

Het ouderschapsplan als wondermiddel?

De rol van mediation in het nieuwe echtscheidingsrecht

B.E.S. Chin-A-Fat

1. Inleiding

In de afgelopen jaren heeft mediation zich een niet meer weg te denken plaats in het familierecht veroverd. Deze methode van conflictoplossing waarbij wordt beoogd op basis van (gemeenschappelijke) belangen duurzame afspraken over de gevolgen van een (echt)scheiding te bereiken, wordt door deskundigen werkzaam in de praktijk van het echtscheidingsrecht breed ondersteund. Mediation wordt eveneens naar tevredenheid van scheidende paren al veelvuldig toegepast, welke veelvuldigheid ook blijkt uit het grote aantal familierechtadvocaten dat tevens als scheidingsbemiddelaar werkzaam is.¹ Uit onderzoek blijkt dat scheidende paren niet alleen tevreden zijn over de procedure van een scheidingsbemiddeling, maar ook de uitkomsten daarvan rechtvaardig achten.² Het bestaan van minderjarige kinderen is voor veel paren een van de belangrijkste redenen voor scheidingsbemiddeling te kiezen. Het spreekt dan ook voor zich dat in wetsvoorstellen voor herziening van het echtscheidingsrecht mediation een belangrijke plaats inneemt.

In deze bijdrage staat de vraag centraal of de wijze waarop de toepassing en de verwachtingen van mediation in het recentelijk aangenomen wetsvoorstel zijn verwerkt, zullen leiden tot de beoogde doelstellingen. De rode draad in het verhaal is dat mediation niet als wondermiddel dient te worden beschouwd. Een analyse van de beschikbare kennis en praktijkervaring biedt echter inzicht in de momenten waarop het inzetten van mediation niet alleen op het moment van indienen van het verzoekschrift tot echt-

scheiding, maar ook na scheiding een duurzaam voortgezet ouderschap kan bewerkstelligen.

2. Nieuw echtscheidingsrecht

In juni 2004 en juni 2005 zijn respectievelijk twee (initiatief- en concept)wetsvoorstellen ingediend die het echtscheidingsrecht tamelijk ingrijpend beoogden te wijzigen. Het initiatiefwetsvoorstel van VVD-Kamerlid Luchtenveld³ is getiteld 'Beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap'; het wetsvoorstel van minister Donner heeft als titel 'Voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding'.⁴ De overeenkomst tussen de beide wetsvoorstellen is dat ouders worden verplicht een ouderschapsplan te overleggen bij hun verzoekschrift tot echtscheiding. Het voorstel van Luchtenveld bevat in tegenstelling tot het voorstel van Donner eveneens de mogelijkheid beëindiging van het huwelijk buiten de rechter om te laten plaatsvinden.

Inmiddels is het voorstel van Luchtenveld met de nodige amendementen⁵ (hierna: het wetsvoorstel) aangenomen, die ten dele tot een samensmelting van beide voorstellen hebben geleid.⁶ De overeenkomst tussen de wetsvoorstellen is vastgelegd: alle ouders dienen bij hun verzoekschrift tot echtscheiding/ontbinding van hun geregistreerd partnerschap een ouderschapsplan te overleggen. Deze verplichting geldt niet alleen voor ouders die zijn gehuwd, doch eveneens voor ouders die het gezamenlijk gezag over hun kinderen uitoefenen op grond van art. 1:252 BW (via een aan dit artikel toe te voegen lid 4 waarin de leden 3 en 4 van het nieuwe art. 1:251 BW van toepassing worden verklaard). Positief van deze wijziging is dat vanuit de gedachte 'het beschermen van kinderen' niet slechts van de fictie wordt uitgegaan dat er alleen kinderen binnen huwelijk bestaan.⁷

Een compromis tussen de wetsvoorstellen is bereikt door de introductie van de zogenaamde administratieve echtscheiding (art. 1:149a BW *nieuw*): de beëindiging van het huwelijk (met wederzijds goedvinden) kan eveneens buiten de rechter om plaatsvinden, doch alleen voor paren die niet gezamenlijk dan wel alleen het gezag over minderjarige kinderen uitoefenen (art. 1:149a0 BW *nieuw*).⁸ Simpel gesteld; de weg van de administratieve echtscheiding staat alleen open voor ouders zonder minderjarige kinderen. Bovendien zal de zogenaamde 'flitscheiding' worden afgeschaft.⁹

