

De mediator in het nieuwe echtscheidingsrecht: nog onvoldoende basis

Brigitte Chin-A-Fat

Inleiding

Op 29 november 2005 heeft de Tweede Kamer het initiatiefwetsvoorstel (hierna: het wetsvoorstel) 'Beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap' van VVD-Kamerlid Luchtenveld aangenomen.¹ De totstandkoming van het wetsvoorstel zoals het uiteindelijk door de Tweede Kamer is aangenomen, beslaat vanaf juni 2004 een periode van anderhalf jaar, waarin er vele aanpassingen in het wetsvoorstel zijn verwerkt. Naar aanleiding van het wetsvoorstel heeft minister Donner in juni 2005 eveneens een conceptwetsvoorstel 'Voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding'² ter herziening van het echtscheidingsrecht opgesteld, waarvan uiteindelijk vele elementen in het wetsvoorstel van Luchtenveld zijn opgenomen. In beide wetsvoorstellen speelt mediation als veelgebruikte methode van conflictoplossing in echtscheidingszaken een rol en krijgt de mediator een plaats in de wet. De behandeling van het conceptwetsvoorstel van Donner ligt sinds de opstelling ervan feitelijk stil. In dit artikel wordt het aangenomen wetsvoorstel onder de loep genomen met betrekking tot de vraag wat de taken van de 'in de wet opgenomen' mediator zijn en welke eisen aan zijn deskundigheid worden gesteld.

Achtergrond en doelstelling van de wetsvoorstellen

Ter verduidelijking van de rol en taak van de mediator dienen eerst de achtergrond en de doelstellingen van de beide wetsvoorstellen te worden geschetst. Beide voorstellen beogen met name het ouderschap na echtscheiding beter te reguleren en de flitscheiding³ af te schaffen. Het aangenomen wetsvoorstel van Luchtenveld bevat een aantal doelstellingen. In de eerste plaats de verantwoordelijkheid voor de echtscheiding en de zorg voor de kinderen bij de echtgenoten te laten en in de tweede plaats scheidings- en omgangsproblemen te verminderen door te stimuleren dat ouders vroegtijdig nadenken over de invulling van het ouderschap. In het wetsvoorstel van Donner is hieraan toegevoegd het doel 'ouders goede afspraken [te laten] maken opdat onnodige conflicten nadien worden voorkomen'.⁴ In beide voorstellen wordt uitgegaan van een nog steeds groeiend gebruik van mediation in echtscheidings- en omgangsproblematiek. Cruciaal verschil tussen de beide voorstellen is dat het wetsvoorstel van Luchtenveld een tweetal nieuwe procedures bevat: zowel een buitengerechtelijke procedure tijdens (echt)scheiding als een gerechtelijke (doch procureurloze) procedure voor geschillen betreffende het ouderschap na (echt)scheiding. Luchtenveld voert als reden voor het introduceren van een buitengerechtelijke echtscheidingsprocedure aan dat hieraan blijkbaar in de maatschappij

een grote behoefte bestaat, gezien het steeds stijgend aantal flitscheidingen.⁵

Het wetsvoorstel

De eerste nieuwe procedure biedt partijen de mogelijkheid om buiten de rechter om te scheiden. De tweede nieuwe procedure omvat een informele regeling om geschillen, die zich na echtscheiding voordoen over de uitvoering van het ouderschap, op korte termijn en snel aan de rechter te kunnen voorleggen. Een ouder kan een schriftelijk verzoek indienen om een geschil aan de rechtbank voor te leggen, waarvoor hij geen advocaat/procureur hoeft in te schakelen. De rechtbank dient binnen drie weken het geschil op zitting te behandelen. De verwachting is dat het vaak om praktische problemen in de uitvoering van het ouderschap zal gaan (zoals bijvoorbeeld het halen en brengen van de kinderen of opvoedkundige geschillen). De rechter zal vervolgens als een soort scheidsrechter optreden en een beslissing nemen, waartegen geen hoger beroep mogelijk is.⁶ Het wetsvoorstel bevat verder de overeenkomsten tussen de beide voorstellen: de verplichting voor ouders een ouderschapsplan bij hun verzoekschrift tot echtscheiding te voegen, de afschaffing van de zogenoemde flitscheiding en – als compromis – een 'afgezwakte' vorm van de buitengerechtelijke scheiding, die slechts wordt opengesteld voor partijen die niet gezamenlijk dan wel alleen het gezag over minderjarige kinderen uitoefenen.

