

# Nederlands echtscheidingsrecht en *the CEFL Principles on Divorce* Welke is 'the Better Law'?<sup>1</sup>

Masha Antokolskaia

MEVROUW DE RECTOR MAGNIFICUS, DAMES EN HEREN, DEAR FOREIGN GUESTS

## 1. INLEIDING

Vijfendertig jaar geleden, in 1971, werd het Nederlandse echtscheidingsrecht ingrijpend hervormd. Het is nauwelijks overdreven om te zeggen dat het echtscheidingsrecht de politieke en academische wereld sindsdien bijna continue heeft bezig gehouden. Tientallen veranderingen werden gesuggereerd, besproken en verworpen, vele anderen hebben wél het wetboek gehaald. Als gevolg van die permanente vernieuwing is het Nederlandse echtscheidingsrecht uitgegroeid tot een van de modernste en toegankelijkste in Europa.

Ook op dit moment is er beslist geen sprake van een rustige periode. Op 20 juni jl. is een initiatiefwetsvoorstel dat administratieve echtscheiding trachtte te introduceren door de Eerste Kamer verworpen.<sup>2</sup> Momenteel is een regeringswetsvoorstel dat het echtscheidingsproces significant dreigt te verzwaren, aanhangig in de Tweede Kamer.<sup>3</sup> Tijdens de behandeling van beide wetsvoorstellen is, geheel in overeenstemming met de Nederlandse traditie, ook veel over de grens gekeken.

Daarbij heeft men echter nagenoeg geen aandacht besteed aan een nieuwe bron van informatie: de *Principles of European Family Law Regarding Divorce* van de *Commission on European Family Law*, afgekort tot CEFL.<sup>4</sup> Dat is opmerkelijk, omdat de CEFL deze *Principles* juist heeft ontworpen om te dienen als een bron van inspiratie voor wetgevers die hervormingen van het nationale echtscheidingsrecht recht voor ogen hebben.<sup>5</sup> Sterker nog, de *Principles* suggereren impliciet de 'better law' te bevatten. Dat wil zeggen dat ze de 'beste' oplossingen zouden vertegenwoordigen die de landen in Europa te bieden hebben. Als dat

---

<sup>1</sup> De verkorte versie van deze rede wordt gepubliceerd in de 11<sup>de</sup> aflevering van het Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht van dit jaar.

<sup>2</sup> Wet Beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap, *Kamerstukken I* 2005/06, 29 676, nr. A-B.

<sup>3</sup> Wet Bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 1-4.

<sup>4</sup> Zie: <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl>

<sup>5</sup> K. Boele-Woelki, 'Comparative Research-based Drafting of Principles of European Family Law' in: M. Faure et al. (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2002, p. 182.

juist is, is het natuurlijk al helemaal jammer om zo'n verzameling beste oplossingen niet bij de wetsherziening te betrekken.

Aan de andere kant is het Nederlandse echtscheidingrecht, zo niet wat betreft de formele regelingen, dan toch wel in de praktijk, een van de meest vooruitstrevende stelsels in Europa. Misschien zijn sommige Nederlandse regels toch beter dan die van de *Principles*? Het lijkt interessant om de regels van de *Principles* eens te vergelijken met de corresponderende regels van het Nederlandse echtscheidingsrecht. Het praktische nut van deze exercitie is om te bezien wat de *Principles* het Nederlands recht kunnen bieden. Of misschien omgekeerd, om te concluderen dat de ontwerpers van de *Principles* in sommige gevallen beter het Nederlandse voorbeeld hadden kunnen volgen.

Om deze vergelijking te bewerkstelligen, moeten eerst de *Principles* en de *Commission on European Family Law* wat beter worden geïntroduceerd. Vervolgens zal ik uitleggen wat, in het jargon van de *European Private Law*, het begrip 'better law' eigenlijk inhoudt. En proberen om de ideologische dimensie bloot te leggen van de zoektocht naar een 'beter' echtscheidingsrecht. Daarna volgt de vergelijking van de *Principles* met de relevante regels van het Nederlandse echtscheidingsrecht.

Nog één opmerking. De CEFL *Principles* over echtscheiding bevatten slechts 10 artikelen. Ze zijn niet bedoeld om alle aspecten van echtscheidingsrecht te regelen. De *Principles* hebben vooral betrekking op de echtscheidingsgronden, en op de relatie tussen de ontbinding van het huwelijk als zodanig, enerzijds, en de afwikkeling van de gevolgen daarvan, anderzijds. Om die reden zal ook mijn vergelijking slechts op deze twee punten betrekking hebben.

## **2. DE COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW (CEFL) EN DE PRINCIPLES OF EUROPEAN FAMILY LAW REGARDING DIVORCE**

The *Commission on European Family Law* is opgericht in 2001 te Utrecht. De CEFL is één van een reeks academische initiatieven<sup>6</sup> die zich de laatste decennia met de harmonisatie van het privaatrecht in Europa bezig is gaan houden. Zoals al deze projecten, is de CEFL een zuiver academische club zonder enige politieke autorisatie. De CEFL bestaat uit

---

<sup>6</sup> De belangrijkste andere projecten zijn: *The UNIDROIT Commission for the Principles for International Commercial Contracts* opgericht in 1980; *the Commission on European Contract Law*, ook bekend als *Lando Commission*), opgericht in 1982; *the European Group on Tort Law* en *the Project on the Common Core of European Private law*, geïnitieerd in 1992; *The Project on the European Code of Contract* en *The Project on Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, zijn begonnen in 1994; *the International Working Group on European Trust Law* is opgericht in 1996; en *the Study Group on a European Civil Code* is in 1998 van start gegaan.

onafhankelijke deskundigen uit 22 West- en Oost-Europese jurisdicties. Het doel van de CEFL is het uitwerken van niet-bindende *Principles on European Family Law*. Die kunnen dienen als bron van informatie en inspiratie, maar ook als referentiekader of model, voor nationale en supranationale wetgevers.<sup>7</sup> Daardoor zou op den duur een spontane *bottom-up* harmonisatie van het familierecht in Europa kunnen worden bevorderd. De eerste onderwerpen die de CEFL voor haar activiteiten heeft gekozen, zijn de echtscheidingsgronden, en de onderhoudsverplichtingen van ex-echtgenoten. De CEFL *Principles of European Family Law Regarding Divorce* zijn in 2004 gepubliceerd.<sup>8</sup> De *Principles* zijn ontworpen op basis van uitgebreide nationale rapporten<sup>9</sup> die over elk land door de nationale experts zijn opgesteld.<sup>10</sup>

### **3. Het ontwerpen van de *Principles*: de ‘Common core’ en de ‘better law’ methoden**

Als men de nationale rapporten over echtscheiding bekijkt, valt meteen op hoe groot de verscheidenheid aan regels is. Aan de ene kant zijn er nog landen, waar de zogenaamde ‘schuldgronden’ zijn gehandhaafd. Denk aan overspel en dergelijke. Aan de andere kant zijn er landen, die zelfs het concept van de echtscheidingsgrond als zodanig hebben afgeschaft, zodat een echtscheiding wordt uitgesproken op het simpele verzoek, zonder opgave van redenen, van een of beide echtgenoten. Dat maakt het geen gemakkelijke taak om te bepalen welke van die uiteenlopende nationale regels als uitgangspunt voor de CEFL *Principles* moet worden gekozen.

Om het probleem van dit soort keuzes op te lossen, wordt in alle harmonisatieprojecten gebruik gemaakt van twee methoden: de zogenaamde ‘*common core*’ en ‘*better law*’ methoden.<sup>11</sup>

De ‘*common core*’ methode houdt in dat de ontwerpers een regel selecteren die in alle, of tenminste in de meeste, van de onderzochte stelsels aanwezig is. Die regel wordt

---

<sup>7</sup> Zie: K. Boele-Woelki (2002), p. 178-185 (zie noot 5); en K. Boele-Woelki, ‘B(l)oeiend vergelijkend familierecht: de Commission on European Family Law’ in: K. Boele-Woelki, C. Brants & G. Steenhoff (red.), *Het plezier van de rechtsvergelijking. Opstellen over unificatie en harmonisatie van het recht in Europa aangeboden aan prof. mr. E. H. Hondius*, Deventer: Kluwer 2003, p. 141-159.

<sup>8</sup> K. Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2004, verder aangehaald als ‘*Principles*’.

<sup>9</sup> De integrale nationale rapporten zijn op de CEFL website gepubliceerd: <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl> > working field 1. Een per vraag geïntegreerde versie is gepubliceerd in: K. Boele-Woelki, B. Braat & I. Sumner (eds.), *Grounds for Divorce*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2003.