3. Doelen van een nieuw echtscheidingsrecht

Het aangenomen wetsvoorstel van Luchtenveld bevat de volgende doelstellingen. In de eerste plaats om 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. In mijn dissertatie formuleerde ik de volgende algemene doelstelling: het vormgeven van een zodanige procedure dat partijen zo veel mogelijk eigen verantwoordelijkheid dragen, waarbij zij de nodige bescherming en ondersteuning krijgen en – indien zij kinderen hebben – de kans op nieuwe conflicten in de toekomst wordt geminimaliseerd.¹⁰

Op welke manier kunnen deze doelen worden bereikt? Volgens Luchtenveld en Donner door het voegen van een zogenaamd ouderschapsplan bij het verzoekschrift tot echtscheiding verplicht te stellen. In het ouderschapsplan (art. 815 lid 2 Rv *nieuw*) dienen ouders afspraken over de volgende zaken vast te leggen: a) de manier waarop ouders hun zorg- en opvoedingstaken verdelen of het omgangsrecht van art. 377a 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.¹¹ Hoewel mediation een rol speelt in beide wetsvoorstellen, wordt in geen van de voorstellen een (verplichte) koppeling gemaakt tussen mediation en het ouderschapsplan. Dat is naar mijn mening een gemiste kans. Uit onderzoek blijkt immers dat scheidingsbemiddeling (mediation) mogelijkheden voor partners én hun kinderen biedt om effectief met conflicten om te gaan en om duurzame afspraken te maken. Scheidingsbemiddeling dient derhalve in een zo vroeg mogelijk stadium dat partijen uit elkaar gaan te worden gestimuleerd, maar het is daarbij niet zinvol scheidingsbemiddeling verplicht te stellen. Niet iedereen zal op een bepaald (het moment dat het spreken over de gevolgen van de echtscheiding start dan wel de aanvang van de echtscheidingsprocedure) moment succesvol door middel van scheidingsbemiddeling in staat zijn problemen het hoofd te bieden en conflicten op te lossen. Het is zinvoller mediation beschikbaar te stellen op het moment dat ouders hier voor bewust kunnen kiezen.

De vraag of het wetsvoorstel praktisch en effectief is in die zin dat het doel zal worden bereikt, dient naar mijn mening dan ook deels negatief te worden beantwoord. Praktisch gezien zet het wetsvoorstel niet aan tot verandering in de praktijk, nu er niet wordt 'ingezet' op mediation. Een kritiekpunt op beide voorstellen is dat de nadruk te veel ligt 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.¹²

Veel positiever is naar mijn mening dan ook dat in het wetsvoorstel (na amendement De Pater-van der Meer) expliciet de mogelijkheid voor de rechter is opgenomen (art. 818 lid 2 Rv *nieuw*) om partijen naar een bemiddelaar te verwijzen.¹³ In deze bepaling zijn echter geen eisen opgenomen die aan de bemiddelaar worden gesteld. 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 echtscheiding begeleidt:

onder omstandigheden kan het voor de hand liggen om een bemiddelaar met psychologische achtergrond te benoemen die niet per se 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.¹⁴

4. Mogelijkheden van mediation

Mediation dient het telkens beschikbare instrument te zijn dat ouders kunnen oppakken op het moment dat zij het nodig hebben. Het meest voor de hand liggend is vanzelfsprekend op het moment dat een scheiding in gang

wordt gezet; bij het feitelijk uit elkaar gaan. Op dat moment dient immers ook aandacht te worden besteed aan de scheidingsmelding; de kern voor conflictloos ouderschap na scheiding is immers het kunnen verwerken van het verbreken van de partnerrelatie.¹⁵ Het is onvermijdelijk dat er zich af en toe conflicten kunnen en zullen voordoen in het ouderschap na scheiding; er gaat altijd wel eens iets mis. Dat hoeft echter geen bedreiging voor het ouderschap te zijn als bij beide ouders het vertrouwen en respect in de ander als ouder bestaat en ouders erin slagen bepaalde hobbels te nemen en verder te gaan. Het wordt anders als het vertrouwen kapot is, de communicatie moeizaam verloopt of als externe factoren de praktische uitvoering van het ouderschap beïnvloeden, zoals een verhuizing of nieuwe partners. Zelfs ouders met de beste verhouding na scheiding en de beste bedoelingen kunnen voor moeilijkheden komen te staan.

