

Aan de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten

Rotterdam, 18 november 2004

Betreft : Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht Nederlandse Orde van Advocaten
Inzake : adviesaanvraag wetsvoorstel bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige
scheiding

Namens de leden van de Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten volgt onderstaand het advies inzake bovenstaand voorstel tot wetswijziging. De Adviescommissie heeft op 4 november 2004 over dit onderwerp vergaderd.

1. **Doel:**

Het wetsvoorstel streeft na het voortgezet ouderschap na echtscheiding te bevorderen en de mogelijkheid van het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap af te schaffen.

De omzetting van een geregistreerd partnerschap in een huwelijk wordt gehandhaafd, maar de flitsscheiding wordt afgeschaft in verband met de daarmee samenhangende problemen. In het wetsvoorstel wordt de rechterlijke toets gehandhaafd in scheidingszaken.

In het belang van de ontwikkeling van kinderen dienen onnodige conflicten zoveel mogelijk vermeden te worden en is het de verantwoordelijkheid van beide ouders dat er bij de scheiding goede afspraken worden gemaakt over de verzorging en opvoeding van de kinderen.

2. **Middel:**

Doordat de flitsscheiding onmogelijk wordt gemaakt, is het niet langer mogelijk om het huwelijk administratief te beëindigen.

Voor de beëindiging van een geregistreerd partnerschap worden ouders verplicht een ouderschapsplan in de overeenkomst tot beëindiging van het geregistreerd partnerschap op te nemen, zulks op straffe van nietigheid.

Een dergelijk ouderschapsplan wordt ook verplicht gesteld bij het indienen van het verzoekschrift tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of ontbinding van het geregistreerd partnerschap.

In het ouderschapsplan worden in ieder geval afspraken opgenomen over de wijze waarop de ouders invulling willen geven aan het ouderlijk gezag na echtscheiding, in die zin dat tenminste afspraken dienen te zijn opgenomen

over:

- de wijze waarop ouders de zorg- en opvoedingsrelatie of – als het gezag door één ouder wordt uitgeoefend – de omgangsregeling wordt vormgegeven;
- de wijze waarop de ouders elkaar informatie verschaffen en raadplegen bij belangrijke aangelegenheden;
- de kosten van verzorging en opvoeding van de minderjarige kinderen.

Verder wordt artikel 815 Rv aangevuld met een substantiëringsverplichting in die zin dat het verzoekschrift vermeldt over welke van de gevraagde voorzieningen overeenstemming is bereikt en over welke van de gevraagde voorzieningen een verschil van mening bestaat met de gronden daarvoor.

3. **Vooraf:**

Het aantal echtscheidingen is de afgelopen jaren enorm in aantal toegenomen. Het is een vaststaand gegeven dat emotionele schade door scheiding zoveel mogelijk vermeden dient te worden. In het belang van de ontwikkeling van kinderen dienen onnodige conflicten zoveel mogelijk vermeden te worden. Vandaar dat scheidingsbemiddeling door familierechtadvocaten de afgelopen jaren een grote vlucht heeft genomen. Een groot deel van de echtscheidingen eindigt thans al in een gemeenschappelijk echtscheidingsverzoek. Bij dat verzoekschrift is een echtscheidingsconvenant gevoegd. De daarin gemaakte afspraken over onder andere alimentatie, de kosten van kinderen, gezag en omgang, de verdeling van gemeenschappelijke goederen, verevening van pensioenrechten en afwikkeling van huwelijksvoorwaarden zijn in onderling overleg tot stand gekomen en garanderen daardoor meer zekerheid voor de toekomst. Een langdurige echtscheidingsprocedure kan aldus worden vermeden en de kosten van een scheiding zijn beheersbaar. Het is belangrijk dat de scheidingsbemiddelaar een gespecialiseerd familierechtadvocaat is. Alleen veel ervaring en een gedegen opleiding waarborgen een goede afwikkeling van een scheiding.

Advocaten die bij de scheiding betrokken zijn, inventariseren in de regel de problemen die er zijn. De zienswijze van de andere partij maakt daarvan deel uit, ook als er geen sprake is van scheidingsbemiddeling. De advocaat bevordert in dat geval ook dat de eigen cliënt zich bewust wordt van de problemen en de daarmee verbonden consequenties, met name wanneer er kinderen in het geding zijn.

Het is ook al vaste praktijk van de meeste familierechtadvocaten dat zij onderling met elkaar overleggen teneinde het scheidingsproces op een zo goed mogelijke wijze te laten verlopen. Niet alleen de juridische kanten van de zaak, maar ook de emoties van de betrokken personen krijgen de nodige aandacht. De sterke toename van het aantal procedures op gemeenschappelijk verzoek bevestigt deze praktijk. Het betreft niet alleen scheidingsbemiddelingen, maar ook zaken waarin beide echtgenoten worden bijgestaan door een eigen advocaat.