<sup>10</sup> Zie: K. Boele-Woelki, ‘The Working Method of the Commission on European Family Law’ in: K. Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2005, p. 15-41.

<sup>11</sup> Voor meer over die methoden zie: M.V. Antokolskaia, ‘The “Better Law” Approach and the Harmonisation of Family Law’ in: K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2003, p. 159-183.

vervolgens in de *Principles* gebruikt. In het geval van het echtscheidingsrecht, waar de verscheidenheid aan regels zeer groot is, zijn de mogelijkheden van de ‘*common core*’ methode tamelijk beperkt. Slechts ongeveer de helft van de *Principles* is met behulp van de ‘*common core*’ methode ontworpen.<sup>12</sup>

In de andere gevallen is de verscheidenheid zo groot dat de *common core* methode geen oplossing biedt. Soms is wel een gemeenschappelijke regel te vinden, maar voldoet de kwaliteit of de moderniteit van die regel niet aan de eisen van de ontwerpers. In beide gevallen moet dan op de ‘*better law*’ methode worden overgegaan. Deze houdt in dat de ontwerpers voor een bepaalde regel kiezen op grond van de kwaliteit daarvan, ondanks dat die regel slechts in een minderheid van de betrokken stelsels voorkomt. Daarmee wordt die regel tot de ‘betere’ regel gebombardeerd. Het is ook mogelijk dat de ontwerpers geen enkele bestaande regel goed genoeg vinden, en er voor kiezen om zelf een ‘betere’ regel te creëren.<sup>13</sup>

#### 4. WAT IS ‘*BETTER LAW*’?

Dit roept uiteraard de vraag op of het überhaupt wel mogelijk is om te bepalen dat de ene regel van het echtscheidingsrecht beter is dan de andere. Het grootste probleem is dat de keuzes die worden gemaakt in verband met het echtscheidingsrecht, altijd politiek zijn gekleurd. De politieke dimensie van het familierecht in Europa heeft diepe historische wortels. Wat wij de ‘modernisering’ van het familierecht noemen is een pan-Europees proces dat plaatsvindt grofweg sinds het einde van de achttiende eeuw. Sinds de Verlichting en de Franse Revolutie is elk afzonderlijk Europees land als het ware gesplitst geweest in een progressief kamp van voorstanders van modernisering van huwelijk en echtscheiding, en een conservatief kamp van tegenstanders daarvan. De precieze samenstelling van beide kampen verschilt van land tot land, en van periode tot periode, maar de grote lijnen zijn evident in heel Europa herkenbaar aanwezig. De ideologische verschillen tussen deze twee rivaliserende stromingen maken tot op de dag van vandaag de ontwikkeling van algemeen gedeelde waarden en doelstellingen op het gebied van het echtscheidingsrecht zo goed als onmogelijk. De keuze voor een ‘*better law*’ kan dus niet op algemeen gedeelde Europese waarden worden gegrond, omdat zulke waarden simpelweg niet bestaan.<sup>14</sup> Ook de mensenrechten bieden geen uitkomst, omdat zelfs het recht op echtscheiding als zodanig tot op heden niet door het

---

<sup>12</sup> Zie: tabel 1 op p. 33-34 in: K. Boele-Woelki (2005), p. 15-41(zie noot 10).

<sup>13</sup> Zie: M.V. Antokolskaia (2003), p.162 (zie noot 11).

<sup>14</sup> M.V. Antokolskaia, ‘Objectives and Values of Substantive Family Law’ in: J. Meeusen et al. (eds.), *European Family Law for the European Union*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2006, ter perse.

Europese Hof voor de Rechten van de Mens is erkend als een mensenrecht dat wordt beschermd door het EVRM.

Op andere gebieden van het privaatrecht, zoals bij voorbeeld het contractenrecht, wordt als criterium voor de selectie van een ‘betere’ regel vaak de *efficiëntie* van een regel gesuggereerd. Op het terrein van echtscheidingsrecht werkt dat criterium echter niet. Om regels op hun punt van hun efficiëntie te kunnen vergelijken moet er tenminste overstemming zijn over de *doelstellingen* die men wil bereiken. Op sterk economisch georiënteerde terreinen van het privaatrecht, zoals het contractenrecht, bestaat over die doelstellingen tot op zekere hoogte nog wel consensus. In het echtscheidingsrecht bestaat die consensus echter niet. Het politieke beleid ten opzichte van het echtscheidingsrecht loopt zozeer uiteen, dat de doelen die de verschillende politieke stromingen voorstaan soms rechtstreeks tegenovergesteld zijn.

De conclusie lijkt onontkoombaar dat het vinden van een objectief en algemeen gedeeld criterium voor het ‘betere’ echtscheidingsrecht nagenoeg onmogelijk is. In het politiek verdeelde Europa is elk criterium ideologiegekleurd en dus subjectief. De keuzes die de CEFL met betrekking tot de ‘*better law*’ heeft gemaakt zijn niet altijd even uitvoerig gemotiveerd. Een analyse maakt echter duidelijk dat de CEFL de ‘*better law*’ in het algemeen identificeert met het meest moderne en permissieve echtscheidingsrecht. Dit criterium zal ik ook hanteren in mijn vergelijking van de CEFL regels met het Nederlandse echtscheiding recht. Maar het moet wel duidelijk zijn, dat het criterium van moderniteit en permissiviteit van het echtscheidingsrecht net zo subjectief en politiek gekleurd is als alle andere, en geen absolute waardepretentie kan hebben. Wie zich daarnaar richt, bekent onherroepelijk zijn sympathie voor het progressieve kamp.

Dat klinkt misschien ernstiger dan ik het bedoel. Er zijn tenminste twee goede redenen waarom het toch verdedigbaar is om zich te richten op zulke aanvechtbare criteria als moderniteit en toegankelijkheid.

De eerste reden is een kwestie van historische ontwikkeling. Historische analyse laat zien dat het familierecht in Europa zich vanaf de Verlichting overal in een en dezelfde richting heeft ontwikkeld: van meer restrictieve naar meer permissieve regels.<sup>15</sup> Als men een herziening van het echtscheidingsrecht overweegt, kijkt men meestal vooruit, niet achteruit. Ook voor het Nederlandse echtscheidingsrecht is verdergaande modernisering een vaste tendens. Daarom zal ook de Nederlandse wetgever in het algemeen de meeste belangstelling

---

<sup>15</sup> Zie mijn bijdragen aan het Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (M. Antokolskaia, I. de Hondt & G. Steenhoff, *Een zoektocht naar Europees familierecht*, Kluwer: Deventer 1999). En mijn recente monografie: *Harmonisation of Family Law from a Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2006.

hebben voor regelingen die door gerenommeerde experts als het meest modern en permissief zijn geselecteerd.

Er is nog een tweede reden, waarom het verdedigd kan worden dat het permissieve en moderne echtscheidingsrecht in het algemeen ‘beter’ is dan het restrictieve en conservatieve. Die reden is de tolerantie voor de opvattingen en levenswijze van andersdenkenden. Het conservatieve echtscheidingsrecht is altijd restrictief, legt beperkingen op, en dwingt ook bevolkingsgroepen die de onderliggende conservatieve uitgangspunten niet delen, volgens die restrictieve voorschriften te leven. Het moderne echtscheidingsrecht is altijd meer permissief, laat meer vrijheden toe, en biedt degenen, die andere opvattingen hebben, de ruimte om naar de eigen opvattingen te leven. Heel simpel gezegd: de wettelijke bepaling dat echtscheiding makkelijk verkrijgbaar is, dwingt niemand om van echt te scheiden. Andersom, aan een verbod, of aan beperkingen, is wél een ieder persoonlijk gebonden.

## 5. ONTWIKKELING VAN DE ECHTSCHEIDINGSGRONDEN

### 5.1. Inleiding

Sinds de hervorming van 1971 is in Nederland de duurzame ontwrichting van het huwelijk formeel de enige echtscheidingsgrond. In de literatuur is gesuggereerd dat de duurzame ontwrichting inmiddels achterhaald en aan vervanging toe is. Maar een echte discussie over dit onderwerp is er niet. De ontwerpers van de CEFL *Principles* hebben de duurzame ontwrichting uitdrukkelijk achter zich gelaten, omdat het, rechtsvergelijkend gezien, niet meer dan een ‘betekenisloze additionele horde’ zou zijn geworden.<sup>16</sup> Deze belangrijke keuze van de CEFL kan alleen in het licht van de historische ontwikkeling van de echtscheidingsgronden in Europa op zijn merites worden beoordeeld.

