welbeschouwd heeft verplichtstelling van een ouderschapsplan, net als mediation, alleen zin in een beperkt aantal gevallen. Het is onnodig bij die ouders die er toch wel onderling uit kunnen komen, het is zinvol bij die ouders die niet (meer) goed met elkaar overweg kunnen, maar tegelijkertijd niet in een diep onverzoenlijk conflict zijn verwickeld, en het haalt niets meer uit bij die ouders die wél in een dergelijk conflict zijn geraakt. Dit beeld wordt bevestigd door de faliekante mislukking van de recente poging tot hervorming van het echtscheidingsrecht in Engeland. De kortstondige invoering van het deel van de *Family Law Act*⁸² dat mediation een verplichte voorwaarde maakte voor het ontvangen van gefinancierde rechtsbijstand, heeft ondubbelzinnig bewezen dat de verwachting dat mediation een ‘*mass solution to the problem of divorce*’ kan zijn, niet wordt gestaafd door de feiten.⁸³ Partijen kwamen er bij de verplichte mediation op grote schaal niet uit waarop de rechter alsnog de knoop moest doorhakken. De mislukking van dit experiment was een van de voornaamste redenen om van de invoering van de rest van het wetsvoorstel af te zien en uiteindelijk de hele hervorming af te blazen.⁸⁴

Zoals gezegd voorziet het regeringsvoorstel in de mogelijkheid dat de rechter, onder dreiging van de niet-ontvankelijk verklaring van het verzoek, partijen naar een mediator verwijst om alsnog te proberen een ouderschapsplan op te stellen. Een dergelijke gang van zaken is in strijd met de belangrijkste voorwaarde voor mediation: vrijwilligheid.⁸⁵ Als partijen, ondanks het vooropgestelde vereiste van een ouderschapsplan,⁸⁶ zonder zo’n plan zich toch tot de rechter wenden, dan zullen zij normaal gesproken niet op een terugverwijzing naar een mediator zitten te wachten. In de regel zal het beter zijn dat de rechter dan de knoop doorhakt, alle andere middelen zullen doorgaans niet meer opleveren dan verlies van tijd en geld.⁸⁷

Aan het andere eind van het spectrum bevinden zich de ouders die een goede communicatie behouden en er op eigen kracht uit weten te komen. Die zitten evenmin te wachten op de verplichting om een bindend ouderschapsplan op te stellen.⁸⁸ Ex-echtgenoten die geen onoverkomelijke problemen in de uitvoering van hun ouderlijke taken hebben, behoren niet gedwongen te worden om hun afspraken een juridisch afdwingbare vorm te geven. Dat is niet alleen een moeilijk te rechtvaardigen

⁸¹ Zij over dit gevaar m.b.t. de huidige clausule het advies van de Raad voor de rechtspraak. Bijlage bij Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 1-2.

⁸² Inwerking getreden in 1997 en vervangen bij de *Access to Justice Act*.

⁸³ Bainham, A., ‘Exiting Times in England - Children and Divorce’, *IFL* (2001), p. 75.

⁸⁴ Op 16 januari 2001 heeft de Engelse Regering aangekondigd dat het wetsvoorstel zal worden ingetrokken, zonder dat het grootste deel daarvan ooit van kracht is geworden. Lord Chancellor’s Department, *Divorce Law Reform – Government Proposes to Repeal Part II of the Family Law Act 1996*.

⁸⁵ Zie: Hoog, K., de Jong, W., de ‘Mediation en het Ouderschapsplan’, *FJR* (2005), p. 101. Deze kritiek wordt ook geuit in het advies van de Raad voor de rechtspraak, bijlage bij Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 3. Voor een andere kritische opmerking over de verwijzing naar een mediator onder dreiging van niet-ontvankelijkheid zie: Hammerstein, A., *Opinie in de discussie over de stelling: ‘Alle geschillen over duurzame relaties moeten verplicht eerst aan een mediator en daarna pas aan een rechter worden voorgelegd, op straffe van niet-ontvankelijkheid’*. *NJB* (2002), p. 754.

⁸⁶ In de huidige procedure, waar het opstellen van een ouderschapsplan niet bij voorbaat voorop is gesteld, kan rechterlijke verwijzing wel degelijk positief werken. Dit blijkt uit de evaluatie van het Experiment Scheidingsbemiddeling en het Experiment Omgangsbemiddeling. Zie Chin-A-Fat, B., Steketee, M., a.w. (zie noot 5).