Het ouderschapsplan

Kern van het wetsvoorstellen en het conceptwetsvoorstel van Donner is het zogenoemde ouderschapsplan, waarin de volgende zaken dienen te zijn geregeld en vastgelegd (art. 815 lid 2 Rv

1. Kamerstukken II 2003/04, 29 676.
2. Kamerstukken II 2004/05, 30 145.
3. De benaming voor de 'sluiproute' om buiten de rechter om te scheiden: de omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap, dat vervolgens in onderling overleg en buiten de rechter om kan worden beëindigd (art. 1:149 sub e jo. art. 80c BW).
4. Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 1.
5. Kamerstukken II 2004/05, 29 676, nr. 4, p. 5.
6. 'Partijen hebben veelal een mediationstraject doorlopen, waarin zij geleerd hebben als ouders met elkaar te communiceren; de professionaliteit van de mediator brengt met zich mee dat hier veel aandacht aan wordt geschonken.' Zo merkt Luchtenveld op in de discussie over de vraag of op basis van de nieuwe informele geschillenregelen alle 'bagatelzaken' aan de rechter zullen worden voorgelegd. Kamerstukken II 2005/06, 29 676, nr. 33, p. 2.

nieuw): a. de manier waarop ouders hun zorg- en opvoedingstaken verdelen of het omgangsrecht van artikel 1:377a BW vormgeven en b. de wijze waarop de ouders elkaar informeren en consulteren over belangrijke aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van hun minderjarige kinderen en c. de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen.⁷ De gedachte achter het ouderschapsplan is om ouders in een vroeg stadium te dwingen na te denken over de invulling van hun ouderschap na scheiding.

De rol van mediation

In de memorie van toelichting van het wetsvoorstel wordt uitgebreid ingegaan op het mediationproces; in de Memorie van Toelichting van het conceptwetsvoorstel wordt mediation slechts aangestipt als ontwikkeling op het terrein van het echtscheidings- en familierecht. In beide wetsvoorstellen wordt mediation als methode/instrument gezien om (echt)scheidingen op een betere manier te regelen dan via een eenzijdige procedure bij de rechter.

Nu uit wetenschappelijk onderzoek is gebleken dat de meest negatieve gevolgen voor kinderen van gescheiden ouders optreden als de ouders in een aanhoudend conflict verzeild zijn geraakt, is de noodzaak van mediation in het echtscheidingsrecht een gegeven. Uit longitudinaal⁸ onderzoek is immers bekend dat ouders die een mediationstraject volgden, beter met problemen in hun ouderschap na echtscheiding konden omgaan dan ouders die via een gerechtelijke procedure waren gescheiden.⁹ Gezien de reeds opgedane positieve ervaringen en de verwachtingen van mediation op het terrein van het familierecht, is het opvallend dat nauwelijks de koppeling wordt gemaakt tussen het opstellen van het ouderschapsplan en mediation. Dit zou echter wel voor de hand hebben gelegen en naar mijn mening is er hier sprake van een gemiste kans.¹⁰ Nu normen en waarden in de samenleving in het algemeen hoog in het vaandel staan en steeds meer normen voor ouderschap na echtscheiding in de wet worden opgenomen, begint de normstelling ná echtscheiding immers al in het vóórtraject bij het 'promoten' van mediation wanneer partijen en met name ouders besluiten uit elkaar te gaan.

De rol van de mediator: scheidingsbemiddelaar, bemiddelaar of mediator?

In het wetsvoorstel is op twee verschillende plaatsen een verwijzing naar de mediator opgenomen: in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) bij de bepalingen omtrent de administratieve ontbinding van het huwelijk en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) bij de bepalingen betreffende de mondelinge behandeling van het echtscheidingsverzoek en de nieuwe geschillenprocedure na echtscheiding. In het BW wordt gesproken over de scheidingsbemiddelaar, in het Rv over de bemiddelaar, welke terminologie ook in het vervolg van dit artikel zal worden gehanteerd.¹¹

Zoals al eerder is opgemerkt, bevat het wetsvoorstel een voorstel voor een buitengerechtelijke scheiding, oftewel de administratieve ontbinding van het huwelijk. Thans bepaalt artikel 1:149 BW de wijze waarop het huwelijk eindigt:

- a door de dood;
- b indien de vermiste, die overeenkomstig de bepalingen van de tweede of derde afdeling van de achttiende titel van dit boek

vermoedelijk overleden dan wel overleden is verklaard, nog in leven is op de dag waarop de achtergebleven echtgenoot een nieuw huwelijk of geregistreerd partnerschap is aangegaan: door de voltrekking van dit huwelijk of geregistreerd partnerschap;

- c door echtscheiding;
- d door ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed;
- e door omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap.