### 5.2. Totstandkoming van verschillende generaties van echtscheidingsgronden

In de klassieke en postklassieke periode van de Romeinse geschiedenis was echtscheiding mogelijk zonder opgave van gronden en enige vorm van staatscontrole.<sup>17</sup> Deze periode is echter helemaal overschaduwd door een half millennium heerschappij van het canonieke familierecht van de Rooms Katholieke kerk, dat het huwelijk voor onontbindbaar hield.

---

<sup>16</sup> Zie: commentaar op de *Principle* 1:8 op p. 55.

<sup>17</sup> Toch was het schadelijk voor iemands reputatie om zonder serieuze reden te scheiden (S. Treggiari, ‘Divorce Roman Style: How Easy and How Frequent Was It?’ in: B. Rawson (ed.), *Marriage, Divorce, and Children in Ancient Rome*, Oxford: The Clarendon Press 1991, p. 38). Het bewijs van schuld was nog altijd belangrijk voor de teruggave van de bruidsschat. J. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, London–Sydney: Croom Helm 1986, p. 89-91.

De eerste generatie van echtscheidingsgronden zag het licht na de Protestantse Reformatie, en was de *echtscheiding-als-sanctie*, die uitsluitend op schuldgronden is gebaseerd. Men zag echtscheiding primair als een ‘straf’ voor de schuldige echtgenoot.<sup>18</sup> In Protestantse landen, die zoals Nederland door het Calvinisme werden beïnvloed, was echtscheiding oorspronkelijk slechts mogelijk op grond van overspel en kwaadwillige verlating.<sup>19</sup>

De periode van de Verlichting was de bakermat van twee nieuwe generaties echtscheidingsgronden: de *duurzame ontwrichting* van het huwelijk en het *wederzijds goedvinden* van de echtgenoten met de ontbinding van hun huwelijk.

Bij de echtscheiding op grond van de duurzame ontwrichting van het huwelijk in zijn oorspronkelijke vorm, gaat het om een objectieve toestand, niet om de subjectieve wil van de partners: de relatie tussen partijen is zodanig verstoord dat het huwelijk onmogelijk is geworden. Dan maar uit elkaar: het kan gewoon niet anders. Daarbij wordt de Staat verondersteld om twee taken te vervullen. De eerste taak kan als communitar worden aangeduid. De Staat moet ten behoeve van de maatschappij, het huwelijk, als hoeksteen van die maatschappij, beschermen tegen lichtzinnige echtscheidingen. De tweede taak is paternalistisch van aard. De Staat dient, zelfs wanneer beide echtgenoten echtscheiding wensen, ze tegen hun eigen ondoordachte beslissingen te beschermen. Als het wél nog vol te houden is, ook al wil men liever niet, dan moet het ook.

De rol van de Staat bij de echtscheiding op grond van wederzijds goedvinden is totaal anders. Deze echtscheidingsgrond is gebaseerd op de liberale veronderstelling, dat de echtgenoten zelf in een betere positie zijn dan wie dan ook, om te bepalen wanneer hun huwelijk tot een einde moet komen. De rol van Staat is dan beperkt tot een controle van formaliteiten.

De laatste generatie van echtscheidingsgronden zag voor het eerst het licht in de Sovjet Unie na de Russische revolutie van 1917.<sup>20</sup> Dit is de zogenaamde *divorce on demand*, een concept dat zich om verschillende redenen slecht leent om te vertalen als ‘echtscheiding op verzoek’, daarom houdt ik het maar op de Engelse term. *Divorce on demand* is een

---

<sup>18</sup> R. Phillips, *Putting Asunder: A History of Divorce in Western Society*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p 90.

<sup>19</sup> De Calvinse leer accepteerde overspel als ‘Bijbelse’ echtscheidingsgrond, en beschouwde kwaadwillige verlating niet als een aparte echtscheidingsgrond, maar meer als een virtuele vorm van overspel. J. Witte, *From Sacrament to Contract. Marriage, Religion, and Law in Western Tradition*, Louisville: John Knox Press 1997, p. 68.

<sup>20</sup> Voor meer daarover zie mijn artikel ‘De ontwikkeling van het Russische familierecht vanaf de Bolsjewistische revolutie: een poging tot verklaring’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2002, p. 137-171.

echtscheiding verkrijgbaar zonder opgave van reden op het enkele verzoek van één van de echtgenoten. Deze grond is gebaseerd op de veronderstelling dat echtgenoten niet tegen hun wens in, in het huwelijk mogen worden gehouden, zelfs als maar één van hen het huwelijk wil verlaten. Echtscheiding wordt gezien als een subjectief recht van het individu. De Staat heeft zich volledig teruggetrokken van de beslissing over de ontbinding van het huwelijk. *Divorce on demand* werd in de Sovjet Unie door Stalin in 1944 afgeschaft. Deze vorm van echtscheiding keerde echter terug in Zweden in 1973.

### **5.3. Achter de façade van de duurzame ontwrichting**

#### *5.3.1. Functionele disequivalentie in de huidige echtscheidingsgronden*

De nationale rapporten opgesteld door de leden van de CEFL geven een compleet en actueel overzicht van de echtscheidingsgronden in Europa. Het eerste wat bij lezing in het oog springt, is dat in het hedendaagse Europa verschillende echtscheidingsgronden naast elkaar bestaan. Namelijk schuldgronden, duurzame ontwrichting, wederzijds goedvinden, een bepaalde periode van feitelijk gescheiden leven, en *divorce on demand*. Het tweede wat opvalt, is een fenomeen dat ‘functionele disequivalentie’ genoemd zou kunnen worden.<sup>21</sup> Achter een en dezelfde benaming ‘duurzame ontwrichting’ gaan inhoudelijk gezien totaal verschillende verschijnselen schuil. In 18 van de 22 onderzochte jurisdicties is de duurzame ontwrichting van het huwelijk een formele echtscheidingsgrond.<sup>22</sup> Als men dieper graaft, wordt echter duidelijk dat achter die benaming in feite alle mogelijke soorten van echtscheidingsgronden schuil gaan<sup>23</sup>, van schuldgronden tot *divorce on demand*.

## **6. VERGELIJKING VAN DE KEUZES VAN DE CEFL EN HET NEDERLANDS RECHT**

Zoals gezegd heeft de CEFL besloten de duurzame ontwrichting niet te gebruiken omdat deze een lege huls is geworden. In Nederland is destijds een andere keuze gemaakt die tot dusver is gehandhaafd. Ik zal nu wat meer inzoomen op de details van de keuzes van de CEFL en de Nederlandse situatie.

---

<sup>21</sup> Zie mijn monografie: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, ter perse.

<sup>22</sup> België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Engeland en Wales, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Ierland, Italië, Nederland, Oostenrijk, Polen, Portugal, Rusland, Schotland, Tsjechië, Zwitserland.

<sup>23</sup> Zie: D. Martiny, ‘Divorce and Maintenance Between Former Spouses – Initial Results of the Commission on European Family Law’ in: K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2003, p. 537-540.



## **6.1. De kwestie van de echtscheidingsgrond**

### *De keuze van de CEFL: wederzijds goedvinden als zelfstandige echtscheidingsgrond*

In de eerste plaats voor wat betreft de benadering van het geval dat de echtgenoten met wederzijds goedvinden hun huwelijk willen ontbinden. De CEFL heeft hier gekozen voor een vooruitstrevende benadering. In navolging van een minderheid van de onderzochte landen<sup>24</sup>, wordt in de *Principles* het wederzijds goedvinden uitdrukkelijk erkend als een zelfstandige echtscheidingsgrond.<sup>25</sup> Deze voorkeur is gebaseerd op: ‘*The growing recognition of the freedom of the spouses to terminate their marriage*’<sup>26</sup>, en op de wens om de echtgenoten aan te moedigen om in onderling overleg zelf oplossingen te vinden voor de gevolgen van de scheiding.<sup>27</sup> Het respect voor de persoonlijke autonomie en het privé-leven van de echtgenoten leidt de CEFL tot de conclusie dat als beide echtgenoten de echtscheiding wensen ‘*no investigation in the existence of a marital breakdown and the reasons for it is necessary*’.<sup>28</sup> Op die manier wordt de rol van de Staat bij het verlenen van een consensuele echtscheiding gereduceerd tot een zuiver formele handeling. In het commentaar bij de *Principles* wordt benadrukt dat eventuele publieke - en andere belangen, die bij echtscheiding betrokken kunnen zijn – men denke hierbij vooral aan de belangen van minderjarige kinderen – wel aan de orde komen bij de afwikkeling van de gevolgen van scheiding, maar niet bij de kwestie van de verlening van de echtscheiding als zodanig.<sup>29</sup>

### *Het Nederlands recht: wederzijds goedvinden achter het rookgordijn van de duurzame ontwrichting*

De Nederlandse wetgever koos in 1971 voor een andere oplossing, die in de praktijk weliswaar op hetzelfde neerkomt, maar formeel er heel anders uit ziet. In Nederland is, net als in de overgrote meerderheid van de Europese landen, het wederzijds goedvinden geen zelfstandige echtscheidingsgrond, maar vormt het een onweerlegbaar bewijs van de duurzame ontwrichting van het huwelijk. Dit is het resultaat van het politieke compromis van 1971, toen het vooral ging om het tegengaan van ‘de grote leugen’. Vóór 1971 bestonden alleen

---

<sup>24</sup> Bulgarije, Frankrijk, and Portugal. *Principles*, p. 28.