4. **Afschaffen flitsscheiding:**

De juridische en emotionele effecten van een scheiding zijn groter dan een 'flitsscheiding' veronderstelt. Het is van wezenlijk belang dat een scheiding goed wordt begeleid, ter voorkoming van problemen achteraf. De gespecialiseerde familierechtadvocaten lopen in hun praktijk thans aan tegen allerlei problemen die zijn ontstaan, doordat de echtgenoten voor een flitsscheiding zonder deskundige begeleiding opteerden, doordat de omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap in de praktijk is verworpen tot een administratieve scheiding zonder goede wettelijke waarborgen en doordat deze flitsscheiding internationaal niet wordt erkend. Die problemen kunnen worden vermeden door de flitsscheiding af te schaffen en het begeleiden van een scheiding uitsluitend over te laten aan specialisten. De Adviescommissie is dan ook eensluidend van oordeel dat de flitsscheiding zo spoedig mogelijk moet worden afgeschaft.

Het initiatief om de artikelen 1:157 4^e en 6^e lid (levensonderhoud) en 1:158 BW (alimentatieovereenkomst) van overeenkomstige toepassing te verklaren op de beëindiging van het geregistreerd partnerschap in onderling overleg en artikel 828 Rv op de ontbinding van het geregistreerd partnerschap door de rechter wordt ook unaniem onderschreven. De wettelijke regels van (duurbeperking) alimentatie dienen ook op de beëindiging van het geregistreerd partnerschap van toepassing te zijn. Verder is het belangrijk dat het ook bij de ontbinding van een geregistreerd partnerschap mogelijk is om een gemeenschappelijk verzoekschrift in te dienen en voorlopige en nevenvoorzieningen te kunnen vragen ten aanzien van de kinderen.

5. **Ouderschapsplan en substantiëringsverplichting:**

De commissie ondersteunt in essentie deze beide initiatieven. De substantiëringsverplichting is praktisch realiseerbaar en past in de lijn van de harmonisering van het procesrecht in dagvaarding- en verzoekschriftprocedures. Het is belangrijk dat echtgenoten in de beginfase van een scheidingszaak de problemen inventariseren en zich bewust zijn van de noodzaak tot het maken van afspraken over de geïndiceerde onderwerpen. Bij de meeste advocaten, althans in ieder geval de meeste gespecialiseerde familierechtadvocaten, is dit al de dagelijkse praktijk.

Nietigheid in geval van ontbreken van een ouderschapsplan bij het beëindigen van een geregistreerd partnerschap is een nieuw element, maar noopt de geregistreeerde partners om in het belang van de kinderen op de meest wezenlijke onderdelen problemen te signaleren en op te lossen.

De verplichting om gelijktijdig met het echtscheidingsverzoek een ouderschapsplan in te dienen, beoogt ook "het bevorderen van voortgezet ouderschap na echtscheiding", maar zal in de praktijk op bezwaren stuiten. Het is de vraag of het wetsvoorstel in deze effectief is. Bij eenzijdige echtscheidingsverzoeken zal het immers vaak niet lukken om binnen redelijke termijn

een ouderschapsplan op te nemen.

Mogelijk zal dit het tijdstip van indiening van het eenzijdig echtscheidingsverzoek (onredelijk) vertragen en aanleiding kunnen geven tot chicaneren door één van beide echtgenoten c.q. benadeling van de andere echtgenoot, omdat:

- de datum van indiening van het echtscheidingsverzoek bepalend kan zijn als peildatum voor vermogensrechtelijke afwikkeling van een verrekenbeding in huwelijksvoorwaarden en op grond van toekomstige wetgeving het einde van de huwelijksgoederengemeenschap;
- de datum van inschrijving van de echtscheiding bepalend is voor de duur van het voortgezet gebruiksrecht van de echtelijke woning, de duur van de partneralimentatie, de omvang van verplichte pensioenverevening en in principe nu ook nog geldt als peildatum voor de verdeling van een algehele gemeenschap van goederen.

Het wetsvoorstel verlangt dat ook bij een eenzijdig verzoekschrift het ouderschapsplan minimaal afspraken behelst over de uitoefening van het ouderlijk gezag, tenzij het redelijkerwijs niet mogelijk is om een ouderschapsplan op te stellen.

Aan de in de Memorie van Toelichting reeds genoemde situaties waarin dit redelijkerwijs niet mogelijk is (onbevoegdheid, geestelijke stoornis, opname in een blijf van mijn lijf huis), dient in ieder geval te worden toegevoegd de in de praktijk regelmatig terugkerende situatie dat het eenvoudigweg niet lukt om binnen redelijke termijn afspraken te maken. Eén van partijen zou het vereiste van het ouderschapsplan dan kunnen gebruiken om de indiening van het verzoek onredelijk te vertragen. Onduidelijk is hoe lang onderhandeld dient te worden, voordat het verzoek in redelijkheid bij de rechter mag worden ingediend. Dit is ter beoordeling aan de behandelend rechter, die het verzoek niet-ontvankelijk kan verklaren, dan wel kan terugverwijzen ter aanvulling of doorverwijzen naar mediation.