Er is bij het vormgeven van de regeling geprobeerd zo veel mogelijk aan te sluiten bij de thans nog bestaande regeling van de ontbinding van het geregistreerd partnerschap. Het geregistreerd partnerschap eindigt op dezelfde wijze als een huwelijk sub a en b en e (maar dan andersom) van artikel 1:149 BW en kent twee andere bepalingen:

- c met wederzijds goedvinden door inschrijving door de ambtenaar van de burgerlijke stand van een door beide partners en een of meer advocaten of notarissen ondertekende en gedateerde verklaring waaruit blijkt dat en op welk tijdstip de partners omtrent de beëindiging van het geregistreerd partnerschap een overeenkomst hebben gesloten;
- d door ontbinding op verzoek van één der partners.

De scheidingsbemiddelaar

Deze nieuwe manier van scheiden, die de zogenoemde flits-scheiding zal vervangen, ziet er als volgt uit (de nieuwe artikelen 1:149o tot 150 BW). Echtgenoten moeten ten overstaan van de Ambtenaar van de Burgerlijke Stand (hierna: ABS) verklaren dat hun huwelijk duurzaam is ontworcht en dat zij hun huwelijk op die grond met wederzijds goedvinden wensen te beëindigen. Daarbij moeten zij een schriftelijke verklaring overleggen, waarna de ABS een akte van administratieve ontbinding opmaakt. De inschrijving van die akte in de registers leidt tot de administratieve ontbinding van het huwelijk. In artikel 1:149a lid 4 BW is opgenomen dat de schriftelijke verklaring 'is ondertekend door een of meer advocaten of notarissen, dan wel door een of meer scheidingsbemiddelaars die

7. In lid 3 is opgenomen: '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. Tevens vermeldt het verzoekschrift op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan.'

8. Onderzoek dat na een bepaalde periode wordt herhaald, bijvoorbeeld om te onderzoeken of de positieve resultaten na mediation ook duurzaam zijn. Zie voor een overzicht van de onderzoeksresultaten op dit terrein: E. Spruijt, H. Kormos, C. Burggraaf & A. Steenweg, *Het verdeelde Kind*, Utrecht: New Impulse 2002.

9. Zie over de resultaten van empirisch onderzoek: B.E.S. Chin-A-Fat, *Scheiden: (ter)echter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, hfd. 5-7.

10. Zie voor een algemene bespreking en kritische beschouwing van het wetsvoorstel: B.E.S. Chin-A-Fat, *Het ouderschapsplan als wondermiddel?*, in: M. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 100-114.

11. Zie over het (inconsistente) gebruik van de verschillende termen evenals een pleidooi voor het gebruik van de term mediator: F. Schonewille, *Een scheidingsbemiddelaar is altijd een mediator; een mediator niet altijd een scheidingsbemiddelaar*, in: M. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 115-154.

voldoen aan de vereisten gesteld in het vijfde lid'. Nieuw in de wet (en ook nieuw in vergelijking met de regeling van de beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden) is derhalve dat de scheidingsbemiddelaar een wettelijke rol krijgt. Dit betekent ook dat de wet slechts aan bepaalde beroepsgroepen de mogelijkheid biedt om partijen te begeleiden bij een administratieve ontbinding van het huwelijk. Opvallend is bijvoorbeeld dat de psycholoog niet voorkomt in het rijtje van mogelijke beroepsgroepen, terwijl in de praktijk veel psychologen als mediator in echtscheidingsprocedures (veelal in een samenwerkingsverband met een advocaat) werkzaam zijn. Het zou jammer zijn als deze samenwerking die in de praktijk steeds meer voorkomt door het wetsvoorstel weer in de kiem wordt gesmoord.

De persoon van de scheidingsbemiddelaar

De eisen die aan de advocaat, notaris en scheidingsbemiddelaar (hierna: de begeleider) worden gesteld, zijn eveneens in de wet opgenomen. In lid 5 van artikel 149a BW staat:

'Een scheidingsbemiddelaar als bedoeld in het vierde lid, onder b, voldoet aan de vereisten tot benoembaarheid tot rechterlijk ambtenaar, gesteld in artikel 1d van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld omtrent de deskundigheden en kwaliteitseisen waarover de scheidingsbemiddelaar, bedoeld in het vierde lid, onder b, moet voldoen om te kunnen worden opgenomen in een bij de algemene maatregel van bestuur aan te wijzen register.'