Uit een grootschalig onderzoek uit Groot-Brittannië bleek dat veel van de geboden hulp op het moment van echtscheiding (informatiebijeenkomsten/mediation) niet het op lange termijn gewenste effect had. Ouders bleken meer behoefte te hebben aan praktische hulp op het moment dat zij de gemaakte afspraken daadwerkelijk moesten uitvoeren:

Few people have a realistic idea about the kinds of problems which can upset the 'apple-chart' when they prepare their Statement of Arrangements for children, and even a parenting plan can help them only so far. It is the lived reality of making contact work, when both the parents and their children are adjusting to a different kind of life, which reveals the tensions and strains which have to be addressed and the sacrifices which have to be made.¹⁶

De vraag is derhalve hoe kan worden voorkomen dat bovenstaande situaties ontaarden in langdurig conflict tussen de ouders, oftewel de meest bedreigende situatie voor kinderen.¹⁷ In Nederland komt steeds meer hulp voor ouders beschikbaar in de fase tussen het moment van (echt)scheiding waarop er nog geen vuiltje aan de lucht is en het andere eind van het continuüm wanneer nakoming van de afspraken (veelal van de omgangsregeling) door middel van een kort geding en inschakeling van de sterke arm dient te worden afgedwongen. Voorbeelden zijn zogenaamde omgangshuizen als neutrale plaats waar kinderen een ouder kunnen zien als om welke reden dan ook ouders niet zelfstandig contact tussen kind en ouder kunnen bewerkstelligen en de begeleide omgangsprojecten van bijvoorbeeld de Raad voor de Kinderbescherming in Maastricht.

Op welke wijze kan mediation een rol in het geheel bieden? Er kan door middel van normstelling door de overheid duidelijk worden gemaakt dat er maar één manier is om na een scheiding als ouders verder te kunnen: met elkaar praten en (leren) conflicten uit te praten en problemen op te lossen.¹⁸ De voordelen van scheidingsbemiddeling zijn bovendien tweeledig, namelijk zowel voor partners als voor hun kinderen. Partners worden in de gelegenheid gesteld hun partnerrelatie af te sluiten, de breuk te accepteren en te verwerken. Minderjarige kinderen wordt de gelegenheid geboden hun mening kenbaar maken, mee te praten zonder verantwoordelijkheid te dragen. Kinderen worden hierdoor serieus genomen. In het ouderschapsplan dient eveneens te zijn vermeld op welke wijze de kinderen betrokken zijn bij de opstelling van het ouderschapsplan (art. 815 lid 3 Rv). Als de ouders geen ouderschapsplan overleggen, kan de rechter op grond van art. 815 lid 5 Rv bepalen of daarin op een andere wijze kan worden voorzien; bijvoorbeeld naar een bemiddelaar verwijzen.

Uit onderzoek is ook bekend dat mediation, zeker in zaken waarin ouders al geruime tijd uit elkaar zijn en al daadwerkelijk uitvoering geven aan hun ouderschap na scheiding, geen wondermiddel is. In het wetsvoorstel wordt niet verplicht gesteld dat ouders het ouderschapsplan met behulp van een mediator dienen op te stellen. In veel gevallen is dat waarschijnlijk ook niet nodig en zullen ouders in staat zijn na te denken over de wijze waarop zij hun ouderschap zullen invullen. Door het ouderschapsplan verplicht te stellen op het moment van indienen van het verzoekschrift, wordt naar mijn mening voorbij gegaan aan de realiteit van de situatie van scheidende paren. Deze periode is immers veelal een onzekere periode; er doen zich verhuizingen voor, eventuele nieuwe partners komen om de hoek kijken en veelal maken mensen zich zorgen over hoe alles na de scheiding financieel te kunnen bolwerken. In het huidige echtscheidingsrecht is dan ook niet verplicht gesteld dat in het echtscheidingsverzoek alle overige nevenvoorzieningen eveneens worden verzocht en kan zowel de behandeling van de nevenvoorzieningen bij de rechter op een ander moment plaatsvinden dan het uitspreken (en vervolgens inschrijven in de registers van de burgerlijke stand) van de echtscheiding.

5. Conflicten na scheiding

In de praktijk blijkt dat veel ouders nog in conflict raken na hun (echt)scheiding. Via de media vernamen we in 2005 met enige regelmaat

hoe conflicten zodanig kunnen escaleren dat een ouder zijn of haar kinderen van het leven berooft. In het wetsvoorstel wordt een nieuwe gang naar de rechter gecreëerd voor geschillen bij gemeenschappelijk gezag. De ouder die bijvoorbeeld wordt geconfronteerd met een andere ouder die de omgang niet nakomt, kan de rechter via een schriftelijke aanvraag het geschil voorleggen (art. 1:253a BW *nieuw*).¹⁹ De rechtbank dient terstond nadat het geschil aan haar is voorgelegd binnen drie weken een mondelinge behandeling te gelasten. De snelheid die Luchtenveld beoogt door middel van deze regeling is te waarderen; niet alleen voor de ouder om een oplossing te krijgen, doch eveneens voor kinderen die bijvoorbeeld hangende een onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming lange tijd in onzekerheid leven.