<sup>25</sup> Voor meer over de achtergrond van die keuze zie: commentaar tot Principle 1:4 (*Principles*, p. 30-32) and M. Roth, ‘Future of Divorce Law – The Types of Divorce’ in: K. Boele-Woelki(ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2005, p. 45-46.

<sup>26</sup> *Principles*, p. 30.

<sup>27</sup> *Principles*, p. 30.

<sup>28</sup> *Principles*, p. 30. Zie ook: F. Ferrand, ‘Divorce and Spousal Agreement’ in: K. Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerp-Oxford: Intersentia 2005, p. 71-72.

<sup>29</sup> *Principles*, p. 30.

schuldgronden, en als beide echtgenoten het huwelijk wilden beëindigen, beschuldigde de een de ander van bijvoorbeeld overspel, wat de ander dan erkende of niet weersprak. Het rechtdoorzee erkennen van het wederzijds goedvinden als zelfstandige echtscheidingsgrond, destijds bepleit vanuit liberale hoek, stuitte op verzet vanuit de andere kant van het politieke spectrum, waar de toelating van consensuele echtscheiding werd beschouwd ‘als strijdig met het beginsel van de onontbindbaarheid van het huwelijk’.<sup>30</sup> In het politieke klimaat van toen was het noodzakelijk om elke schijn te vermijden dat alleen<sup>31</sup> de vrije wil van partijen voldoende was voor de huwelijksontbinding. Vandaar de constructie waarbij het wederzijds goedvinden niet fungeert als zelfstandige echtscheidingsgrond, maar slechts als bewijs van de duurzame ontwrichting van hun huwelijk.<sup>32</sup> Om deze reden moeten de echtgenoten tot op de dag van vandaag in hun gemeenschappelijk verzoek verklaren dat ze het er over eens zijn dat hun huwelijk duurzaam is ontwricht, en niet slechts dat ze de overeenstemming hebben bereikt dat hun huwelijk ontbonden moet worden.

Deze regeling laat de opvatting toe dat ‘wanneer het wederzijdse goedvinden de duurzame ontwrichting betreft, [...] de staat bij wijze van principe controle [houdt] over de voorwaarden waaronder gescheiden kan worden’.<sup>33</sup> Toch is die staatscontrole niet meer dan schijn. De parlementaire geschiedenis laat er geen twijfel over dat in het geval van een gezamenlijk verzoek de duurzame ontwrichting wordt ‘bewezen door de volhardende houding van partijen.’<sup>34</sup> Dit bewijs is dwingend, want volgens de Minister ‘mag de rechter niet ambtshalve bewijs opleggen en moet het verzoek worden toegewezen.’<sup>35</sup> Elke suggestie dat de rechter toch ambtshalve bewijs mag opvragen<sup>36</sup>, is in strijd met die heldere aanwijzingen.<sup>37</sup>

Per saldo is, zoals Lenters terecht heeft opgemerkt, het verschil tussen de overeenstemming over de ontbinding van het huwelijk enerzijds, en over de duurzame ontwrichting daarvan anderzijds, uiterst gering, omdat in beide gevallen de beslissing aan de echtgenoten zelf is.<sup>38</sup> Bovendien, wanneer de echtgenoten het gevoel delen dat hun huwelijk tot een einde moet komen, is het meestal ook ontwricht. Het al of niet plakken van het formele

---

<sup>30</sup> *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 17 (MvT).

<sup>31</sup> *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 17 (MvT).

<sup>32</sup> *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 18 (MvT).

<sup>33</sup> H. Lenters, *De rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 162.

<sup>34</sup> *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr.3, p. 18 (MvT).

<sup>35</sup> *Handelingen II* 1970/71, p. 3367.

<sup>36</sup> Zie: E. Lukács e.a. (red.), *Echtscheiding: wet herziening echtscheidingsrecht*, 's-Gravenhage: Wolters-Noordhoff 1971-1995, art 154, p. 4.

<sup>37</sup> Asser/De Boer 2002, nr. 615 .

<sup>38</sup> H. Lenters (1993), p. 162 (zie noot 33).

etiket ‘wederzijds goedvinden’ op een gezamenlijk verzoek lijkt van weinig praktisch belang<sup>39</sup>, want aan de werkelijke gang van zaken zal het niets veranderen.

Toch is er meer aan de hand dan een gewone ‘*Ettikettenschwindel*’. Tot op de dag van vandaag wordt verdedigd dat het formeel baseren van de echtscheiding op het criterium van de duurzame ontwrichting het ‘belang van de samenleving [dient] dat er een *gemeenschappelijke moraal* is.’<sup>40</sup> Om die reden pleitte Lenters in 1993 voor de handhaving van de duurzame ontwrichting als echtscheidingsgrond in het geval van een gemeenschappelijk verzoek.<sup>41</sup> Ook de commissie De Ruiter heeft in 1996 in haar, voor het overige zeer liberale, rapport ‘Anders Scheiden’ voorgesteld om de huidige echtscheidingsgrond niet te wijzigen.<sup>42</sup>

Hiertegen kunnen twee argumenten worden ingebracht. Het eerste betreft het bestaan van de *gemeenschappelijke moraal* op het gebied van huwelijks- en scheidingszaken. In de huidige pluralistische maatschappij is deze veronderstelling allesbehalve vanzelfsprekend. Maar zelfs als men zou aannemen, dat zo’n gemeenschappelijke moraal bestaat, is het zeer de vraag of die moraal inderdaad niet zou toelaten dat de echtgenoten om andere redenen dan duurzame ontwrichting hun huwelijk willen ontbinden.

Ik geef een voorbeeld. De Nijmeegse hoogleraar Van Mourik was zó sterk gekant tegen de invoering van het homohuwelijk, dat hij in het openbaar heeft gedreigd om zijn Nederlandse huwelijk te ontbinden om in België of Duitsland opnieuw te trouwen. Ironisch genoeg voorzag Van Mourik destijds niet dat uitgerekend België het tweede land ter wereld zou worden dat het huwelijk zou openstellen voor paren van gelijk geslacht. Gelukkig heeft hij zijn dreigement niet ten uitvoer gebracht, want dan zou hij ook zijn Belgische huwelijk hebben moeten ontbinden, en, wie weet, verder en verder met zijn huwelijk moeten trekken, totdat hij bijvoorbeeld in Malta zijn heil zou vinden. Maar goed, dat is wijsheid achteraf. Naar eigen zeggen heeft Van Mourik van zijn voornemen afgezien omdat hij geen valsheid in geschrifte wilde plegen door de bewering te doen dat zijn gelukkige huwelijk duurzaam is ontwricht. Maar laten wij nu aannemen dat hij dat toch gedaan zou hebben. Kan anno nu worden volgehouden dat de ontbinding op wederzijds goedvinden van een niet ontwricht huwelijk, om wat voor motieven dan ook, in het licht van onze ‘gemeenschappelijke moraal’ verwerpelijk is?

---

<sup>39</sup> H. Lenters (1993), p. 157 (zie noot 33).

<sup>40</sup> H. Lenters (1993), p. 161 (zie noot 33).

<sup>41</sup> H. Lenters (1993), p. 164 (zie noot 33).

<sup>42</sup> *Anders Scheiden*. Rapport van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure, Den Haag 1996, p. 36.

