

Vergaderjaar 2011–2012

32 550

Voorstel van wet van de leden Koşer Kaya en Van Hijum tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren)

30 420

Emancipatiebeleid

Nr. 35

VOORLICHTING VAN DE RAAD VAN STATE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 9 mei 2012

Bij brief van 3 januari 2012 hebben de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd hen van voorlichting te dienen over de positie van de gewetensbezwaarde (trouw)ambtenaren.¹

Inleiding

De positie van de gewetensbezwaarde (trouw)ambtenaar is de afgelopen jaren onderwerp geweest van aanhoudend debat in gemeenten en de Tweede Kamer. In het kader van dit debat heeft de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap op 23 juni 2011 toegezegd een kabinetsreactie te geven op het advies van de Commissie gelijke behandeling inzake gewetensbezwaarde trouwambtenaren uit 2008.² Ten behoeve van de voorbereiding van deze reactie hebben de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de Afdeling advisering verzocht hen van voorlichting te dienen en daartoe de volgende vragen voorgelegd:

- I. Wat is de reikwijdte en onderlinge verhouding van de grondrechten die in het geding zijn in het geval van gewetensbezwaren in relatie tot ambtenaren, in het bijzonder (buitengewoon) ambtenaren van de burgerlijke stand?
- II. Op welke wijze kan, gelet op de inrichting en toepassing van het bestaande (grond)wettelijke toetsingskader, op adequate wijze recht worden gedaan aan de betrokken (grondrechtelijke) belangen, waaronder de belangen van:
 - a) de betrokken burgers die in het huwelijk willen treden;

¹ Het betreft hier de gewone en buitengewone ambtenaren van de burgerlijke stand, die belast zijn met het sluiten van huwelijken. Conform het spraakgebruik in het debat hanteert de Afdeling veelal de term «trouwambtenaar».

² Cgb-advies 2008/04, Trouwen? Geen bezwaar!.

- b) de gemeente als openbare dienst in het openbaar verkeer en als werkgever; en
- c) de (zowel zittende als toekomstige) (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand?

Bij de beantwoording van deze voorlichtingsvragen zal de Afdeling slechts in de marge ingaan op de bredere kwestie van gewetensbezwaarde ambtenaren in het algemeen en zich primair concentreren op de specifieke problematiek van gewetensbezwaarde trouwambtenaren, nu de voorlichtingsvragen met name daarop zien. Daarenboven gaat het – zoals uit deze voorlichting naar voren komt – bij de gewetensbezwaarde trouwambtenaren om een specifieke kwestie, die mede gezien de (voor)geschiedenis niet onverkort vergelijkbaar is met de positie van gewetensbezwaarde ambtenaren in het algemeen.

De Afdeling constateert dat het debat over de positie van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar politiek en maatschappelijk is gepolariseerd op basis van abstracte principes, welke het vinden van een – voor alle betrokkenen min of meer aanvaardbare – oplossing in concreto bemoeilijkt. Een pragmatische benadering, welke past in de Nederlandse traditie van tolerantie ten opzichte van afwijkende opvattingen, ligt dan ook meer voor de hand. Dat vereist dat de problematiek in haar feitelijke proporties gezien wordt: de huwelijkssluiting ten overstaan van de trouwambtenaar is op zichzelf een neutrale overheidshandeling, het aantal gewetensbezwaarde trouwambtenaren is beperkt, en eventuele organisatorische problemen als gevolg van gewetensbezwaren kunnen door gemeenten veelal op praktische wijze worden ondervangen. Deze feitelijke context is van belang, ook voor de inventarisatie en analyse van de Afdeling met betrekking tot de relevante grondrechtenbepalingen, waarvan de uitkomst reeds hier – beknopt – wordt weergegeven.

Samenvatting van de voorlichting

Grondrechteninventarisatie en -analyse

De Afdeling inventariseert de reikwijdte en onderlinge verhouding van de betrokken grondrechten; het recht om te huwen, de vrijheid van geweten en godsdienst, het recht op gelijke behandeling en, als uitwerking daarvan, het recht op gelijke benoembaarheid in overheidsdienst. Er zijn de Afdeling geen gevallen bekend waarbij de aanwezigheid van gewetensbezwaarde trouwambtenaren bemoeilijkt dat paren van gelijk geslacht in het huwelijk konden treden. Het recht om te huwen blijkt in alle gevallen rechtens en feitelijk te worden gewaarborgd, zodat dit recht niet bepalend is voor de afweging met betrekking tot de positie van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar.

De vrijheid van godsdienst en geweten zou relevant kunnen zijn: mogelijk kunnen gewetensbezwaarde trouwambtenaren zich daarop beroepen. Het niet honoreren van religieuze gewetensbezwaren van trouwambtenaren leidt in ieder geval tot indirect onderscheid op grond van godsdienst. Door trouwambtenaren niet toe te staan om te weigeren een huwelijk tussen paren van gelijk geslacht te sluiten worden immers degenen die het huwelijk op religieuze gronden zien als uitsluitend een verbintenis tussen man en vrouw, benadeeld ten opzichte van ambtenaren met een andere, niet-religieuze achtergrond. De eis dat trouwambtenaren alle huwelijken moeten sluiten, maakt het voor gewetensbezwaarden immers onmogelijk om het ambt van trouwambtenaar te bekleden. Of voor dit indirecte onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestaat, beoordeelt de Afdeling in het licht van alle betrokken (grondrechtelijke) belangen: van de betrokken burgers, van de gemeente als openbare dienst en als werkgever, van de zittende en toekomstige (buitengewone) ambtenaren

van de burgerlijke stand, van de rijksoverheid en van de betrokken minderheidsgroepen.