Het wetsvoorstel is gebaseerd op de veronderstelling dat veel ouders voor mediation kiezen, hetgeen Luchtenveld zelfs als argument gebruikt in zijn voorstel voor een nieuwe procedure voor geschillen bij gezamenlijke gezagsuitoefening.²⁰ Hoewel op dit moment veel ouders die uit elkaar gaan voor scheidingsbemiddeling kiezen, is de vraag of dit aantal groeit als scheidingsbemiddeling niet actief wordt gestimuleerd als *best practice*, maar de deur wordt open gezet om via een schriftelijke aanvraag en zelfs zonder procureur de rechter te benaderen en binnen drie weken al op een mondelinge behandeling te mogen rekenen.

Hoewel Luchtenveld in zijn toelichting²¹ aangeeft te verwachten dat deze ouders veelal een mediationtraject zullen hebben doorlopen, is dat op dit moment nog niet het geval. Ouders krijgen na invoering van de wetswijziging een extra juridisch middel in handen, terwijl depolarisering en dejuridisering sinds 1971 kernwoorden zijn in de wijzigingen in het echtscheidingsrecht. Naar mijn mening dient de eerste wijziging de mentaliteitsverandering te zijn, zodat meer ouders het mediationtraject zullen hebben doorlopen. Pas na een aantal jaar zou deze mogelijkheid kunnen worden geboden als zou blijken dat de nieuwe normstelling geen mentaliteitsverandering teweeg heeft gebracht. Is het gevaar niet dat een ouder in zeer gecompliceerde (lees: geëscaleerde) zaken nu een nieuwe stok in de hand krijgt?

Luchtenveld spreekt in zijn toelichting over zijn voorstel als een ordemaatregel, die escalatie kan voorkomen. Naar mijn mening is het gevaar echter groter dat de gang naar de rechter juist nog meer escalatie zal veroorzaken.

De ene ouder krijgt waarschijnlijk deels gelijk, de ander zal zich verliezer voelen; de klassieke *lose-lose*-situatie bij procederen. Voorstelbaar is dat bij een principiële kwestie partijen de voorkeur geven aan een beslissing van de rechter. De vraag is echter hoe vaak uitvoeringsafspraken in het ouderschap principiële kwesties zijn, waarop een juridisch (en afdwingbaar!) antwoord valt te geven. Wat is immers het antwoord op de vraag of een ouder op vakantie naar een gevaarlijk land als Afghanistan mag? Is het te gevaarlijk voor een kind om in een huis van de andere ouder te komen waar katten zijn als het allergisch is, hoe laat is 'te laat' naar bed gaan voor een kind? De rechter kan weliswaar een knoop doorhakken, maar zullen partijen een week later niet tegen een nieuw punt aanlopen en opnieuw de rechter benaderen? Voelen rechters wel voor deze nieuwe ouderschaps-scheids-rechterrol? Luchtenveld geeft zelf immers ook aan: *'Het geschil is vaak niet van echt juridische aard'* – waarom dan een rechter inschakelen? – *'maar betreft de uitvoering van de heldere afspraken in het ouderschapsplan.'*²²

De praktijk leert helaas dat afspraken niet altijd even helder zijn. Juist in deze gevallen zal een (scheids)rechter geen duurzame oplossing bieden. Een analyse van het conflict (waar gaat het werkelijk om?) kan slechts in een ander forum dan in de rechtszaal worden gemaakt. Pas dan kan worden bepaald welke interventie een oplossing kan bieden; verschillen ouders van mening over een pedagogische kwestie, dan kan een wellicht een psycholoog/pedagoog-mediator worden ingeschakeld. Komen partijen vanwege gebrekkige communicatie niet tot een oplossing, dan kan wellicht een mediator die specifiek aan de communicatie kan werken worden ingeschakeld. Wellicht is zelfs een andere interventie dan mediation zinvoller.

Donner doet in zijn brief van 18 november 2005 nog een schepje op deze polarisatie. Donner stelt voor de verzoekschriftprocedure en hoger beroep voor deze zaken (geschillen bij gezamenlijk gezag na scheiding) voor te schrijven en motiveert dit als volgt²³ (op zich is het geen vreemde gedachte het benaderen van de rechter binnen de bestaande juridische kaders te houden, doch ook de gedachtegang van Donner strookt niet met de doelstellingen van beide wetsvoorstellen): [in deze situaties] *'kunnen de emoties van de ouders hoog oplopen. Ik ben van mening dat een advocaat in deze situaties een zeeffunctie kan vervullen en vaak in staat is om een minnelijke schikking te treffen. De communicatie tussen de ouders is in deze situaties vaak verstoord.'*²⁴ Met deze opmerking slaat Donner eerst de spijker op de kop, maar met de volgende opmerking slaat hij de plank weer mis: *'De advocaat kan deze com-*

*municatie in bepaalde situaties weer op gang helpen.*²⁵ Naar mijn mening zijn het de ouders die moeten leren de communicatie weer op gang te brengen.