Mijn tweede argument is van meer principiële aard. Als de keuze van de echtscheidingsgrond in het geval van een gezamenlijk verzoek geen praktisch belang heeft, is zij nog steeds van symbolisch belang. En dan is het niet onverschillig wat voor symbolische boodschap die keuze uitdraagt. De symbolische boodschap van de huidige regel zou zijn een eerbetoon aan ‘het laatste residu van het onontbindbare huwelijk.’<sup>43</sup> Het is zeer de vraag of de meerderheid van onze samenleving nog achter dit symbool staat. In werkelijkheid is de symbolische boodschap naar mijn mening een andere. De boodschap die de huidige regeling uitdraagt is dat ‘de politiek’ tot op de dag van vandaag nog steeds niet achter haar keuze durft te staan. 35 jaar na de *de facto* invoering van de zuivere consensuele echtscheiding zonder enige staatscontrole over de echtscheidingsgrond, durft de wetgever het beestje nog steeds niet bij de naam te noemen. De erkenning van het wederzijds goedvinden als een zelfstandige echtscheidingsgrond staat daarentegen voor de aanvaarding van het feit, dat wanneer twee volwassen mensen, om welke reden dan ook, hebben besloten om hun huwelijk te beëindigen, het respect voor hun persoonlijke autonomie en de eerbiediging van hun privé-leven eist, dat de overheid die beslissing als zodanig in beginsel heeft te respecteren.

*Conclusie: het voorstel van de CEFL is beter*

De keuze van de CEFL om in plaats van de duurzame ontwrichting het wederzijds goedvinden de grond van een consensuele echtscheiding te maken is mijns inziens duidelijk een betere regel, die aansluit bij de ontwikkelingen in de Nederlandse maatschappij, bij de Nederlandse rechtspraktijk, en bij de meerderheidsopvatting in de doctrine.<sup>44</sup> De huidige discrepantie tussen de wettelijke en de werkelijke grond van een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek is zo gering dat er niet meer over een ‘grote leugen’<sup>45</sup> gesproken kan worden.<sup>46</sup> Toch, ook een ‘kleine leugen’ siert een modern stelsel niet. Het streven naar

---

<sup>43</sup> M. Pel, ‘De (echt)scheidingsgrond: afscheid van de duurzame ontwrichting’, *WPNR* 1999-6369, p. 439.

<sup>44</sup> Zie vooral het artikel van Pel in *WPNR*, dat speciaal aan dit onderwerp is gewijd. M. Pel (1999), p. 439 (zie noot 43), en o.a. E.P.von Brucken Fock, ‘Is anders scheiden ook behoorlijk scheiden?’, *FJR* 1996, p. 232; A. L. G. A. Stille, *In der minne gescheiden*, Deventer: Kluwer 1997, p. 7 en noot 30; S. Wortmann, ‘Kroniek van het personen- en familierecht’, *NJB* 1998, p.1487. H. Lenters, die zich in 1993 geen voorstander van wijziging van de echtscheidingsgrond toonde, heeft in haar uit het jaar 2000 daterende toekomstvoorspelling voorspeld dat in 2007 de duurzame ontwrichting uit de wet wordt geschrapt. H. Lenters, ‘De echtscheiding over tien en twintig jaar’, *FJR* 2000, p. 4. Ook J. de Boer constateert dat het vermelden van een echtscheidingsgrond in het gemeenschappelijk verzoek ‘enigszins gekunsteld’ aandoet. Asser/De Boer (2002) nr. 615.

<sup>45</sup> Dat werd weliswaar in de polemische discussie door de tegenstanders tijdens de parlementaire behandeling van het wetsontwerp gesuggereerd. *Handelingen II* 1970/71, p. 3293.

<sup>46</sup> A. Minken Hof, *De wet herziening echtscheidingsrecht*, Groningen: Tjeenk Willink 1971, p. 52.

een zo volledig mogelijke aansluiting tussen *the law in the books* en *the law in action* is het kenmerk van een volwassen stelsel.

## **6.2. Overeenstemming over de ontbinding van het huwelijk alleen of ook over de gevolgen daarvan?**

*De keuze van de CEFL: geen verplichte overeenstemming over gevolgen, wel aanmoediging van de afspraken*

De tweede kwestie betreft de vraag hoever de ‘overeenstemming van de echtgenoten’ zich moet uitstrekken om echtscheiding te verkrijgen: is dat alleen over de echtscheiding als zodanig, of moet ook overeenstemming bestaan over de gevolgen daarvan? De CEFL heeft gekozen voor de liberale opvatting dat onder de ‘overeenstemming van de echtgenoten’, alleen de overeenstemming over de ontbinding van het huwelijk moet worden begrepen.<sup>47</sup> Overeenstemming over de gevolgen is daarom geen voorwaarde voor de verkrijging van een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek.<sup>48</sup> Als de partijen die overeenstemming niet kunnen bereiken, beslist de bevoegde autoriteit *ambtshalve* over de gevolgen met betrekking tot de kinderen, en *op verzoek* ook over de overige gevolgen.<sup>49</sup>

Deze keuze van de CEFL is duidelijk gebaseerd op de ‘*better law*’ methode. De rechtvergelijkende voorstudie van de CEFL laat zien dat het begrip ‘wederzijds goedvinden’ in verschillende landen op uiteenlopende wijze wordt opgevat. En het belangrijkste verschil zit in de reikwijdte van de vereiste overeenstemming. Een kleine meerderheid van 12 van de 22 onderzochte landen vat ‘wederzijds goedvinden’<sup>50</sup> op als de overeenstemming over de ontbinding van het huwelijk én over de gevolgen daarvan.<sup>51</sup> Toch heeft de CEFL haar voorkeur uitgesproken voor de minderheidsopvatting, die zoals gezegd een loskoppeling inhoudt. Dit is de regel in de landen met het meest vooruitstrevende en toegankelijke echtscheidingsrecht, zoals Zweden, Finland, Noorwegen, Rusland en Nederland. De CEFL

---

<sup>47</sup> *Principle 1:4 (2)* luidt: ‘Mutual consent is to be understood as an agreement between the spouses that their marriage should be dissolved’. *Principles*, p. 27.

<sup>48</sup> Commentaar tot *Principle 1:4*. *Principles*, p. 31.

<sup>49</sup> *Principle 1:7 (1)*. *Principles*, p. 43.

<sup>50</sup> Dit betreft niet alleen de landen waar wederzijdse instemming een zelfstandige echtscheidingsgrond is, maar alle landen waar wederzijdse instemming op een of andere manier in de echtscheidingsprocedure van belang is.

<sup>51</sup> Oostenrijk, België, Bulgarije, Denemarken, tot zekere hoogte Ierland, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Hongarije, Portugal, Spanje en Zwitserland. Zie analyse van Ferrand. F. Ferrand (2005), p. 73 (zie noot 28).

wijst daarbij op een algemene tendens in Europa in de richting van het niet verplichtstellen van overeenstemming met betrekking tot de gevolgen van de echtscheiding.<sup>52</sup>

Dit neemt niet weg dat de CEFL het bereiken door de echtgenoten zelf van overeenstemming over gevolgen als zeer wenselijk beschouwt. De *Principles* bevatten een speciaal mechanisme om het maken van de afspraken over de gevolgen, voorafgaand aan de scheiding, aan te moedigen. Conform moderne liberale opvattingen kiest de CEFL voor een aanmoediging door middel van *positieve stimulansen*, niet door het opleggen van verplichtingen en het dichttimmeren van mogelijke sluiproutes. Deze positieve stimulans houdt in dat de echtgenoten met minderjarige kinderen, die afspraken hebben gemaakt over het ouderlijk gezag, de verblijfplaats van het kind, de kinderalimentatie, de boedelverdeling en partneralimentatie, de echtscheiding terstond kunnen verkrijgen.<sup>53</sup> Echtparen zonder minderjarige kinderen, die niet tot afspraken wisten te komen, kunnen wél op grond van wederzijds goedvinden scheiden, maar pas na afloop van periode van reflectie van drie maanden.<sup>54</sup> Voor echtparen mét minderjarige kinderen wordt deze termijn tot zes maanden verlengd.<sup>55</sup> Het doel van deze reflectieperiode is om het bereiken van overeenstemming aan te moedigen<sup>56</sup> en partijen de tijd te geven om zich alsnog over de gevolgen van de echtscheiding te bezinnen. Daarbij kunnen zij wellicht de hulp zoeken van een mediator. Beide reflectieperioden zijn bewust zodanig kort gemaakt, dat de route van de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek nog steeds aantrekkelijker is dan de echtscheiding op eenzijdig verzoek, waarvoor een periode wordt vereist van feitelijk gescheiden leven van één jaar.<sup>57</sup>

### *Het Nederlands recht: huidigrecht en het regeringsvoorstel*

In 1971 voerde de Nederlandse wetgever voor de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek de verplichting in om een voorstel over te leggen met betrekking tot de voogdij over minderjarige kinderen en de kinderalimentatie. Verder moesten de partijen aangeven hoe ze hun onderlinge financiële betrekkingen hadden geregeld. Het gevolg van deze verplichting was dat de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek lange tijd tamelijk impopulair was.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> F. Ferrand (2005), p. 74 (zie noot 28).