Belangenafweging

Gelet op de betrokken grondrechten en de bovengenoemde belangen komt de Afdeling daarbij tot de volgende afweging.

Naar het oordeel van de Afdeling dient bij een adequate afweging het recht van paren van gelijk geslacht om op gelijke voet met anderen verzekerd te zijn van de mogelijkheid om in iedere gemeente van Nederland te huwen voorop te staan. Daarbij heeft de gemeente tevens de verplichting te voorkomen dat zij geconfronteerd worden met door trouwambtenaren gekoesterde gewetensbezwaren. De plicht om dergelijke maatregelen te nemen staat aan een intern arrangement, waarin zittende gewetensbezwaarde ambtenaren geacommodeerd worden, evenwel niet in de weg.

Het discriminatieverbod op grond van seksuele gerichtheid is daarbij niet in geding, wanneer (a) paren van gelijk geslacht kunnen trouwen in de gemeente van hun keuze (want er is altijd een trouwambtenaar beschikbaar) en (b) zij dankzij interne maatregelen en afspraken niet worden geconfronteerd met een gewetensbezwaarde trouwambtenaar. Binnen deze randvoorwaarden is de houding die gemeenten aannemen jegens gewetensbezwaarde trouwambtenaren een interne aangelegenheid. De vrijheid van gemeenten wordt evenwel ingeperkt door de kaders gesteld door het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), de artikelen 1 en 3 van de Grondwet en de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb). Voor een eventuele uitsluiting van gewetensbezwaarde trouwambtenaren zal dan ook telkens een objectieve rechtvaardiging moeten worden gevonden. Naar het oordeel van de Afdeling is er bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging een zeker verschil tussen het ontslag van de reeds aangestelde gewetensbezwaarde trouwambtenaar enerzijds en het weren van een aspirant-trouwambtenaar anderzijds, mede gelet op de gevolgen voor de betrokken personen.

Reeds aangestelde ambtenaren

De houding van gemeenten ten opzichte van reeds aangestelde ambtenaren met gewetensbezwaren wordt beheerst door het sinds lang door de overheid gevoerde beleid jegens gewetensbezwaarde ambtenaren: uitgangspunt is het bewilligen in gewetensbezwaren, tenzij dit leidt tot problemen bij de uitvoering van de dienst, wanneer de gewetensbezwaren onvoldoende «zwaar» zijn of wanneer deze bezwaren onvoldoende zwaarwegend of strijdig met fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat. Van onvoldoende «gewicht» of van strijd met de beginselen van de democratische rechtsstaat is hier echter geen sprake.

In lijn hiermee acht de Afdeling voor het ontslaan van reeds aangestelde trouwambtenaren slechts een objectieve rechtvaardiging aanwezig, wanneer dit noodzakelijk is voor het goed functioneren van de dienst, het waarborgen van de huwelijksluiting voor eenieder. Gezien de ervaringen sinds de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk zal dit slechts bij uitzondering aan de orde zijn; daarvan is tot op heden overigens niet gebleken.

Ten slotte overweegt de Afdeling dat de voorbeeldfunctie van de overheid geen aanleiding kan zijn voor het weren van gewetensbezwaarde ambtenaren, nu dit als doel onvoldoende zwaarwegend is om een

objectieve rechtvaardiging op te leveren voor het gemaakte onderscheid jegens de betrokken ambtenaren.

Aspirant-trouwambtenaren

De gevolgen van een beleid dat gericht is op het weren van gewetensbezwaarde trouwambtenaren zijn voor aspiranten in zekere mate van een andere orde dan voor reeds aangestelde ambtenaren. Verbreking van een arbeidsverhouding vormt een zwaardere aantasting van het belang van betrokkene dan het niet aannemen, dat veelal mede gebaseerd zal zijn op een voorkeur voor een andere aspirant. Hieruit volgt dat voor gemeenten bij nieuw aan te nemen trouwambtenaren mogelijk meer beoordelingsruimte kan bestaan.

Op het aannemen van deze ambtenaren is evenwel hetzelfde toetsingskader van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM, de artikelen 1 en 3 Grondwet en de Awgb van toepassing. Het met de uitsluiting vanwege gewetensbezwaren gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst zal derhalve ook hier een objectieve rechtvaardiging behoeven. Naar het oordeel van de Afdeling kan de eis alle huwelijken te sluiten onder omstandigheden bijdragen aan het doel van de goede functie vervulling en de goede functionering van de openbare dienst, en kan die eis noodzakelijk zijn om het gelijke recht om te huwen voor paren van gelijk geslacht te waarborgen. Derhalve zijn er naar het oordeel van de Afdeling situaties denkbaar waarin een gewetensbezwaarde aspirant kan worden geweigerd voor de functie van trouwambtenaar. De Afdeling meent echter dat het in het licht van het geschetste toetsingskader te ver zou voeren indien gemeenten generiek, los van een belangenafweging die toegespitst is op de concrete situatie, zouden besluiten dat zij van alle nieuw aan te stellen trouwambtenaren verlangen dat deze bereid zijn ook huwelijken van paren van gelijk geslacht te sluiten.