Voor de zaken van vóór het wetsvoorstel waarin nieuwe conflicten zich steeds opnieuw aandienen (bij gebrek aan mediation bij het uit elkaar gaan), dient een specifiek voor 'zwaardere gevallen' ontwikkelde wijze van onderzoek te worden aangeboden dan wel opgelegd. Bij rechtbanken en gerechtshoven wordt meer en meer gebruik gemaakt van het deskundigenonderzoek met toepassing van mediation, met welke methode goede resultaten worden behaald (deze methode werd voorheen wel forensische mediation genoemd).²⁶ Het wetsvoorstel dient nader te worden uitgewerkt zodat er concreet aandacht is voor de grote verscheidenheid in de praktijk in de mate en aard van het conflict: van licht tot zwaar op een continuüm en de soort interventie die daarop, gekoppeld aan een bepaald plek op het continuüm, kan worden afgestemd.

6. Positie van minderjarige kinderen

In een eerdere versie van het wetsvoorstel was de plicht opgenomen voor de scheidingsbemiddelaar om bij de administratieve echtscheiding kinderen vanaf 8 jaar te horen.²⁷ In het aangenomen wetsvoorstel is geen nieuwe bepaling omtrent het horen van minderjarigen opgenomen, doch worden (conform ook eerder het wetsvoorstel van Donner) de belangen van minderjarige kinderen gewaarborgd door ouders te verplichten te vermelden op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan (art. 815 lid 3 Rv).²⁸ Dat is niet alleen onvoldoende recht doen aan de rechten van minderjarige kinderen, maar ook aan hun wensen en mogelijkheden. Minderjarige kinderen (eigenlijk niet alleen minderjarige kinderen) dienen te worden betrokken bij de scheidingsbemiddeling van hun ouders, zonder het stellen van een leeftijdsgrens. De positie van de kinderen zal het sterkst kunnen zijn als hun ouders niet in aanhoudend conflict verwickeld zijn en als zij hun mening mogen geven. Uit onderzoek is gebleken dat kinderen goed in staat zijn hun mening in een bemiddeling naar voren te brengen.²⁹ Uit Nederlands onderzoek is inmiddels gebleken dat kinderen in echtscheidingssituaties de voorkeur geven aan het spreken met iemand in hun directe omgeving, zoals bijvoorbeeld school, zodat deze persoon laagdrempelig kan worden bereikt.³⁰ Naar de wijze waarop kinderen in Nederland bij scheidingsbemiddelingen kunnen worden betrokken, dient nog meer onderzoek te worden verricht, hoewel in de praktijk

dit meer en meer voorkomt.³¹ In onderzoek uit 2001 bleek dat 36% van de kinderen met de scheidingsbemiddelaar had willen praten.³²

7. De deskundigheid van de scheidingsbemiddelaar

Het spreekt voor zich dat het welslagen van een scheidingsbemiddeling niet alleen afhankelijk is van de inzet van partijen, doch eveneens van de kwaliteit van de begeleiding die zij krijgen. Wanneer partijen een administratieve echtscheiding wensen, dienen zij een overeenkomst op te stellen en een verklaring waarin zij aangeven dat hun huwelijk duurzaam is ontworpen en dat zij het huwelijk met wederzijds goedvinden wensen te beëindigen (art. 1:149a BW *nieuw*). Deze verklaring van partijen dient te worden ondertekend door een advocaat, notaris of scheidingsbemiddelaar (lid 4 sub b BW). In het wetsvoorstel is opgenomen dat bij de administratieve echtscheiding de eisen die aan de scheidingsbemiddelaar worden gesteld bij Algemene Maatregel van Bestuur (hierna: AMvB) zullen worden vastgesteld (art. 1:149b BW *nieuw*) (evenals bij verwijzing naar een bemiddeling bij geschillen in de uitoefening van het gezamenlijk gezag en bij problemen bij de omgangsregeling). In eerdere versies van het wetsvoorstel was de eis lidmaatschap van de Vereniging van FamilierechtAdvocaten en Scheidingsbemiddelaars (hierna: VFAS) of de Vereniging van Samenwerkende Mediators in het Notariaat (VSMN). In een amendement (niet overgenomen) gaf Weekers aan dat het niet voor de hand ligt lidmaatschap van een vereniging te eisen, nu immers statuten kunnen worden gewijzigd.³³