⁸⁷ Hierover wordt ook anders gedacht. Zie Hoefnagels, G., Leuven., C., van, ‘Forensische mediation’, *EB* (2003), p. 17-20.

⁸⁸ Dit wordt ook onderstreept in het advies van de Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht Nederlandse Orde van Advocaten. Bijlage bij Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 3, p 4-5. De Raad van State vraag om deze reden om nadere motivering van de noodzaak van een verplicht ouderschapsplan. Zie het advies van de Raad van State, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 145, nr. 4, p. 2-4.

inbreuk op hun autonomie, het grenst ook aan een ongerechtvaardigde overheidsinmenging in hun familielevens en staat daardoor op gespannen voet met artikel 8 EVRM. Ook om deze reden acht ik het verplichtstellen van een ouderschapsplan onwenselijk. Wat wél een goede zaak zou zijn, is dat het opstellen van een ouderschapsplan op vrijwillige basis, met behulp van een mediator voor hen die daar behoefte aan hebben, zo veel mogelijk wordt bevorderd. Dan gaat het niet in de laatste plaats om het verlagen van de financiële drempels daarvoor.

9. AANBEVELINGEN VOOR EEN ADMINISTRatieve ECHTSCHIEDING

Het moge duidelijk zijn geworden dat geen van beide wetsvoorstellen in hun huidige vorm de toets der kritiek kan doorstaan. Om verschillende redenen is dat zeer betreurenswaardig. Eén daarvan is dat de invoering van een administratieve echtscheiding wel degelijk voordelen kan hebben. Een administratieve echtscheiding kan sneller, goedkoper en eenvoudiger zijn, en leiden tot een zekere ontlasting van de rechterlijke macht. Wie daaraan hecht mag hierbij gerust het hele arsenaal aan doelstellingen zoals een grotere partijautonomie, vermindering van overheidsbemoediging en dejuridisering van stal halen. Als er maar voor wordt gewaakt dat die doelen ook daadwerkelijk dichterbij worden gebracht. Zoals Lenters terecht heeft opgemerkt, is een rechterlijke tussenkomst alleen op zijn plaats 'bij het beslechten van geschillen, het afwegen van belangen alsmede het toetsen aan in de wet opgenomen criteria, [waarbij] een waarden' noodzakelijk is.⁸⁹ Daarvan is bij de ontbinding van een huwelijk op gemeenschappelijk verzoek zonder nevenvoorzieningen geen sprake. Dus is de rechter daar niet per se nodig.

Voor de invoering van een administratieve echtscheiding bestaat brede steun zowel binnen als buiten de Tweede Kamer.⁹⁰ Het huidige initiatiefwetsvoorstel echter, verdient die steun eigenlijk niet. De kritiek van de Minister, dat de administratieve echtscheiding zoals daarin voorgesteld in vergelijking met de huidige gerechtelijke procedure geen enkel voordeel, maar slechts nadelen met zich brengt,⁹¹ is mijn inziens terecht. Gezien de Nederlandse traditie met een lijdelijke ambtenaar van de burgerlijke stand, is het geen goed idee om een administratieve echtscheiding in Scandinavische stijl te introduceren, dat wil zeggen met een ruime toetsing van de afspraken over de gevolgen. De ambtenaar van de burgerlijke stand is daarvoor ten ene male niet geschikt. Het creëren van een andere administratieve autoriteit met een quasi-rechtelijke toetsingsbevoegdheid zou onevenredig veel tijd en geld kosten, terwijl de hierboven genoemde baten achterwege zullen blijven. Het uitbesteden van de toetsingstaak aan een particuliere deskundige/mediator is het slechtste van twee werelden: veel ('geprivatiseerde') overheidsinmenging, veel tijd en kosten, maar geen bevoegdheid omknopen door te hakken. Met een beperkt aantal wijzigingen zou het initiatiefwetsvoorstel aanmerkelijk kunnen worden verbeterd.⁹² In de eerste plaats zouden de bestaande gerechtelijke procedures op gezamenlijk en eenzijdig verzoek niet moeten worden veranderd.⁹³ Dan kan de keuze voor de administratieve echtscheiding en mediation door een particuliere deskundige door de echtgenoten vrijwillig worden gemaakt met het oog op de snelheid en de lagere kosten van deze procedure.