De begeleider dient kennis te hebben van het echtscheidingsrecht en op deze wijze wordt de scheidingsbemiddelaar qua kennis gelijkgesteld aan de advocaat en de notaris, die immers beiden een universitaire studie rechtsgeleerdheid hebben afgerond. Over de eisen die aan de deskundige die partijen begeleidt moeten worden gesteld, is en wordt nog gediscussieerd. De eisen in de discussie variëren van het lidmaatschap van de Vereniging voor Familie-recht Advocaten en Scheidingsbemiddelaars (hierna: VFAS) en de Vereniging van Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat (hierna: VMSN) tot het zijn van een jurist met kennis van het echtscheidingsrecht, zoals wetenschappers en (oud-)rechters. Ook is de opleiding van de Stichting Forensische Mediation genoemd als 'topcursus'¹² voor ervaren mediators uit bepaalde beroepsgroepen.

In het wetsvoorstel is, zoals in het vorenstaande al werd vermeld, uiteindelijk opgenomen dat bij algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) de eisen voor deze scheidingsbemiddelaars moeten worden vastgesteld. Met betrekking tot het lidmaatschap van bijvoorbeeld de VFAS en de VMSN is gediscussieerd of het mogelijk is in een wettelijke regeling lidmaatschap van een vereniging te eisen, nu statuten van een vereniging immers 'zomaar' kunnen worden aangepast. Belangrijke elementen zijn in ieder geval dat er sprake moet zijn van personen met een grondige kennis van de 'relevante rechtsgebieden' die bovendien voldoen aan de vakbekwaamheidseisen van de beroepsverenigingen. De VFAS kent een eigen tuchtrecht, de notarissen/scheidingsbemiddelaars die bij de VMSN zijn aangesloten, vallen onder het tuchtrecht van het notariaat.¹³

Taak van de scheidingsbemiddelaar

In het nieuwe artikel 149b BW is opgenomen wat de scheidingsbemiddelaar moet doen in het kader van de administratieve ontbinding van een huwelijk:

'1. De advocaat, notaris of scheidingsbemiddelaar, bedoeld in artikel 149a, vierde lid, onder b, is ten minste gehouden:

a. de echtgenoten te informeren omtrent toepasselijke wettelijke bepalingen alsmede omtrent de rechtsgevolgen van de voorgenomen beëindiging van het huwelijk en de door echtgenoten in dit verband te maken keuzes;

b. Te toetsen of de belangen van beide echtgenoten op evenwichtige wijze hun weerslag hebben gevonden in de overeenkomst, bedoeld in artikel 150.

2. De in het eerste lid bedoelde advocaat, notaris of scheidingsbemiddelaar onthoudt zich van ondertekening als bedoeld in artikel 149a, vierde lid onder b, indien hij na toepassing van de onderdelen a en c van het eerste lid van oordeel is dat de belangen van de minderjarige kinderen of de belangen van een of beide echtgenoten onvoldoende hun weerslag hebben gevonden in de overeenkomst.'

Gezien de eis dat de begeleider partijen over de gevolgen van hun beslissingen moet informeren, betekent dit dat de kennis van de begeleider nog verder dient te reiken dan slechts kennis van het echtscheidingsrecht. Om een voorbeeld te noemen; het is niet voldoende dat de begeleider partijen informeert over het feit dat in de wet een recht op kinder- of partneralimentatie is opgenomen (en misschien zelfs de hoogte van de alimentatie kan berekenen), maar hij dient hen ook over de gevolgen van deze afspraak te informeren, zoals de fiscale gevolgen van het ontvangen of betalen van kinder- of partneralimentatie. De begeleider dient derhalve bij voorkeur ook op de hoogte te zijn van de (fiscale) gevolgen van juridische beslissingen. Hoewel van zowel de advocaat als de notaris kan worden aangenomen dat zij over juridische kennis beschikken, zij hebben immers een universitaire studie rechtsgeleerdheid met goed gevolg afgelegd, kan deze juridische kennis bij de scheidingsbemiddelaar (nog) niet worden verondersteld. Op dit punt (eisen die aan de opleiding van de scheidingsbemiddelaar worden gesteld) zijn derhalve aanvullende eisen bij AMvB nodig. Naast inhoudelijke kennis dient de begeleider vanzelfsprekend ook kennis te hebben van het psychologische proces van echtscheiding en over de nodige mediationvaardigheden te beschikken. Als aanvulling op de eisen die aan de begeleider dienen te worden gesteld, noemt Coenraad ook het beschikken over inlevingsvermogen.¹⁴