<sup>53</sup> *Principle* 1:5 (2) jo *Principle* 1:6 (1). *Principles*, p. 33 en 37.

<sup>54</sup> *Principle* 1:5 (2), *Principles*, p. 33.

<sup>55</sup> *Principle* 1:5 (1), *Principles*, p. 33.

<sup>56</sup> Commentaar op de *Principle* 1:5, *Principles*, p. 35.

<sup>57</sup> Commentaar op de *Principle* 1:5, *Principles*, p. 35.

<sup>58</sup> In 1984 koos slechts 7% van de scheidende paren de consensuele route. (B.E.S Chin-A-Fat, *Scheiden (ter)echter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*, Den Haag: SDU 2004, p. 26) in 1993 bedroeg dat percentage maar 15,2% na de afschaffing van die verplichting begon het aantal

Het was gemakkelijker om te kiezen voor een procedure op éézijdig verzoek, gevolgd door verstek of referte. Zo konden partijen tenminste al vast van elkaar af, ook als ze het nog niet eens waren geworden over alle gevolgen van hun scheiding. Pas toen de bedoelde verplichting in 1993 werd afgeschaft<sup>59</sup>, groeide het aandeel echtscheidingen op gemeenschappelijk verzoek van 15% naar meer dan 50%. Paradoxaal genoeg laat het Nederlandse scheidingrecht ook een tegenovergestelde indicatie zien: de flitsscheiding, waarvoor voorafgaande overeenstemming over de gevolgen wél is vereist<sup>60</sup>, blijkt razend populair te zijn.<sup>61</sup>

Het huidige Nederlandse recht laat de echtgenoten dus vrij om de gevolgen van de scheiding in een convenant te regelen of de afwikkeling daarvan uit te stellen tot later.<sup>62</sup> Deze regeling komt in zoverre met de voorstellen van de CEFL overeen, dat overeenstemming over de gevolgen geen voorwaarde voor de consensuele echtscheiding is. Wat echter ontbreekt, is de stimulans voor partijen om vrijwillig vooraf tot dergelijke afspraken te komen.

In de beide wetsvoorstellen die dit jaar aan de orde kwamen, kreeg het streven om de scheidende partijen zich zo veel mogelijk vooraf over de gevolgen van de scheiding te laten buigen, de vorm van een *negatieve* en niet een positieve stimulans. Anders dan de CEFL, die de echtgenoten wil *aanmoedigen* om vooraf tot een vergelijk te komen, hebben beide wetsvoorstellen ervoor gekozen om de partijen daar zo veel mogelijk toe te *dwingen*. Het huidige regeringsvoorstel eist, evenals het afgewezen initiatiefwetsvoorstel, het overleggen van een ouderschapsplan als voorwaarde voor de echtscheiding, niet alleen voor de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek, maar ook voor die op eenzijdig verzoek. Het eerste zou het echtscheidingsrecht min of meer terug brengen naar de situatie van vóór 1993. Maar het tweede schiet veel verder door, is ook een unicum in Europa. Anders dan in 1993, toen de wetgever besloot met de stroom *mee* te gaan, wil het huidige wetsvoorstel tegen de

---

echtscheidingen op gemeenschappelijk verzoek sterk te stijgen: tot 30,9% in 1996, en 54,3 in 2001. SBS echtscheidingsprocedures. <http://statline.cbs.nl> > echtscheidingsprocedures.

<sup>59</sup> Door de Wet van 1 juli 1992, Sbt. 1992, 373 in werking getreden op 1 januari 1993.

<sup>60</sup> Art. 1:80d lid 1 BW.

<sup>61</sup> Inmiddels verloopt bijna 1 op 6 van de echtscheidingen langs deze route. In 2004 vonden circa 5000 flitsscheidingen plaats en circa 32.000 reguliere echtscheidingen. Zie: M. van Huis, *Flitsscheiding blijft populair*, Voorburg/Heerlen: Centraal Bureau voor de Statistiek 2005, p. 1.

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

<sup>62</sup> Zie daarover: L. M. Coenraad, 'Procederen over het voortgezet ouderschap' in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006, p. 71-72.

stroom in, door de ‘sluiproute’ van het eenzijdige verzoek dicht te timmeren.<sup>63</sup> Ook als slechts één van de partners het huwelijk wil beëindigen zou dat pas kunnen als hij het met de ander, die mogelijk de hele echtscheiding niet wil, het eens heeft kunnen worden over een ouderschapsplan. Het pas toegang verlenen tot de rechter nadat men met de wederpartij een overeenkomst heeft gesloten staat uiteraard op gespannen voet met artikel 6 EVRM.<sup>64</sup> Daarom is in een ontsnappingsclausule voorzien. De details daarvan vallen buiten het bestek van deze oortie. Het komt er echter op neer dat wanneer het ‘redelijkerwijs’ écht niet lukt om met een gezamenlijk ouderschapsplan te komen, het verzoek toch door de rechter in behandeling kan worden genomen.<sup>65</sup>

Ik vrees dat de maakbaarheid van de wereld hier weer eens wordt overschat. Eigenlijk is het gewoon van tweeën één: of de wetgever laat geen enkele ruimte voor ontsnappen aan de ouderschapsovereenkomst toe, en dan sneuvelt het systeem in Straatsburg, of de ontsnappingsclausule laat partijen de ruimte voor grote of kleine leugens, en dan weten zij hun ‘sluiproutes’ wel weer massaal te vinden.

#### *Conclusie: de regeling van de CEFL is beter*

De vergelijking van de huidige wetgeving, enerzijds, en het huidige wetsvoorstel, anderzijds, met de regeling van CEFL, valt duidelijk in het voordeel van de CEFL uit. Beter ten opzichte van het huidige recht is dat het vooraf maken van afspraken over de gevolgen van de echtscheiding wordt gestimuleerd. Beter dan het wetsvoorstel is de *positieve* stimulering.<sup>66</sup> Anders dan de *negatieve* stimulering van het wetsvoorstel, respecteert positieve stimulering

---

<sup>63</sup> Zie daarover: L.M. Coenraad, ‘Procederen over het voortgezet ouderschap’ in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006, p. 71-72.

<sup>64</sup> Zie daarover mijn betoog in: ‘De voorstellen tot hervorming van het echtscheidingsrecht: naar de vorm modern, naar de inhoud een stap terug’, *WPNR* 2005-6636, p. 737-744 en ‘Administratieve echtscheiding vanuit nationaal en internationaal perspectief’ in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006, p. 71-72.

<sup>65</sup> Artikel 815 lid 5 Rv (nieuw) van het regeringsvoorstel 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’. Verder spreekt de memorie van toelichting 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. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 5-6 (MvT).

<sup>66</sup> Verschillende academici hebben diverse methoden ter aanmoediging van het maken van een ouderschapsplan, al dan niet met gebruik van mediation, voorgesteld. Zie: P. Vlaardingerbroek, ‘Echtscheiding, ouderschap en voortgezet gezag’, p. 168-169; L.M. Coenraad, ‘Procederen over het voortgezet ouderschap’, p. 85-87; B.E.S. Chin-A-Fat ‘De Rol van Mediation in het nieuwe echtscheidingsrecht’, p. 111, allen in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006.



de partijautonomie van de echtgenoten, en maakt zij het creëren van ingewikkelde en twijfelachtige barrières voor sluiptrouwen overbodig. Om die reden is het verplichtstellen van het ouderschapsplan in wetenschappelijke kringen zeer kritisch ontvangen.<sup>67</sup> Naar mijn mening zou overname van de CEFL-benadering het huidige wetsvoorstel aanzienlijk kunnen verbeteren.