Geen afzonderlijke wet

Gelet op de aard en omvang van het vraagstuk heeft de Afdeling twijfels over aanvaardbaarheid, nut en noodzaak van een mogelijke specifieke wet gericht op de positie van gewetensbezwaarde (aspirant)trouwambtenaren. Daarbij acht zij een dergelijke specifieke wet ook kwetsbaar in het licht van nationale en internationale gelijkheidsnormen, en mogelijk ook in het licht van de vrijheid van godsdienst. Volstaan moet en kan worden met het afwegingskader van de Awgb, dat een op de concrete situatie toegesneden beoordeling door gemeenten mogelijk maakt.

Opzet van de voorlichting

De opzet van deze voorlichting is als volgt. De Afdeling zal eerst de voorgeschiedenis schetsen welke geleid heeft tot het voorlichtingsverzoek (§1). Vervolgens zal worden ingegaan op de rechtspositie van de ambtenaar van de burgerlijke stand en de juridische positie van de gemeente (§2). Daarna zal het toepasselijke grondrechtelijke toetsingskader worden geanalyseerd. In de eerste plaats zal worden ingegaan op het recht om te huwen (§3), de vrijheid van godsdienst en geweten (§4) en het recht op gelijke behandeling (§5, onder a). Vervolgens zal in aansluiting op vraag II van het voorlichtingsverzoek worden ingegaan op de verschillende posities en grondrechtelijke belangen van de betrokken belanghebbenden (§5, onder b). Een en ander mondt uit in de uiteindelijke afweging (§6).

1. Voorgeschiedenis

a. Geregistreerd partnerschap en openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht

Sinds 1 januari 1998 kunnen paren van verschillend en van gelijk geslacht een geregistreerd partnerschap aangaan.¹ Sinds 1 april 2001 kan door twee personen van gelijk geslacht een huwelijk worden aangegaan.²

Het streven naar gelijkberechtiging van homoseksuele paren ten opzichte van heteroseksuele paren is in de discussie over de openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht het doorslaggevend motief geweest.³ De Wet openstelling huwelijk gaat dan ook uit van gelijke behandeling tussen paren van verschillend en van gelijk geslacht.

Tegelijkertijd is in het wetgevingsproces steeds benadrukt dat nationale en internationale gelijkheidsnormen zoals artikel 1 Grondwet, artikel 26 IVBPR en het EVRM niet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht dwingen.⁴ De in bepaalde geloofsovertuigingen en langdurige traditie gewortelde opvatting, dat het huwelijk slechts kan bestaan tussen en voorbehouden dient te zijn aan personen van verschillend geslacht, werd in lijn hiermee niet met dergelijke bepalingen in strijd geacht en kon aanspraak maken op respect⁵ – al werd deze opvatting na zorgvuldige afweging minder zwaar gewogen dan de argumenten ten gunste van de wettelijke openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht.⁶

b. De gewetensbezwaarde trouwambtenaar als onderwerp van debat

De rechtspositie van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar is veelvuldig aan de orde geweest bij de totstandkoming van de Wet openstelling huwelijk. Ook daarvoor en nadien is deze rechtspositie vaak onderwerp van debat geweest. Het is dit debat waaruit ten slotte de voorlichtingsvragen zijn voortgevloeid.

De respectieve kabinetten hebben zich steeds op het standpunt gesteld dat aan gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand ruimte geboden zou moeten worden. Dat standpunt is in overeenstemming met het onder a. weergegeven uitgangspunt, dat uit nationale en internationale gelijkheidsnormen niet voortvloeit dat ook paren van gelijk geslacht moeten kunnen trouwen en is in lijn met het betuigde respect voor de (weliswaar door de wetgever met de Wet openstelling huwelijk verlaten) opvatting dat het huwelijk slechts kan bestaan tussen en voorbehouden dient te zijn aan personen van verschillend geslacht.

Een en ander was reeds het geval in de discussie over het geregistreerd partnerschap. Bij de behandeling van de notitie «Leefvormen in het familierecht»⁷ stelde de Staatssecretaris van Justitie: «Het komt mij voor dat het probleem van de ambtenaar van de burgerlijke stand die in gewetensnood zou komen, indien ten overstaan van hem of haar een registratie van een samenleving door twee personen van hetzelfde geslacht zou moeten plaatsvinden, binnen de gemeenten (door middel van vervanging) moet worden opgelost. Artikel 16, eerste lid, van Boek 1 B.W. bepaalt dat in iedere gemeente ten minste twee ambtenaren van de burgerlijke stand zijn of, naar goedgevonden van burgemeester en wethouders, meer ambtenaren van de burgerlijke stand. Daarenboven kunnen er een of meer buitengewone ambtenaren van de burgerlijke stand zijn die belast zijn met bepaalde taken. De wet biedt daarmee voldoende mogelijkheden tot vervanging.»⁸

¹ Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 324.

² Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9.

³ Kamerstukken II 1997/98, 26 024, nr. 9, blz. 68 (regeerakkoord 1998); Kamerstukken II 1998/99, 26 672, B, blz. 3 en nr. 3, blz. 3.

⁴ Kamerstukken II 1999/2000, 26 672, nr. 5, blz. 3, 14; Handelingen II 1999/00, nr. 98, blz. 6383, 6384, 6423, 6424, 6428, 6442; Kamerstukken I 2000/01, 26 672, nr. 92, blz. 1–3; Kamerstukken I 2000/01, 26 672, nr. 92a, blz. 1, 2, 7; Handelingen I 2000/01, nr. 14, blz. 598, 605, 652, 663, 664, 671, 672.

⁵ Met betrekking tot het respecteren van godsdienstige opvattingen, zie onder meer Handelingen I 2000/01, nr. 15, blz. 658, waar Staatssecretaris Cohen stelt: «Ik zou in dit geval menen dat respect voor godsdienstige opvattingen op dit punt [het punt van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar, RvS] tot tolerantie of zo men wil liberaliteit moet leiden.» Zie voor de onderbouwing van dit respect Kamerstukken I 2000/01, 26 672, nr. 92a, blz. 2: «De bezwaren tegen openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht vloeien naar mijn oordeel niet zozeer voort uit het niet gelijk willen behandelen van personen van gelijk geslacht, maar uit de opvatting dat een huwelijk slechts kan bestaan tussen personen van verschillend geslacht. Het behoort met andere woorden in deze zienswijze tot de wezenskenmerken van het huwelijk dat het alleen aangegaan kan worden door personen van verschillend geslacht. Daarom wordt openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht onbestaanbaar geacht. Een dergelijk bezwaar ontstaat het vraagstuk van de gelijke behandeling van personen van hetzelfde en verschillend geslacht, voor zover het gaat om het recht om te huwen». In vergelijkbare zin: Kamerstukken II 1999/2000, 26 672, nr. 5, blz. 1–2; Handelingen II 1999/00, nr. 98, blz. 6381–6384, 6423, 6424, 6428; Handelingen I 2000/01, nr. 98, blz. 652.

⁶ Kamerstukken II 1999/2000, 26 672, nr. 5, blz. 4.

⁷ Kamerstukken II 1994/95, 22 700, nr. 16.

⁸ Kamerstukken II 1995/96, 22 700, nr. 17.

Dit standpunt herhaalde de staatssecretaris tijdens de behandeling van het wetsvoorstel tot opname van bepalingen voor de registratie van een samenlevend paar,¹ waarbij zij uitging van de beleidslijn neergelegd in het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren».²

Bij de behandeling van het wetsvoorstel openstelling huwelijk stelde de regering zich, na aanvankelijke aarzeling, eveneens consequent op het standpunt dat ruimte gelaten diende te worden voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren – een standpunt dat door de meeste fracties werd gedeeld – en dat ter zake voor praktische oplossingen gezorgd diende te worden. Nadere regelgeving werd – gegeven de mogelijkheid van het vinden van praktische oplossingen – voorshands niet nodig geacht.³ Zo stelde de Staatssecretaris:

«Mijn uitgangspunten zijn de volgende. In iedere gemeente dient een huwelijk, ook een huwelijk van personen van hetzelfde geslacht, voltrokken te kunnen worden. Gemeenten hebben op dit punt autonomie. Daarmee gaan zij, ook als het gaat om gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand, zorgvuldig om. In iedere gemeente behoren krachtens de wet ten minste twee ambtenaren van de burgerlijke stand te zijn. Heeft de een gewetensbezwaren, dan kan de ander inspringen. Dat kan onderling besproken worden. Het lijkt mij niet dat daartoe verordeningen gemaakt dienen te worden. Als er in een gemeente niet meer dan twee ambtenaren van de burgerlijke stand zijn, die beiden ernstige bezwaren hebben tegen de voltrekking van een huwelijk van personen van hetzelfde geslacht, bestaat de mogelijkheid een ambtenaar van de burgerlijke stand van elders wordt ingeschakeld. Dat is een praktische oplossing waarvoor een verordening niet nodig is. [...] Het gaat erom dat op een praktische manier tegemoetgekomen kan worden aan ernstige gewetensbezwaren.»⁴

Met het oog hierop is de Staatssecretaris met de VNG en de NVVB (Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken) in overleg getreden, welke zich in deze door hem voorgestelde lijn konden vinden.⁵

De gewetensbezwaarde trouwambtenaar is ook na de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht voortdurend onderwerp van parlementaire aandacht geweest. Door de regering is op Kamervragen steeds geantwoord in lijn met het gestelde in het kader van de behandeling van de Wet openstelling huwelijk.⁶ Daarnaast werd het onderwerp benoemd in de regeerakkoorden van 2002 en 2007. Het hoofdlijnenakkoord van het kabinet Balkenende II uit 2002 bevat de volgende, met de geschetste wetsgeschiedenis overeenstemmende, passage:

«Overeenkomstig het destijds geformuleerde beleid brengt zorgvuldige omgang met gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand met zich dat in onderling overleg in plaats van de gewetensbezwaarde een andere ambtenaar van de burgerlijke stand een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht voltrekt, mits in elke gemeente de voltrekking van een dergelijk huwelijk mogelijk blijft.»