De vraag die vervolgens dient te worden gesteld, is of het stellen van vorenstaande eisen tot het gewenste doel zal leiden. Vanzelfsprekend wordt naar een kwaliteitswaarborg gezocht, doch met de eis van het zijn van advocaat of notaris (of scheidingsbe-

12. Aldus de woorden van Luchtenveld, Kamerstukken II 2003/04, 29 676, nr. 3, p. 4.

13. Handelingen II 26 mei 2005, p. 85-5095.

14. Coenraad spreekt over de begeleider als een duizendpoot die over zowel juridisch als psychologisch inzicht en inlevingsvermogen beschikt. L.M. Coenraad, Scheiden: administratief of rechterlijk? Het wetsvoorstel Luchtenveld is nog niet rijp, TCR 2006, nr. 1, p. 1-5.

middelaar), is nog geen waarborg voor kennis en ervaring op het terrein van het echtscheidingsrecht of vaardigheden als mediator gegeven. Overigens is in de discussie omtrent de eisen die aan de scheidingsbemiddelaar worden gesteld, door Schonewille de vraag opgeroepen waarom er bij de administratieve ontbinding van het huwelijk een hogere lat qua specialisatie wordt gelegd, terwijl die er in het familierecht in het algemeen niet is. Die reden is in de huidige regeling echter wel te vinden in het feit dat er geen rechter naar de afspraken van partijen kijkt en dit een extra waarborg aan deskundigheid (doch geen inhoudelijke verantwoordelijkheid) van de begeleider vraagt.¹⁵

Inhoudelijke verantwoordelijkheid?

Door artikel 1:149b lid 1 sub a en b BW krijgt de begeleider een inhoudelijke verantwoordelijkheid voor de beslissingen van partijen. Deze bepaling dient naar mijn mening te worden geschrapt, aangezien deze lijnrecht ingaat tegen de relatief grote vrijheid die partijen in het Nederlandse privaatrecht en meer in het bijzonder het echtscheidingsrecht hebben. Op dit moment zijn partijen in zeer grote mate vrij te besluiten hoe zij de gevolgen van de echtscheiding willen regelen. Slechts met betrekking tot enkele onderdelen zijn partijen aan grenzen gebonden, met name op het terrein van alimentatie; partijen kunnen bijvoorbeeld niet zonder gevolgen vrijwillig afzien van partneralimentatie indien er een beroep op de Wet Werk en Inkomen wordt gedaan. Afspraken over kinderalimentatie zijn van openbare orde, waardoor de vrijheid van partijen (teneinde de kinderen te beschermen) eveneens wordt beperkt. De rechter toetst thans of partijen binnen de grenzen van de wet blijven en kan ingrijpen indien zij deze grenzen overschrijden (of de rechter dat daadwerkelijk doet is een andere vraag). Het lijkt erop dat Luchtenveld partijen dezelfde bescherming als in een gerechtelijke procedure wil bieden door de scheidingsbemiddelaar deze taak te geven. Dat kan niet de bedoeling zijn; de scheidingsbemiddelaar dient partijen te informeren en hen voor te lichten, zodat partijen niet over die grenzen gaan, maar doen zij dat wel, dan is dat niet de verantwoordelijkheid van de scheidingsbemiddelaar. Ervan uitgaande dat de scheidingsbemiddelaar de overeenkomst opstelt, kan hij wel bezien of de overeenkomst de afspraken van partijen bevat; meer ook niet. De taak en verantwoordelijkheid van de begeleider is om te kunnen bepalen of partijen op basis van *informed consent* beslissingen hebben genomen en daarop hun afspraken hebben gebaseerd.

De bemiddelaar

Als ouders geen ouderschapsplan bij hun verzoekschrift tot echtscheiding overleggen, zijn zij niet-ontvankelijk in hun verzoek tot echtscheiding. Wanneer het voor de ouders niet mogelijk was om met elkaar een ouderschapsplan op te stellen, dient hij/zij zijn/haar voorstel voor de te regelen 'ouderschapszaken' in een (eenzijdig) verzoek op te nemen en eveneens aan te geven waarom het niet is gelukt om samen tot afspraken te komen. Nadat de verweerder een verweerschrift (en eventueel ook zelfstandige verzoeken) heeft ingediend, zal het verzoek ter zitting worden behandeld. De rechter heeft vervolgens op grond van het nieuwe lid 2 van artikel 818 Rv (na amendement De Pater-Van der Meer) de mogelijkheid om partijen naar een bemiddelaar te verwijzen.¹⁶ In deze bepaling zijn echter geen eisen opgenomen die aan de