## **6.2. Echtscheiding op eenzijdig verzoek: de keuzes van de CEFL en van de Nederlandse wetgever**

### *6.2.1. CEFL: een jaar feitelijk gescheiden leven als echtscheidingsgrond*

Dan nu de regeling van de echtscheiding op eenzijdig verzoek, die zojuist al kort aan de orde kwam. Voor deze echtscheiding heeft de CEFL gekozen voor *één jaar feitelijk gescheiden leven* als echtscheidingsgrond.<sup>68</sup> De nationale rapporten laten zien dat bij de niet-consensuele echtscheiding in 15 van de 22 onderzochte stelsels periodes van feitelijk gescheiden leven een rol spelen.<sup>69</sup> Maar qua echtscheidingsgronden bestaat een grote verscheidenheid. In sommige landen is een verplichte periode van feitelijk gescheiden leven op zichzelf voldoende om de echtscheiding op eenzijdig verzoek te verkrijgen. Zo bijvoorbeeld in Engeland en Duitsland. In andere landen, Ierland bijvoorbeeld, is naast het verstreken zijn van een periode van gescheiden leven, het nodig om de rechter ervan te overtuigen dat het huwelijk duurzaam is ontworpen. In een derde groep landen, waaronder Nederland, wordt geen periode van gescheiden leven vereist, en wordt een eenzijdig verzoek gehonoreerd als de rechter ervan overtuigd is dat het huwelijk duurzaam is ontworpen. In Zweden, Finland en Spanje tenslotte, geschiedt de echtscheiding *on demand* van één van de echtgenoten zonder opgave van reden of een verplichte periode van gescheiden leven.<sup>70</sup>

De CEFL heeft de periode van feitelijk gescheiden leven verkozen boven de noodzaak om de rechter te overtuigen dat het huwelijk duurzaam is ontworpen, omdat dit een simpele objectieve test is, die geen onderzoek naar de stand van het huwelijk noodzakelijk maakt.<sup>71</sup> In de meeste landen, waar een periode van gescheiden leven van belang is, dient deze periode als

---

<sup>67</sup> L.M. Coenraad, 'Scheiden: administratief of rechterlijk? Het wetsvoorstel Luchtenveld is nog niet rijp', *TCR* 2006, p. 1-5; Zie: P. Vlaardingerbroek, 'Echtscheiding, ouderschap en voortgezet gezag', p. 156-176; L.M. Coenraad, 'Procederen over het voortgezet ouderschap', p. 69-100; B.E.S. Chin-A-Fat 'De Rol van Mediation in het nieuwe echtscheidingsrecht', p. 100-115, (zie noot 67); S. Wortmann, 'Over administratief scheiden en "ouderschapsconflicten"', *WPNR* 2006-6656, p. 156-162; C. Forder, 'Kroniek van het personen- en familierecht', *NJB* 2005, p.1665-1667.

<sup>68</sup> *Principle* 1:8. *Principles*, p. 51.

<sup>69</sup> Rechtsvergelijkend overzicht. *Principles*, p. 51.

<sup>70</sup> Rechtsvergelijkend overzicht. *Principles*, p. 51-53.

<sup>71</sup> Commentaar op *Principle*1:8. *Principles*, p. 55.

het bewijs, soms als het onweerlegbare bewijs, van de duurzame ontwrichting van het huwelijk. Alleen in Noorwegen wordt een periode van één jaar gescheiden leven beschouwd als een zelfstandige echtscheidingsgrond.<sup>72</sup> De CEFL neemt als het ware de Noorse benadering over omdat die, als enige, een volledige overeenstemming tussen de juridische en feitelijke werkelijkheid met zich brengt.

De *Principles* vereisen geen formele scheiding van tafel en bed, maar slechts een feitelijk gescheiden leven.<sup>73</sup> Het leven onder één dak staat niet aan ‘gescheiden leven’ in de weg. Wat wél is vereist, is de intentie van tenminste één echtgenoot om de huwelijkssamenleving definitief te beëindigen.<sup>74</sup> Een en ander maakt het feitelijk gescheiden leven voor de echtgenoten gemakkelijk te realiseren, maar kan tegelijkertijd een groot bewijsprobleem creëren.

De periode van één jaar is, rechtvergelijkend gezien, vrij kort.<sup>75</sup> Toch is er in een hardheidclausule voorzien. Die geeft de rechter de mogelijkheid om de echtscheiding eerder uit te spreken. Namelijk wanneer onder de omstandigheden van het geval, de voortzetting van het huwelijk uitzonderlijk leed voor een van de echtgenoten met zich mee zou brengen.<sup>76</sup> De *Principles* benoemen die omstandigheden niet, maar de toelichting benadrukt dat het om uitzonderlijke omstandigheden moet gaan, zoals excessief geweld, of ernstige mishandeling.<sup>77</sup> Schuld is echter irrelevant: het geweld kan, bijvoorbeeld, het gevolg zijn van een geestelijke stoornis.<sup>78</sup>

### 6.2.1. Nederland: duurzame ontwrichting op papier, divorce on demand in praktijk

Zoals gezegd vereist het huidige Nederlandse recht voor de echtscheiding op eenzijdig verzoek geen periode van gescheiden leven. De grond van de niet-consensuele echtscheiding is dezelfde als van de consensuele, namelijk duurzame ontwrichting.<sup>79</sup> Het bewijs daarvan is in theorie echter anders. Als slechts één van de echtgenoten de echtscheiding wenst, moet hij of zij de rechter weten te overtuigen dat het huwelijk duurzaam is ontwricht. Volgens de

---

<sup>72</sup> Zie: T. Sverdrup, ‘CEFL National Report for Norway: *Grounds for Divorce*’ in: K. Boele-Woelki, B. Braat & I. Sumner (eds.), *European Family Law in Action*, Vol. I: Grounds for Divorce, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2003, p. 89.

<sup>73</sup> Commentaar op *Principle 1:8. Principles*, p. 55.

<sup>74</sup> Commentaar op *Principle 1:8. Principles*, p. 56. Zie ook: M. Roth, ‘Future of Divorce Law – The Types of Divorce’ in: K. Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005, p. 52.

<sup>75</sup> Commentaar op *Principle 1:8. Principles*, p. 55.

<sup>76</sup> *Principle 1:9. Principles*, p. 57.

<sup>77</sup> Commentaar op *Principle 1:9. Principles*, p. 58.

<sup>78</sup> Commentaar op *Principle 1:9. Principles*, p. 58.

<sup>79</sup> Art. 1:151 BW.

memorie van toelichting is duurzame ontwrichting een toestand, waarin de voortzetting van de samenleving ondragelijk is geworden en geen uitzicht op herstel meer bestaat.<sup>80</sup> Onze studenten wordt nog steeds geleerd dat duurzame ontwrichting een objectief constateerbare toestand is.<sup>81</sup> Toch heeft deze toestand een grote subjectieve dimensie: ondraaglijkheid van samenleving is uiteraard een subjectieve beleving van de echtgenoten. Wat voor de één ondragelijk is, hoeft dat voor de ander nog niet te zijn. Bij de hervorming van 1971 hadden critici betwijfeld of de rechter, die een jurist is en geen psycholoog, überhaupt in staat is, om in de hoofden van de echtgenoten te kijken om vast te stellen of de samenleving voor hen ondragelijk is geworden.<sup>82</sup> De Minister hield destijds vol dat een dergelijk oordeel wél mogelijk is.<sup>83</sup> De praktijk is sindsdien duidelijk in de richting van de subjectivering van het bewijs gegaan. De wil van de echtgenoten, of slechts een van hen, kreeg daarbij steeds meer gewicht.<sup>84</sup>

Door deze ontwikkelingen is de duurzame ontwrichting als echtscheidingsgrond zelfs bij de echtscheiding op eenzijdig verzoek steeds meer een dode letter geworden. In de eerste plaats wordt de duurzame ontwrichting slechts in een kleine minderheid van de weersproken echtscheidingen daadwerkelijk betwist.<sup>85</sup> Maar zelfs in die gevallen heeft de Hoge Raad alle mogelijke verweren een voor een afgewezen, zodat het verweer dat ‘het huwelijk niet duurzaam is ontwricht’ nagenoeg kansloos is geworden.<sup>86</sup> Door het toenemende aantal echtscheidingen en het groeiende respect voor de autonomie en het privé-leven van de echtgenoten, is de rechter steeds minder geneigd om werkelijk een onderzoek naar de echtelijke verhoudingen in te stellen. In plaats daarvan vaart hij steeds meer op het subjectieve oordeel van de verzoeker. In 1996 heeft de Hoge Raad herhaald dat de volharde gemotiveerde wens van één van de echtgenoten om het huwelijk te ontbinden moet worden opgevat als een ernstige aanwijzing van duurzame ontwrichting.<sup>87</sup> In de praktijk leidt een betwist echtscheidingsverzoek ook niet meer tot *afstel*, maar hooguit tot een *uitstel* van de

---

<sup>80</sup> *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 14.

<sup>81</sup> Asser/De Boer, 2002, nr. 603.

<sup>82</sup> *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 5, p. 7 (Voorlopig verslag). Zie voor een overzicht: M.W.E. Koopmann, *Het nieuwe echtscheidingsrecht*, vierde druk, Zwolle: Tjeenk Willink, 1980, p. 37-39.

<sup>83</sup> *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 14 (MvT).