In het coalitieakkoord van het kabinet Balkenende IV is die passage opnieuw opgenomen, evenwel aangevuld met de volgende zin:

«Mochten er in de gemeentelijke praktijk problemen ontstaan, dan zullen initiatieven worden genomen om de rechtszekerheid van gewetensbezwaarde ambtenaren veilig te stellen.»

Deze aanvulling heeft geleid tot verscherping van de maatschappelijke en politieke discussie.

c. Oordelen en advies van de Commissie gelijke behandeling

In 2002 heeft de Commissie gelijke behandeling [hierna: Cgb] een drietal oordelen gegeven over de vraag of gemeenten aan trouwambtenaren de eis mogen stellen dat zij bereid zijn huwelijken van paren van gelijk

¹ Zie Handelingen II 1996/97, nr. 38, blz. 3151; Handelingen II 1996/97, nr. 40, blz. 3285; Handelingen I 1997/98, nr. 14, blz. 621.

² Rapport, uitgebracht door een werkgroep bestaande uit ambtenaren van de ministeries van Binnenlandse Zaken, van Defensie en van Justitie, over de positie van ambtenaren met gewetensbezwaren tegen het vervullen van (onderdelen van) hun taak, Den Haag 1983; bijlage bij Kamerstukken II 1983/84, 18 100 VII, nr. 36. Tevens opgenomen in J.P. Loof (red.), Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?, Leiden: NJCM 2008, blz. 115 e.v. Zie nader over dit rapport § 2d.

³ Handelingen II 1999/00, nr. 98, blz. 6393, 6423, 6426, 6430, 6442; Kamerstukken II 2000/01, 26 672, nr. 12; Kamerstukken I 2000/01, 26 672, nr. 92a, blz. 2; Handelingen I 2000/01, nr. 14, blz. 599, 606–608, 611, 658–659, 667–673.

⁴ Handelingen II 1999/00, nr. 98, blz. 6393; aldus ook de Staatssecretaris in Handelingen I 2000/01, nr. 15, blz. 658.

⁵ Kamerstukken II 2000/01, 26 672, nr. 12.

⁶ Vanaf 2000 zijn over dit onderwerp twaalf keer Kamervragen gesteld. Voor die tijd is eenmaal een Kamervraag gesteld over de gewetensbezwaarde trouwambtenaar in relatie tot het geregistreerd partnerschap.

geslacht te sluiten. Oordeel 2002-24 betrof een klacht van het COC inzake strijd met artikelen 5 en 7 van de Awgb van een gemeentelijke verordening die bepaalde dat de gewetensbezwaarde ambtenaar van de burgerlijke stand niet belast zou worden met de voltrekking van een huwelijk van personen van gelijk geslacht. De Cgb achtte het COC niet ontvankelijk: ten eerste omdat het voltrekken van een huwelijk een specifieke overheidstaak is die niet valt onder het aanbieden van goederen of diensten in de zin van artikel 7 Awgb, en ten tweede omdat het verbod van onderscheid in arbeidsverhoudingen in artikel 5 Awgb zich niet uitstrekt tot «de ideële gevolgen ten aanzien van derden van een arbeidsvoorwaardelijke regeling, waarbij geen concreet geschil op de werkvloer is betrokken».

De twee andere oordelen betroffen verzoeksters die gewetensbezwaren hadden tegen het voltrekken van een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht en daarom niet voor herbenoeming (oordeel 2002-25) resp. benoeming (2002-26) als buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand in aanmerking kwamen. De Cgb was van mening dat de functie-eis dat trouwambtenaren bereid moeten zijn huwelijken van paren van gelijk geslacht te sluiten, met name personen trof met een «bepaalde religieuze achtergrond». Daarmee leidde de eis tot indirect onderscheid op grond van godsdienst. Bij de beoordeling of dit onderscheid objectief gerechtvaardigd was, sloot de Cgb aan bij hetgeen ter zake in de hiervoor geschetste parlementaire behandeling van de Wet openstelling huwelijk was gesteld en oordeelde zij dat een eis die gewetensbezwaarde trouwambtenaren weert – zolang er voldoende trouwambtenaren zonder gewetensbezwaren zijn om ook deze huwelijken te kunnen sluiten – geen zwaarwegend belang dient en dus een verboden onderscheid vormt in de zin van de Awgb.