bemiddelaar worden gesteld. In het conceptvoorstel van Donner is slechts opgenomen: 'de rechter [...] verwijst niet naar een bepaalde bemiddelaar, maar volstaat met te verwijzen naar een lijst van geselecteerde bemiddelaars waaruit een keuze kan worden gedaan.'¹⁷ Zelfs een verwijzing naar het Nederlands Mediation Instituut en het register van gecertificeerde mediators ontbreekt. In de toelichting op dit amendement geeft De Pater-Van der Meer aan dat de eisen die aan een bemiddelaar in het verloop van een echtscheidingsprocedure dienen te worden gesteld niet dezelfde dienen te zijn als aan een scheidingsbemiddelaar die een administratieve ontbinding van het huwelijk begeleidt:

'onder omstandigheden kan het voor de hand liggen om een bemiddelaar met psychologische achtergrond te benoemen die niet perse jurist hoeft te zijn. Deze bemiddelaar zal wel onder meer juridische basiskennis moeten hebben om te kunnen onderkennen wanneer juridische belangen in het geding zijn. Om deze reden stelt het amendement voor om de kwaliteitseisen voor de bemiddelaar bij algemene maatregel van bestuur te laten bepalen. Dit biedt tevens ruimte aan de goede ontwikkelingen die momenteel op het gebied van mediation plaatsvinden.'¹⁸

De bemiddelaar wordt op deze plaats derhalve genoemd, maar er wordt niet veel meer gezegd over welke kwaliteitseisen aan de bemiddelaar dienen te worden gesteld. Ook Donner gaat in zijn conceptwetsvoorstel uit van het huidige en algemene register van (al dan niet gecertificeerde) mediators, zoals dat bij het Nederlands Mediation Instituut is te raadplegen.

De algemene bemiddelaar wordt ook genoemd in de nieuwe geschillenregeling (art. 1:253s BW). Aangezien deze bemiddelaar per definitie een conflict aan tafel krijgt dat over ouderschap gaat, zou kunnen worden opgenomen dat deze bemiddelaar (in zijn opleiding) ten minste kennis heeft (opgedaan) van ontwikkelingspsychologie, de wijze waarop kinderen kunnen reageren als hun ouders ruzie hebben en loyaliteitsconflicten.¹⁹ Ook als er ter zitting geen vergelijk tussen de ouders komt, kan de rechter partijen naar een bemiddelaar verwijzen.

Het zal interessant zijn te zien hoe de rechter zal omgaan met de verwijzingen en vooral de resultaten na de bemiddeling; slagen ouders erin afspraken te maken of niet? In dat kader is ook de nog kleine maar op gang komende stroom jurisprudentie met betrekking tot mediation interessant. Onlangs oordeelde de Hoge Raad nog in een alimentatiegeschil, ook ondanks een eerdere toezegging aan mediation te willen deelnemen en de poging van de andere partij via de rechter deze toezegging af te dwingen, dat

15. Zie Schonewille, *Handelingen* 28 mei 2005.

16. De tekst van lid 2 luidt: 'De rechter kan de echtgenoten naar een bemiddelaar verwijzen met als doel om de echtgenoten in onderling overleg tot afspraken over één of meer van de gevolgen van de echtscheiding te laten komen indien het verzoekschrift of de behandeling ter terechtzitting daartoe aanleiding geeft.'

17. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 18.

18. Amendement De Pater-van der Meer, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 676 nr. 29, p. 2.

19. Deze opmerking raakt de discussie over de vraag in hoeverre de mediator inhoudsdeskundige dient te zijn.

gelet op de aard van het middel van mediation het beide partijen te allen tijde vrij staat hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen.²⁰

Verwachting wetsvoorstel

De vraag of de ingezette instrumenten ertoe zullen leiden dat de doelen van het wetsvoorstel zullen worden bereikt, dient naar mijn mening deels negatief te worden beantwoord. Praktisch gezien zet het wetsvoorstel niet aan tot verandering in de praktijk, nu er niet wordt 'ingezet' op mediation. Naar mijn mening ligt in beide voorstellen de nadruk te veel op het bereiken van overeenstemming, niet op de wijze waarop afspraken worden gemaakt. Het wetsvoorstel zal wellicht op korte termijn 'effectief' zijn door de veelheid van (door de rechter te toetsen!) ouderschapsplannen, maar niet op lange termijn, nu niets is bepaald over de wijze waarop het ouderschapsplan tot stand dient te komen. Het gevaar bestaat dat een ouder onder druk kan worden gezet om toch de echtscheiding maar te laten plaatsvinden, ofwel een ouder zelf onder druk staat omdat hij of zij toch zo snel mogelijk een echtscheiding wil. Het zorgvuldig nadenken over de invulling van ouderschap na echtscheiding wordt hiermee naar mijn mening niet bevorderd.²¹