De scheidingsbemiddelaar heeft een belangrijke taak, met name wanneer partijen voor de administratieve echtscheiding (kunnen) kiezen; de scheidingsbemiddelaar is dan immers degene (mits partijen naast de bemiddelaar een eigen advocaat inschakelen) die partijen ook dient te informeren over de juridische (en bij voorkeur ook fiscale) gevolgen van hun beslissingen. De rechter vervult dan immers deze toets niet en deze taak kan evenmin bij de ambtenaar van de burgerlijke stand worden neergelegd. Dit betekent per definitie dat de scheidingsbemiddelaar die partijen bijstaat bij een buitengerechtelijke scheiding over deze kennis en ervaring dient te beschikken. Op dit moment is de VFAS de enige organisatie die deze zekerheid kan bieden. Van deze groep is immers bekend dat zij ervaring hebben op het terrein van het familierecht, een opleiding tot bemiddelaar hebben gevolgd, evenals kennis van enkele specialistische gebieden zoals huwelijksvermogensrecht, levensverzekeringen en dergelijke. Van een 'gewoon'

advocaat (voorgestelde ondertekening door notaris of advocaat zoals bij de flitsscheiding) of de notaris is deze zekerheid er niet (art. 149a lid 4 sub b BW). Donner heeft echter aangegeven niet een bepaalde vereniging een monopoliepositie te willen geven. Dit is zeer begrijpelijk, echter alleen zolang de AMvB met de daarin gestelde eisen en duidelijk is wat voor een soort opleiding daaraan is gekoppeld nog niet is opgesteld. Daarbij dient vanzelfsprekend te moeten worden opgemerkt dat ook binnen het specialisme echtscheiding (zowel het menselijk proces van het scheiden als het juridisch) in ingewikkelde zaken ook deskundigheid van buitenaf dient te worden ingeroepen; pensioensverevening bijvoorbeeld is een specialisme op zich. Ook de advocaat-scheidingsbemiddelaar dient de grenzen van zijn eigen kennis te kennen. Het vak scheidingsbemiddelaar is derhalve een specialisme op zich, hetgeen betekent dat een aparte gespecialiseerde opleiding noodzakelijk is. Daarnaast zijn er natuurlijk ook de mediators die zich op een deelaspect van de scheiding begeven (kinderen of financieel) en blijft samenwerking voor de hand liggend. Paren dienen echter een keuze te kunnen maken: wie hebben wij nodig?³⁴

Opvallend en ten onrechte is in het wetsvoorstel bepaald dat de scheidingsbemiddelaar verantwoordelijk is voor de inhoud van de beëindigingsovereenkomst. De scheidingsbemiddelaar dient volgens het wetsvoorstel echtgenoten te informeren over de toepasselijke wettelijke bepalingen en de rechtsgevolgen van de beëindiging van hun huwelijk en de door de echtgenoten te maken keuzes. Hij moet verder toetsen of hun beider belangen in acht zijn genomen bij de opstelling van de beëindigingsovereenkomst van art. 1:150 BW; als dat niet het geval is, kan de scheidingsbemiddelaar de verklaring niet tekenen (art. 1:149a BW). Deze bepaling dient te worden aangepast: partijen zijn de eigenaar van hun afspraken, doch de scheidingsbemiddelaar is er (slechts) voor verantwoordelijk dat partijen op basis van *informed consent* hun beslissingen kunnen nemen.

8. Conclusie

Het wetsvoorstel geeft een uitdrukkelijke aanzet voor een mentaliteitsverandering door een aantal nieuwe normen met betrekking tot ouderschap na scheiding neer te leggen. Naar mijn mening dient echter nog een norm te worden toegevoegd: scheidingsbemiddeling dient de primaire weg te zijn die paren bewandelen als zij uit elkaar gaan, ongeacht de juridische vorm waarin de relatie is vorm gegeven en ongeacht de aanwezigheid van

minderjarige kinderen. Het wetsvoorstel kan bovendien op een aantal punten worden verbeterd in die zin dat de praktische uitvoering van ouderschap ook makkelijker wordt gemaakt. Alleen nieuwe normen opnemen is daarvoor niet voldoende.