In 2008 heeft de Cgb haar opvatting inzake de gewetensbezwaarde trouwambtenaar gewijzigd. Zij oordeelde dat er een afweging moest worden gemaakt tussen de gewetensbezwaren van de trouwambtenaar enerzijds en het belang van bepaalde bevolkingsgroepen om niet gediscrimineerd te worden anderzijds. De Cgb meende dat een gemeente die ruimte biedt aan gewetensbezwaarde trouwambtenaren, daarmee toestaat dat deze ambtenaren een door de wet beschermde groep discrimineren, hetgeen indruist tegen het gelijkheidsbeginsel. De Cgb achtte het uitsluiten van gewetensbezwaarde trouwambtenaren voor de functie nu wel objectief gerechtvaardigd in de zin van de Awgb. Ter toelichting van deze koerswijziging heeft zij tezelfdertijd het advies «Trouwen? Geen bezwaar!» uitgebracht.¹ De Cgb maakte in dat advies een afweging tussen de betrokken grondrechten, zoals het recht om te huwen, de vrijheid van godsdienst en geweten en het discriminatieverbod. De regering heeft in antwoord op vragen van de kamerleden Anker en Van der Ham over dit advies gesteld dat de wettelijke taak van de gemeenten ruimte laat voor het aannemen van trouwambtenaren met gewetensbezwaren, zolang er praktische oplossingen mogelijk zijn. Het is derhalve aan de gemeente en de gewetensbezwaarde trouwambtenaar om in onderling overleg te zoeken naar oplossingen. De wettelijke kaders bieden voldoende ruimte om alle huwelijken in alle gemeenten te laten plaatsvinden en om aan een zorgvuldige omgang met gewetensbezwaarden tegemoet te komen, aldus de regering.²

Tijdens het voortgezet algemeen overleg over de «Hoofdpijnen van het emancipatiebeleid 2011–2015» op 23 juni 2011 heeft de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap toegezegd dat de regering een nadere reactie zou geven op het advies van de Cgb, «Trouwen? Geen bezwaar!». Op 8 november 2011 hebben de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aangekondigd ter voorbereiding van deze reactie advies te zullen vragen

¹ CGB-advies 2008/04.

² Aangangsel Handelingen II 2007/08, nr. 2575. Het daarin geformuleerde standpunt is eerder verwoord in Aangangsel Handelingen II 2007/08, nr. 1564.

aan de Afdeling advisering van de Raad van State. Op 15 november 2011 heeft de Tweede Kamer de motie-Van Gent aangenomen waarin de regering wordt verzocht gehoor te geven aan de aanbeveling uit 2008 van de Cgb om met een wettelijke regeling een einde te maken aan het fenomeen van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar (in de motie aangeduid als «weigerambtenaar»).

¹

d. Cijfers

Voor zover bekend zijn er thans 48 gemeenten waarin gewetensbezwaarde trouwambtenaren, in totaal 88, werkzaam zijn. In 247 gemeenten wordt bij werving en selectie de eis gesteld dat nieuwe trouwambtenaren alle huwelijken sluiten. In 9 gemeenten zijn vanaf 1 april 2001 nog nieuwe gewetensbezwaarde ambtenaren aangenomen, terwijl in 24 gemeenten formeel is besloten dat gewetensbezwaarden trouwambtenaar kunnen worden.

²

Het sluiten van huwelijken van personen van gelijk geslacht vormt een beperkt onderdeel van het takenpakket van trouwambtenaren: het betreft landelijk ongeveer 1 350 huwelijken per jaar, minder dan 2% van het totale aantal huwelijken.

³

Er zijn – althans bij de Afdeling advisering – geen gevallen bekend waarin een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht in een bepaalde gemeente niet mogelijk was of bemoeilijkt werd vanwege de aanwezigheid van gewetensbezwaarde trouwambtenaren.

2. (Rechts)positie van de ambtenaren van de burgerlijke stand

a. Wettelijk kader

Een huwelijk dient te worden voltrokken ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand (artikel 1:63 van het Burgerlijk Wetboek), die na de verklaring van de aanstaande echtgenoten als bedoeld in artikel 1:67, eerste lid, van het BW verklaart dat partijen door de echt aan elkaar zijn verbonden, en daarvan in het daartoe bestemde register een akte opmaakt (artikel 1:67, tweede lid, BW). In elke gemeente dienen er ten minste twee (gewone) ambtenaren van burgerlijke stand te zijn (artikel 1:16, eerste lid, eerste volzin, BW). Daarnaast kunnen er een of meer buitengewone ambtenaren van de burgerlijke stand zijn (artikel 1:16, eerste lid, tweede volzin, BW), uitsluitend belast met de voltrekking van huwelijken en het registreren van partnerschappen (artikel 1:16a, tweede lid, BW). De benoeming van de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand kan voor bepaalde of voor onbepaalde tijd geschieden. De benoeming voor bepaalde tijd is gebruikelijk. Daarnaast is benoeming als buitengewoon ambtenaar voor de burgerlijke stand mogelijk voor de voltrekking van één enkel huwelijk of geregistreerd partnerschap.

De «gewone» ambtenaar van de burgerlijke stand en de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand zijn ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet. Artikel 109 van de Grondwet bepaalt dat de wet de rechtspositie van ambtenaren regelt. Het formeel-wettelijke kader wordt gevormd door de Ambtenarenwet, waarvan met name artikel 125 van belang is. Artikel 125, tweede lid, van de Ambtenarenwet laat de regeling van belangrijke onderdelen van de rechtspositie over aan lagere regelgeving door het betreffende bevoegd gezag: wat betreft gemeenteambtenaren dus aan de gemeenteraad. Tot deze onderdelen behoren onder meer aanstelling, schorsing en ontslag⁴ en overige rechten en verplichtingen⁵ van ambtenaren.