Ten tweede zou de deskundige/mediator de overeenkomst slechts moeten toetsen op strijd met een wettelijk voorschrift. Op dit punt was het initiatiefwetsvoorstel in zijn oorspronkelijke vorm beter dan nu. Deze beperkte toets stemt overeen met de huidige toetsing van de overeenkomsten bij de ontbinding van een geregistreerd partnerschap. Op deze wijze kunnen alle voordelen van de flitsscheiding worden meegenomen, terwijl de nadelen daarvan worden vermeden.⁹⁴ De discussies in de Tweede Kamer getuigen van een grote zorg voor de bescherming van de zwakkere partij in de

⁸⁹ Lenters, H., 'De Echtscheiding over tien en twintig jaar', *FJR* (2000), p. 4.

⁹⁰ Dat blijkt uit de debatten in de Tweede Kamer en uit bijna alle over beide wetsvoorstellen uitgebrachte adviezen. Ook de juridische literatuur is positief. Zie Chin-A-Fat, B., *Scheiden (ter)echter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*, 2004, p. 37-55 en 407-439

⁹¹ Brief aan de Tweede Kamer van 6 juni 2005. Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr. 13, p. 1-25.

⁹² Een ultieme stap in de richting van de liberalisering van het echtscheidingsrecht zou de invoering zijn van de administratieve echtscheiding, zonder koppeling aan de overeenstemming over de gevolgen, zoals voorgesteld door Lenters. Zie Lenters, H., 'De Echtscheiding over tien en twintig jaar', *FJR* (2000), p. 3.

⁹³ Dat sluit ook aan bij de aanbevelingen van de commissie De Ruiter. *Anders scheiden* (1996), p. 41.

⁹⁴ Voor de wijze waarop de nadelen van de flitsscheiding verholpen zouden kunnen worden zie: Gijbels, L., 'Reparatie van de flitsscheiding', *EB*, 9 (2003), p. 127-130.

echtscheidingsprocedure. De experimenten met scheidingsbemiddeling hebben echter uitgewezen dat een dergelijke beperkte toetsing de zwakkere partij al afdoende bescherming biedt.⁹⁵

Niet noodzakelijk, maar het overwegen waard, is om de administratieve echtscheiding alleen voor kinderloze paren open te stellen.⁹⁶ Dat sluit ook aan de praktijk van andere landen. De hele discussie over het horen van de kinderen en de verplichte toetsing van afspraken over de kinderen, kan dan achterwege blijven.

Tenslotte zou de sanctie van nietigheid op het niet voldoen aan de gestelde voorwaarden moeten worden geschrapt. Het presenteren van een overeenkomst over de gevolgen van de echtscheiding dient niet meer te zijn dan een procedurele voorwaarde voor het nemen van de echtscheidingsbeschikking door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Dit is vergelijkbaar met de huidige situatie bij de ontbinding van een geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden. Voor het risico dat een ontbonden huwelijk achteraf toch nog geldig blijkt behoort een verantwoordelijke overheid haar burgers zonder meer te behoeden.

⁹⁵ Chin-A-Fat, B., Steketee, M., 'Evaluatie Experimenten Scheidings- en Omgangbemiddeling', *FJR* (2001), p. 300. Overigens is het mij ook niet helemaal duidelijk waarom scheidende echtgenoten uitvoeriger zouden moeten worden beschermd dan aanstaande echtgenoten bij het maken van huwelijkse voorwaarden. Op het moment van scheiding zijn echtgenoten eerder meer bedachtzaam en voorzichtig en hebben minder de neiging elkaar blind te vertrouwen dan verloofden op de vooravond van hun huwelijk.

⁹⁶ Een motie met deze strekking is ingediend door het PvdA kamerlid Kalsbeek (Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr. 11) Tot hetzelfde voorstel komt Coenraad, L., 'Mediation und die Scheidungsproblematik in den Niederlanden Analyse einer Diskussion der Scheidungsmediation', *Die Praxis des Familienrechts* (2005) p. 260. Zie voorts Minister Donner, Kamerstukken II, 2004-2005, 29 676, nr. 13, p. 2, sub 1.