De gedachte dat partijen zelf hun problemen moeten oplossen, wordt door de Adviescommissie onderschreven, maar in situaties dat het onmogelijk is een ouderschapsplan met afspraken over te leggen, zou het de indiener van het verzoek echter wettelijk of volgens het procesreglement van de rechtbanken minimaal moeten worden toegestaan een uitgewerkt voorstel tot een ouderschapsplan in te dienen, zo mogelijk vergezeld van de inmiddels bekende bezwaren van de andere echtgenoot tegen dit voorstel, een onderbouwing van de pogingen (bijvoorbeeld mediation) die zijn ondernomen om tot afspraken te komen en een onderbouwing van het belang het verzoek toch in te dienen. De kwaliteit van het verzoekschrift wordt op die manier ook verbeterd en er zullen nu eenmaal altijd scheidingssituaties blijven, waarin ouders niet in staat zijn om samen afspraken te maken. Het is positief dat het wetsvoorstel de mogelijkheid inhoudt om tijdens de echtscheidingsprocedure door de rechtbank een bijzonder curator te laten benoemen.

Bij een gezamenlijk verzoek is een volledig uitgewerkt ouderschapsplan niet

altijd nodig. Gezamenlijk ouderlijk gezag veronderstelt een zekere mate van onderling overleg. Een groot aantal ouders voelt in de praktijk weinig behoefte om aan alle in de Memorie van Toelichting genoemde elementen van het ouderschapsplan (school, sport, medische zorg, vakanties, huisregels, financiën, halen en brengen) minutieus invulling te geven. Zij prefereren daarvoor ad hoc afspraken te maken en ervaren een te vergaande invulling van het ouderschapsplan als bevoogding.

Het is positief dat er een tegemoetkoming komt in de kosten van mediation, respectievelijk een mediatie toevoeging wordt gecreëerd.

6. **Uitoefening ouderlijk gezag en omgangsnorm:**

Volgens het voorgestelde artikel 1:251 BW blijven de ouders die gezamenlijk het gezag hebben, na ontbinding van het huwelijk dit gezag gezamenlijk uitoefenen, tenzij dit niet in het belang van het kind wordt geacht. Die uitzondering wordt uitgewerkt in artikel 1:251a BW. Daar wordt het belangrijkste criterium van de Hoge Raad om éénhoofdig gezag te verkrijgen gecodificeerd, hetgeen duidelijkheid schept.

Ouderlijk gezag omvat in het wetsvoorstel niet alleen de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden, maar ook de plicht van de ouder om de ontwikkeling van de band van het kind met de andere ouder te bevorderen. Dit voorstel beoogt meer gelijkwaardigheid van de ouders ten aanzien van de opvoeding en verzorging. Een omgangsplicht met beide ouders wordt de norm in de artikelen 1: 247 en 377 BW. Vastlegging van deze norm wordt unaniem ondersteund door de Adviescommissie. In het wetsvoorstel worden geen sancties opgenomen bij het niet naleven van de omgang. Deze blijven terecht ter beoordeling van de behandelend rechter en dienen in uitzonderingssituaties te worden opgelegd. Niet duidelijk blijkt uit noch het wetsvoorstel, noch de memorie van toelichting in welke mate de afspraken over de uitwerking van artikel 1: 247 BW vorm moeten krijgen in het ouderschapsplan.

De plaats van het recht van omgang voor een derde / niet-ouder, verandert in het wetsvoorstel. Daardoor vervalt ook het minder zware criterium van artikel 377f BW als afwijzingsgrond. Het is de vraag of deze consequentie wel wordt geïndiceerd door de in de Memorie van Toelichting geciteerde jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, zoals de zaak van Lebbink tegen Nederland d.d. 1 juni 2004. De Adviescommissie betwijfelt zulks en is van mening dat de gronden om een derde, ook al staat die in een nauwe persoonlijke betrekking, geen omgang toe te staan volgens de voorliggende jurisprudentie mogen afwijken van de gronden om een ouder / biologische vader met een nauwe persoonlijke betrekking geen omgang toe te staan. De Adviescommissie ziet, met andere woorden, geen noodzaak om in die gevallen aansluiting te zoeken met het verzaamd criterium van artikel 1:377a BW. Afhankelijk van de individuele omstandigheden kan immers ook

een andere omvang van de omgang geïndiceerd zijn.

7. **Tenslotte:**

De Adviescommissie kan zich in grote lijnen verenigen met het wetsvoorstel. Het voorstel past in het streven naar het verminderen van de belasting van de rechterlijke macht en het vermijden van hoge kosten van de scheidingsprocedure en biedt voldoende waarborgen aan de rechtspositie van scheidende echtparen én de daarbij betrokken kinderen.

Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht Nederlandse Orde van Advocaten