¹ Kamerstukken II 2011/12, 27 017, nr. 77:

«overwegende, dat ambtenaren de wet dienen na te leven en uit te voeren en dat daartoe ook de verplichting behoort dat bij de uitvoering van taken niet in strijd gehandeld mag worden met het discriminatieverbod; constaterende, dat de Commissie Gelijke Behandeling in 2008 al vaststelde dat het onwenselijk is dat er onduidelijkheid bestaat over de ruimte die er is om tegemoet te komen aan gewetensbezwaarden van ambtenaren van de burgerlijke stand; verzoekt de regering gehoor te geven aan de aanbeveling van de Commissie Gelijke Behandeling uit 2008 om met een wettelijke regeling een einde te maken aan het fenomeen van de weigerambtenaar en de Kamer daarover voor 1 januari 2012 te informeren.»

² Gegevens afkomstig van <www.coc.nl>, dossier «Homohuwelijk», onder Inventarisatie trouwbeleid.

³ CBS-cijfers met betrekking tot gesloten huwelijken in 2009 en 2010, <www.cbs.nl>.

⁴ Artikel 125, derde lid, Ambtenarenwet onder verwijzing naar het eerste lid, onderdeel a.

⁵ Artikel 125, derde lid, Ambtenarenwet onder verwijzing naar het eerste lid, onderdeel j.

De rechtspositieregeling van gemeenteambtenaren wordt in gemeentelijke verordeningen neergelegd, waarbij de Collectieve arbeidsvoorwaardenregeling (hierna: Car) van de VNG, die is uitgewerkt in een Uitwerkingsovereenkomst (hierna: Uwo), als uitgangspunt geldt. Artikel 1:2, onderdeel c, van de Car bepaalt dat de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand geen ambtenaar is in de zin van de Car.¹ Voor deze ambtenaren wordt door de gemeenten een afzonderlijke rechtspositieregeling vastgesteld. De voorbeeldregeling van de VNG verwijst voor de ontslagregeling naar de regeling in de Car.² De Car en de Uwo zijn modelregelingen.³ Deze regelingen verplichten de ambtenaar ertoe om zijn betrekking nauwgezet en ijverig te vervullen en zich ook overigens te gedragen zoals een goed ambtenaar betaamt. Deze verplichting komt tevens tot uitdrukking in de ambtseed die de (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand dient af te leggen ten overstaan van de rechtbank tot wier rechtsgebied de gemeente behoort waar hij voor het eerst wordt benoemd.⁴

b. Zelfstandige taakvervulling

De ambtenaar van de burgerlijke stand⁵ vervult zijn taak op grond van het BW zelfstandig. Ofschoon benoemd door burgemeester en wethouders behartigt de ambtenaar van de burgerlijke stand niet primair een gemeentelijk belang, maar een algemeen (rechts)belang.⁶ Dat belang omvat het opnemen in de onder hem berustende registers van de burgerlijke stand van akten (onder meer de akte als bedoeld in artikel 67, tweede lid, BW) en de daaraan toe te voegen latere vermeldingen, alsmede al datgene wat de instandhouding van de registers en de zorg voor de toegankelijkheid van de daarin neergelegde gegevens betreft.⁷ Alleen de rechter kan hem instructies geven met betrekking tot het opmaken van akten.

De zelfstandige positie van de ambtenaar van de burgerlijke stand komt tevens tot uitdrukking in het feit dat de gemeente verplicht is personeel beschikbaar te stellen om de ambtenaren van de burgerlijke stand bij te staan.⁸ Dat personeel ontvangt zijn instructies van de ambtenaar van de burgerlijke stand onder wiens leiding de werkzaamheden worden verricht en is aan hem of aan de ambtenaar die hem vervangt, onmiddellijk ondergeschikt.⁹ Ten slotte dient er op gewezen te worden dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld ten aanzien van de door het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) te treffen voorzieningen ten behoeve van de taakuitoefening van de ambtenaar van de burgerlijke stand, en voorts ten aanzien van al wat verder de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand betreft (artikel 1:16d BW). Deze algemene maatregel van bestuur is het Besluit burgerlijke stand 1994.

Het bovenstaande betekent niet dat het college geen enkele zeggenschap heeft over de ambtenaar van de burgerlijke stand. Uit de bevoegdheid de ambtenaar van de burgerlijke stand te benoemen, te schorsen en te ontslaan volgt immers dat ook het college een verantwoordelijkheid heeft voor het goed functioneren van deze ambtenaren. Op het college rust de verplichting te waarborgen dat er in de betreffende gemeente te allen tijde twee of meer ambtenaren van de burgerlijke stand zijn en dat in de gemeente zowel personen van verschillend als van hetzelfde geslacht kunnen trouwen (artikelen 1:16, 1:30 en 1:63 BW). Op grond van deze bevoegdheid en vanuit deze verantwoordelijkheid kan het college beleid voeren ten aanzien van gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand.¹⁰ Tegelijkertijd is de ruimte voor eigen beleid ingeperkt door de regeling ter zake in Boek 1 BW, het Besluit burgerlijke stand en hogere normen, onder meer neergelegd in de Grondwet en verdragen.