<sup>84</sup> Asser/De Boer, 2002, nr. 603.

<sup>85</sup> Uit het in 1988 uitgevoerde onderzoek bleek dat de duurzame ontwrichting slechts in 3% van de procedures werd betwist, en dat dit verweer in geen enkel geval was geslaagd. C. van den Werff, ‘De juridische procedure in cijfers’, *NJB* 1988, p. 326. Zie ook: *Anders Scheiden*, p. 13 (zie noot 43).

<sup>86</sup> K. Boele-Woelki, O. Cherednychenko & L.M. Coenraad, ‘CEFL National Report for The Netherlands: Grounds for Divorce’ in: K. Boele-Woelki, B. Braat & I. Sumner (eds.), *European Family Law in Action*, Vol. I: Grounds for Divorce, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2003, p. 114.

<sup>87</sup> HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 198. Zie ook: *Personen- en familierecht* (Wortmann), art. 151, aant. 2.

echtscheiding.<sup>88</sup> Ook het voeren van een pensioenverweer kan niet meer dan een uitstel bewerkstellingen. Al met al kan worden geconcludeerd dat per saldo de *divorce on demand* de echtscheidingsrond bij het eenzijdig verzoek is geworden.<sup>89</sup>

*Conclusie: De Nederlandse oplossing is beter dan die van de CEFL, maar het kan nog beter*  
Ten opzichte van het huidige Nederlandse recht is de benadering van de CEFL duidelijk een stap terug. In de eerste plaats zou de echtscheiding altijd minstens een jaar in beslag nemen, waarin de partners maar heel beperkt vooruit kunnen met hun leven. In de tweede plaats kan de verzoekende partij zich met een groot bewijsprobleem geconfronteerd zien. Als ‘feitelijk gescheiden leven’ ook onder het dak van de echtelijke woning plaats kan vinden, hoe dan te bewijzen op welk moment een van de echtgenoten voor zichzelf heeft besloten dat het met het huwelijk over en uit is? En een beroep op hardheidsclausule noodzaakt toch weer tot een daadwerkelijk onderzoek naar het privé-leven van de echtgenoten. Het moge zo zijn dat in Nederland het bewijs van de duurzame ontwrichting op papier nog steeds een onderzoek naar de echtelijke verhoudingen veronderstelt. Maar in de praktijk stelt het niets meer voor. Naar mijn mening zou de beste oplossing voor Nederland zijn om de huidige praktijk te ‘legaliseren’ door de openlijke wettelijke erkenning van *divorce on demand*. Het eerste voorstel om het huwelijk ‘opzegbaar’ te maken werd gedaan in 1882 door van Houten.<sup>90</sup> Hij baseerde zich op het Verlichtingsidee dat ‘de opzegbaarheid des huwelijks de enige waarborg [is] voor huwelijksgeluk’.<sup>91</sup> Ook deze eeuw hebben velen voor de opzegbaarheid van het huwelijk gepleit.<sup>92</sup>

In Europa bestaat *divorce on demand* op dit moment in Zweden en Finland en sinds 2005 ook in Spanje.<sup>93</sup> Ook Rusland heeft het *de facto* als echtscheidingsgrond. Voor de CEFL was deze vergaande minderheidsoplossing nog een stap te ver, maar voor Nederland zou zij precies in het verlengde liggen van de ontwikkelingen rond de echtscheiding op eenzijdig verzoek. In alle landen die *divorce on demand* kennen, wordt de echtscheiding op eenzijdig verzoek niet onmiddellijk geëffectueerd. Bij voorbeeld in Zweden en Finland moet

---

<sup>88</sup> M. Pel, (1999), p. 439 (zie noot 43).

<sup>89</sup> Zie ook: M. Pel, (1999), p. 443 (zie noot 43).

<sup>90</sup> Th. Borret & S. van Houten, *Is bij ons huwelijksrecht genoegzaam gewaakt voor de vrouw, ten opzichte zoowel van hare persoons- als van hare vermogensrechten? Zoo nee, welke verbeteringen komen voornamelijk in aanmerking?*, Preadviezen aan de Nederlandse Juristenvereniging 1882, p. 56-63.

<sup>91</sup> S. van Houten (1882), p. 57 (zie noot 90).

<sup>92</sup> Zie bij voorbeeld, J.A. Ankum et al., ‘Een nieuwe poging tot het tegengaan van “lichtvaardige echtscheidingen”’, *NJB* 1970, p. 233-234; I. Kisch, ‘Kanttekeningen tot het echtscheiding-ontwerp’, *NJB* 1969, p. 1162; E.P. von Brucken Fock (1996), p. 232 (zie noot 44); M. Pel, (1999), p. 643-644 (zie noot 43).

<sup>93</sup> Ingevoerd bij Wet van 15/2005 of 8 juli 2005.

het eenzijdig verzoek na 6 maanden worden herhaald. Dat creëert een periode van bezinning die twee grote voordelen heeft boven de door de CEFL voorgestelde periode van gescheiden leven. Ten eerste begint deze periode op het moment van de indiening van het echtscheidingsverzoek. Dat beginpunt is dus heel eenvoudig te constateren. Ten tweede is er geen bewijs van feitelijk gescheiden leven voor nodig. Dat voorkomt een hoop problemen. Voor Nederland lijkt het aanbevelingswaardig te zijn om *divorce on demand* bij niet-consensuele echtscheiding te koppelen aan een reflectieperiode van bijvoorbeeld 6 maanden, zoals reeds is voorgesteld door Von Brucken Fock.<sup>94</sup> Daardoor blijft de consensuele echtscheiding, net zoals in het systeem van de *Principles*, een kortere en meer aantrekkelijke route.

## 7. CONCLUSIE

Mijn conclusie is dat de *Principles* de Nederlandse wetgever veel te bieden hebben. Sommige oplossingen zijn duidelijk beter dan de Nederlandse regels, andere niet. Sommige *Principles* zouden, wat mij betreft, zonder meer overgenomen mogen worden. Andere lenen zich daar minder goed voor, maar geven de wetgever toch veel *food for thought*. Behalve de *Principles* zelf, bevatten de Nationale Rapporten en rechtsvergelijkende overzichten een schat aan rechtsvergelijkend materiaal dat de wetgever veel tijd, geld en moeite kan sparen. Mijn advies is om in geen geval aan de *Principles* voorbij te gaan, en bij elke wetswijziging de *Principles* expliciet te betrekken.

## 8. DANKWOORDEN

Aan het eind van mijn betoog gekomen wil ik graag het College van Bestuur van de Vrije Universiteit danken voor het in mij gestelde vertrouwen. Ik zal met Gods hulp alles inzetten om dat vertrouwen niet te beschamen.

Beste collega's van de rechtenfaculteit. Ik wil jullie graag danken voor de prettige samenwerking die ik de afgelopen tijd heb mogen meemaken. Dat geldt in het bijzonder voor de collega's van de afdeling privaatrecht. Jullie warme ontvangst en dagelijkse steun hebben mijn 'inburgering' als hoogleraar op de VU gemakkelijk en aangenaam gemaakt.

---

<sup>94</sup> E.P. von Brucken Fock (1996), p. 232 (zie noot 44).

Beste collega hoogleraren, en in het bijzonder Chris Jansen, Arno Akkermans, Tymen van der Ploeg, en beste naaste collega's van de sectie personen- en familierecht, Kees Blankman, Ton Liefwaard, Geeske Ruitenbergh, Naomi Spalter en Lieke Coenraad, het is een voorrecht en een groot genoegen om met jullie samen te werken!

Beste oude collega's, Molengravers, veel dank voor jaren prettige samenwerking. Beste Katharina Boele-Woelki, voor jou een bijzonder woord van dank. Ik heb heel veel van je geleerd. Het is voor een groot deel aan jou te danken dat ik mijn professionele carrière in Nederland met succes kon voorzetten.

Dear old comrades in arms from Russia, with whom I worked hand in hand on the new Russian Family Code, let me thank you for the unforgettable experience that we share together.

Lieve moeder, tot mijn grote spijt kan je hier vandaag niet aanwezig zijn. Dank voor alle offers, die je voor mij hebt gebracht, en voor alle gebeden, die je dagelijks voor mij tot God richt. Zonder jou zou ik nergens zijn.

Lieve schoonfamilie, lieve vrienden, dankzij jullie voel ik mij hier thuis. Ik ben heel blij dat ik samen met jullie ook deze bijzondere dag kan delen.

Lieve Arno. Jij weet wat voor dank ik jou wil zeggen. Daarover hoef ik je vandaag niet toe te spreken, en dat zal ik verder ook niet doen. Ik heb gezegd.