De administratieve ontbinding van het huwelijk roept een nieuw soort mediator/juridisch deskundige in het leven. De vraag is of de huidige eisen leiden tot het bereiken van het doel (kundi-ge begeleiding). Vereisten zijn juridische kennis en een doortimmerde beroepsgroep die en klacht- en tuchtrecht kent. Zonder nadere onderbouwing en uitwerking echter, is op dit moment nog niet duidelijk of de kwaliteit kan worden geboden. Dé advocaat of dé notaris biedt geen garantie, er is ervaring en kennis op het terrein van het echtscheidingsrecht en bemiddeling vereist. Net als in de discussie over het verschoningsrecht van de mediator kan parallel aan de conclusie van de staatssecretaris van Justitie destijds worden geconcludeerd dat de homogene beroepsgroep 'de scheidingsbemiddelaar' nog niet bestaat. Los van deze eisen kan de scheidingsbemiddelaar niet verantwoordelijk worden gehouden voor de keuzes van partijen. In die zin is het voorstel prematuur.

Wat is er nodig?

De eisen die aan de scheidingsbemiddelaar worden gesteld, moeten verder worden onderbouwd en uitgewerkt. Bovendien zal in de praktijk invulling moeten worden gegeven aan de wettelijke eisen. Dit betekent dat in de toekomst een nieuwe opleiding tot 'begeleider' of in ieder geval een homogene groep scheidingsbemiddelaars moet komen. Gegronde reden om de bijzondere taak van de begeleider in ieder geval aan de advocaat en notaris toe te kennen, is te vinden in hun uitgebreide klacht- en tuchtrecht.²² De regulering kan bij AMvB plaatsvinden. Zaken die dienen te worden geregeld, zijn: objectieve en transparante eisen met betrekking tot de vakbekwaamheid, een systeem van certificatie en accreditatie en een landelijk openbaar kwaliteitsregister van mediators, een systeem voor permanente educatie en intervisie, beroepsregels voor mediators, een klachtenregeling en een onafhankelijk tuchtrecht. De VFAS en VSMN kunnen bij de opstelling van de AMvB worden betrokken. Indien de buitengerechtigde scheiding er komt, kan op basis van *objectieve* criteria (en zonder

aanvullende eisen bij AMvB) nog slechts worden gesteld dat de VFAS-advocaat de waarborgen kan bieden. Daarmee pleit ik niet voor de toekenning van een monopolie aan VFAS-advocaten, maar voor het vormgeven van een brede opleiding tot scheidingsbemiddelaar, waarin zowel de juridische kennis als de mediationvaardigheden worden aangeleerd. Ook heeft de begeleider juridische kennis nodig om te kunnen beoordelen of de weg van de administratieve ontbinding wel kan worden gevolgd en wat de juridische implicaties zijn van de echtscheiding. Er is bovendien een waarborg nodig dat de overeenkomst op wilsovereenstemming berust en niet onder druk of misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Als deze opleiding er is, kan die de basis zijn voor de scheidingsbemiddelaar van de artikelen 1:149a en b BW.

Via de constructie van de scheidingsbemiddelaar die partijen begeleidt bij de administratieve ontbinding van hun huwelijk, zou de markt partijen op den duur een model (zoals het model in Canada) kunnen aanbieden, waarin partijen kunnen kiezen voor een bemiddelaar met een speciaal soort specialisme (financiële kennis, kennis over kinderen), in tegenstelling tot de keuze voor een deskundige uit een bepaalde beroepsgroep die (toevallig) ook bemiddelaar is.