Een eerste verbetering is het alsnog opnemen van de mogelijkheid minderjarige kinderen een plaats te geven in het proces van hetzij de scheiding, hetzij de conflicten na scheiding. Dit is mogelijk door een derde (bemiddelaar/vertrouwenspersoon) met deze minderjarige kinderen te laten spreken (i.e. een expliciet verschil met horen). Een tweede verbetering is het laten vallen van de verplichte koppeling tussen het ouderschapsplan en het moment van indienen van het verzoekschrift. Door deze koppeling wordt niet alleen voorbijgegaan aan het menselijk proces van scheiden, maar eveneens aan de dynamiek van ouderschap na scheiding. Ouderschap en de conflicten daarin na scheiding dienen te worden gezien op een continuüm, waarop verschillende interventies beschikbaar zijn. Deze interventies kunnen variëren van een 'lichte' scheidingsbemiddeling bij echtscheiding via begeleide omgangsregelingen tot een deskundigenbericht met toepassing van mediation. Door een dergelijke visie en aanpak wordt niet alleen het (echt)scheidingsrecht voor iedereen beter, maar ook de praktijk van ouderschap na scheiding. De regeling in het wetsvoorstel voor conflicten bij gezamenlijk gezag na scheiding is echter geen stap op de goede weg (depolarisering), doch juist een stap terug. Als het aangenomen wetsvoorstel tot wet wordt verheven, zal het over drie tot zes jaar worden geëvalueerd, pas dan kan worden gezien of een dergelijke extra wettelijke regeling via de rechter (nog) noodzakelijk is.

Samengevat leidt, om in mediationstermen te blijven, de 'fusie' van de beide wetsvoorstellen niet tot een win-winsituatie. Het is nu aan de Eerste Kamer de nodige stappen te zetten, zodat op korte termijn alsnog een win-winsituatie voor zowel ouders als kinderen kan worden bereikt.

Noten

1. In deze bijdrage hanteer ik de term scheiding om alle situaties aan te duiden waarin twee partners (al dan niet met kinderen) besluiten om uit elkaar te gaan. Daarbij worden de termen mediation en scheidingsbemiddeling afwisselend door elkaar gebruikt.
2. Zie voor een recent overzicht waarin eveneens voorstellen voor toekomstig onderzoek worden gedaan: Kelly, J.B. (2004), p. 3-35.

3. Kamerstukken II 2003-2004, 29 676.
4. Kamerstukken II 2004-2005, 30 145.
5. Het CDA, de SGP en de ChristenUnie stemden tegen. Handelingen II 2005-2006, 27-1862. Zie ook: Heida, A. (2006), p. 8-12.
6. De suggestie tot samensmelting is in de literatuur meerdere malen gedaan. Zie bijvoorbeeld: Nuytinck, P.M.M. (2005), p. 1046-1047 en Vlaardingerbroek, P. (2005), p. 293.
7. De vraag is echter op welke wijze deze ouders 'in het zicht' van de overheid komen, zodat deze regel kan worden gehandhaafd. In art. 1:251 BW wordt immers niet gesproken van een verbreken van de relatie dan wel het opheffen van het gemeenschappelijk gezag; in het nieuwe lid 3 wordt immers gesproken over de ontbinding van het huwelijk. Er wordt wel aangegeven dat er dient te worden gelezen 'een specifiek voor daartoe opgestelde overeenkomst (dus niet na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed), maar niet duidelijk is waarop de term 'daartoe' slaat.
8. Na amendement Kalsbeek en De Pater-van der Meer. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 25.
9. De route van de omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap (art. 1:149 sub e BW jo art. 1:77a BW), waarna het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden wordt beëindigd via de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt wel aangeduid als de flits scheiding. Deze wijze van scheiden levert in de praktijk echter regelmatig problemen op. Zie bijvoorbeeld: Gijbels, L.J.H. (2003), p. 127-130.
10. Chin-A-Fat, B.E.S. (2004).
11. 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.'*
12. 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 procureurloze echtscheiding. Zie hierover Chin-A-Fat (2004), paragraaf 2.7.
13. *'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.'* (art. 818 Rv).
14. Amendement De Pater-van der Meer. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676 nr. 29, p. 2.
15. Uitgaande van de veronderstelling dat er geen redenen in het ouderschap zelf zijn die een barrière vormen, zoals kindermishandeling.
16. Walker, J. (2004), p. xxviii.
17. Spruijt, E. (2005).
18. Een andere nieuwe norm in het wetsvoorstel is de plicht van de ouder de ontwikkeling van de band van het kind met de andere ouder te bevorderen (art. 1:247 lid 3 BW *nieuw*).