Conclusie

Positief is dat het wetsvoorstel is aangenomen: er wordt een nieuwe eenvoudige procedure voor ontbinding van het huwelijk gecreëerd, waarin scheidingsbemiddeling een grote rol speelt. Bovendien wordt de norm dat ouders hun ouderschap na echtscheiding dienen te regelen en daarover reeds bij aanvang van de scheiding dienen na te denken, concreet in de wet opgenomen en uitgewerkt. Iets te optimistisch is mijns inziens het feit dat het wetsvoorstel nergens expliciet aanzet tot het gebruik van mediation, hetgeen lijkt te impliceren dat deze methode al zo is ingeburgerd dat nadere motivatie niet noodzakelijk is. Van een dergelijke inburgering is echter in de praktijk nog geen sprake. In die zin is het, negatief bezien, een gemiste kans dat niet op mediation wordt ingezet. In die zin kan het wetsvoorstel worden verbeterd, maar dienen met name initiatieven in de praktijk tot een grotere bekendheid met mediation te leiden. Een grotere bekendheid bij het grote publiek is echter niet voldoende. Mediation dient, en hier is bewijs in de zin van wetenschappelijk onderzoek voor, te worden 'gepromoot' als de te kiezen methode in geval van echtscheiding, met name als partijen kinderen hebben. Nu juist de verbetering van ouderschap na echtscheiding één van de speerpunten van beiden wetsvoorstellen is, is het aangenomen wetsvoorstel te mager.

Indien de administratieve scheiding een feit wordt, dient een AMvB snel duidelijkheid te bieden omtrent de eisen van deskundigheid en opleiding die aan de begeleider worden gesteld. Zolang er geen opleiding is die de basis is van een AMvB, zal thans alleen

20. HR 20 januari 2006, R05/021HR, LJN AU3724.

21. De discussie over en de vrees voor het onder druk zetten van een partij (destijds de echtgenoot zonder kinderen) speelde ook bij de wetsvoorstellen voor het invoeren van een procureurtoezicht echtscheiding. Zie hierover Chin-A-Fat (2004), par. 2.7.

22. Kamerstukken II 2005/06, 29 676, nr. 34, p. 2. Amendement Weekers van 22 november 2006.

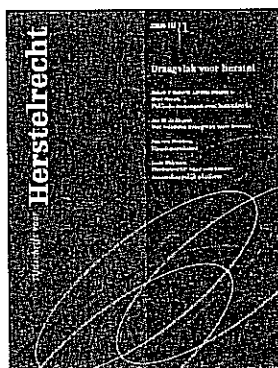
de VFAS de waarborg kunnen bieden. Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de rol van de mediator nog lang niet voldoende is uitgewerkt om in het nieuwe echtscheidingsrecht een voldoende en verantwoorde basis in de wet te krijgen. Voor de 'algemene bemiddelaar' is de eerste stap wel gezet en zal de ervaring moeten leren hoe de praktijk kwaliteit biedt. Het is nu aan de Eerste Kamer om het wetsvoorstel te verwerpen, zodat het nog kan worden aangepast.

Mr. drs. B.E.S. Chin-A-Fat

Naschrift

Op 21 juni 2006 verwierp de Eerste Kamer het wetsvoorstel Luchtenveld. Alleen D66 stemde vóór. De verwachting is dat de Tweede Kamer de behandeling zal oppakken van het concept-wetsvoorstel van minister Donner (Kamerstukken II 2004/05, 30 145). Gezien het vertrek van VVD-Kamerlid Luchtenveld uit de Tweede Kamer, die een betrekking als wethouder in Amersfoort heeft aanvaard en de recente val van het kabinet is echter niet te hopen dat wetswijzigingen op het terrein van het echtscheidingsrecht nu zeer veel vertraging zullen oplopen.

Tijdschrift voor Herstelrecht



- Het Nederlands-Vlaamse *Tijdschrift voor Herstelrecht* richt zich op de bestudering van nationale en internationale ontwikkelingen op het gebied van 'restorative justice'.
- De redactie stimuleert reflectie op vormen van conflictbeslechting waarbij de betrokkenen verantwoordelijkheid nemen, benadeelden erkend worden en veroorzakers van schade deze, met steun van naasten en maatschappelijke instellingen, herstellen of compenseren.
- De redactie bestaat uit deskundigen uit praktijk en wetenschap.

Abonnementsprijs per jaar

Instellingen/organisaties € 75,-
Particulieren € 49,-
inclusief BTW en verzendkosten
ISSN 1568-654x
Verschijnt vier keer per jaar

Voor meer informatie

Ga naar www.bju.nl

Direct een abonnement?

Bel (0522) 23 75 55

Bju

Boom Juridische uitgevers

Postbus 85576 2508 CG Den Haag tel. (070) 330 70 33 fax (070) 330 70 30
e-mail verkoop@bjui.nl website www.bju.nl

138-1