19. Luchtenveld verwacht dat deze geschillen veelal betrekking zullen hebben op niet-nakoming van een omgangsregeling.
20. 'Partijen hebben veelal een mediationtraject doorlopen (dit zal in toenemende mate het geval zijn).' Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 33, p. 2.
21. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 33, p. 2.
22. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 33, p. 3.
23. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 32, p. 2.
24. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 32, p. 2.
25. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 32, p. 2. Overigens gaf Donner in zijn brief van 29 maart 2005 aan te verwachten dat het voorstel van Luchtenveld ouders meer mogelijkheden bood hun strijd voort te zetten, doch doelde hier met name op het opnemen van een gelijkwaardig ouderschap in de zin van een gelijke tijdsverdeling en het opnemen van een minimumnorm voor omgang. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 8, p. 7.
26. Zie: www.forensischemediation.nl. Teeffelen, P.A.J.Th. van (2005).
27. Zie een aangepaste versie van art. 1:149b BW. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 15, p. 2.
28. In het wetsvoorstel is op andere wijzen geprobeerd de positie van minderjarige te versterken. Onder meer door het opnemen van een informele rechtsingang in de nieuwe geschillenregeling bij gemeenschappelijk gezag (art. 253a lid 8 BW) en door de benoeming van een bijzonder curator ook mogelijk te maken voor rechters anders dan kantonrechters in zaken waarbij de minderjarige rechtstreeks is betrokken (art. 1: 250 BW).
29. Zie bijvoorbeeld: McIntosh, J. (2000), p. 5-69 en Smart, C. (2002), p. 307-318.
30. Alarcon Moena (2004).
31. Zie voor een beschrijving van een methode: Leuven, C. van, Hendriks, A. (2003).
32. Van 48 vragenlijsten (waarbij de respons 62% bedroeg). Chin-A-Fat, B.E.S., Steketee, M.J. (2001).
33. Kamerstukken II 2005-2006, 29 676, nr. 34, p. 2.
34. Zie bijvoorbeeld Chin-A-Fat (2004), p. 338 over het Canadese systeem van *Family Mediation Canada* waar er meerdere 'soorten' gecertificeerde scheidingsbemiddelaars zijn, zodat paren kunnen kiezen welke specifieke deskundigheid zij nodig hebben. Is er sprake van een 'gemiddelde' scheiding zodat een paar voor een alles-in-een-scheidingsbemiddelaar kiest? Kommen paren er over de kinderen wel uit, maar is de verrekening conform de huwelijksvoorwaarden of de verdeling van de gemeenschap ingewikkeld of vice versa?

Literatuur

- Alarcon Moena [e.a.] (2004) Vertrouwenspersoon voor jongeren met scheidings- en omgangsproblematiek. Verslag in opdracht van het Ministerie van VWS. Collegio.
- Chin-A-Fat, B.E.S. (2004) *Scheiden (ter)echter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*. Den Haag: Sdu.

- ChIn-A-Fat, B.E.S., Steketee, M.J. (2001) *Bemiddeling in uitvoering. Evaluatie Experimenten Scheidings- en Omgangsbemiddeling*. Utrecht: Verwey-Jonker Instituut.
- Gijbels, L.J.H. (2003) Reparatie van de flits scheiding. *Tijdschrift voor scheidingsrecht (EB)* 9, p. 127-130.
- Heida, A. (2006) Wetsvoorstel Luchtenveld door Tweede Kamer aangenomen. *EchtscheidingBulletin* 1, p. 8-12.
- Kelly, J.B. (2004) Family mediation research: is there empirical research support for the field? *Conflict Resolution Quarterly* 1-2, p. 3-35.
- Leuven, C. van, Hendriks, A. (2003) *Kind in bemiddeling*. Molenschot: Jabalis B.V.
- McIntosh, J. (2000) Child Inclusive Divorce Mediation: Report on a Qualitative Research Study. *Mediation Quarterly* 1, p. 5-69.
- Nuytinck, P.M.M. (2005) Reactie. Scheiden op z'n Luchtenvelde of scheiden op z'n Donners? *Allebeil Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 6648, p. 1046-1047.
- Smart, C. (2002) From children's shoes to children's voices. *Family Court Review* 40, p. 307-318.
- Spruijt, E. [e.a.] (2005) *Effecten van het volgen van KIES: Kinderen in Echtscheiding Situatie*. Utrecht: Kinder- en Jeugdstudies (www.klassenwerk.com).
- Teeffelen, P.A.J.Th., van (2005) Forensische conflictbemiddeling in gezags- en omgangszaken bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (1) en (2) in resp. *EchtscheidingBulletin* 10, p. 140-146 en 11/12, p. 153-158.
- Vlaardingerbroek, P. (2005) Mediation tussen beiden wetsvoorstellen. *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 12, p. 293.
- Walker, J., [e.a.] (2004) *Picking up the pieces. Marriage and Divorce Two Years After Information Provision*. University of Newcastle Upon Tyne.