¹ Beide regelingen zijn raadpleegbaar op <www.car-uwo.nl>.

² Bijlage bij VNG-brief CvA/U200700940.

³ De VNG onderhandelt op basis van artikel 2 van haar Statuten met de bonden over de arbeidsvoorwaarden van gemeenteambtenaren. Gemeenten zijn verenigingsrechtelijk gebonden tot vaststelling van de uit die onderhandelingen voortvloeiende CAR. De UWV geeft een uitwerking van de hoofdlijnen in de CAR en regelt een aantal secundaire arbeidsvoorwaarden. De UWV is alleen bindend voor gemeenten die zich daarvoor hebben aangemeld.

⁴ Artikel 1:16, vierde lid, BW.

⁵ In het navolgende wordt onder ambtenaar van de burgerlijke stand mede de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand begrepen, tenzij het tegendeel blijkt.

⁶ J.N.E. Plasschaert, Burgerlijke Stand, Amsterdam 2001, blz. 137–138; Asser/De Boer I* 2010, nr. 66.

⁷ Artikel 1:16a, eerste lid, BW.

⁸ Artikel 3 Besluit burgerlijke stand 1994.

⁹ Artikel 4 Besluit burgerlijke stand 1994.

¹⁰ Zoals bevestigd door de regering bij de behandeling van de Wet openstelling huwelijk, zie Handelingen II 1999/00, nr. 98, blz. 6393.

c. Aanstelling, verlenging en ontslag

Het besluit om iemand niet in een bepaalde functie als ambtenaar aan te stellen is krachtens de Algemene wet bestuursrecht vatbaar voor bezwaar (en bij afwijzing daarvan voor beroep op de bestuursrechter), indien dit besluit wordt genomen binnen de verhouding tussen een ambtenaar en het bevoegd gezag waarbij deze reeds is aangesteld.¹ Dat geldt niet alleen voor de gewone ambtenaar van de burgerlijke stand, maar ook voor de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand, die immers eveneens ambtenaar is in de zin van artikel 1 Ambtenarenwet.² Ambtenaren die solliciteren bij een ander bevoegd gezag en burgers die solliciteren op een positie als ambtenaar kunnen geen bezwaar en beroep instellen tegen een afwijzing. Wel staat voor hen beroep open op de burgerlijk rechter. Tegen besluiten tot weigering van verlenging van een aanstelling en tot ontslag van de ambtenaar staat de rechtsgang op grond van de Algemene wet bestuursrecht open.³

Voor werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst geldt onder meer de regeling inzake kennelijk onredelijk ontslag in artikel 7:681 BW. Ingevolge artikel 7:681, tweede lid, aanhef en onder e, BW kan opzegging door een werkgever van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk worden geacht, wanneer deze geschiedt wegens het enkele feit dat de werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten. Bij de behandeling van het wetsvoorstel strekkende tot opname van deze regeling is door de regering bij herhaling overwogen dat een dergelijke regeling voor ambtenaren niet nodig is, nu de gekozen beleidslijn (neergelegd in het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren», zie onder d.) voldoet en extra waarborgen in de vorm van wettelijke bepalingen overbodig zijn.⁴

d. Rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren»

In 1983 heeft een ambtelijke werkgroep het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren» opgesteld,⁵ dat door de regering tot uitgangspunt van het regeringsbeleid op dit terrein is genomen.⁶ Ook in de rechtspraak inzake ontslag vanwege weigering op grond van gewetensbezwaren is dit rapport betrokken en geldt het als richtsnoer voor het handelen van colleges van burgemeester en wethouders als werkgever.⁷

Het rapport concentreert zich op de positie van de reeds aangestelde ambtenaar en ziet daarmee niet direct op de positie van de gewetensbezwaarde sollicitant. Tegelijkertijd stroken de uitgangspunten van het rapport in vergaande mate met de uitgangspunten van artikel 3 Grondwet, de gelijke benoembaarheid in openbare dienst.⁸ Het rapport kan dan ook tevens aanknopingspunten bieden voor de beoordeling van de positie van aspirant-trouwambtenaren.

Het rapport stelt dat uit het beginsel van de gewetensvrijheid voortvloeit dat een ambtenaar met gewetensbezwaren tegen functieverplichtingen recht heeft op overleg met zijn bevoegd gezag over zijn gewetensbezwaren en zo nodig op onderzoek naar de mogelijkheden om zijn functie binnen of buiten het werkverband te kunnen blijven vervullen. Het ontbreken van wettelijke bepalingen over de behandeling van gewetensbezwaren van ambtenaren is geen reden om gewetensbezwaren af te wijzen. Wel dient het bevoegd gezag aangevoerde gewetensbezwaren op hun ernst te beproeven, hetgeen ertoe kan leiden dat het bevoegd gezag aan deze bezwaren niet tegemoet komt, indien de bezwaren als onvoldoende ernstig worden beoordeeld. Strijdigheid van gewetensbezwaren met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat zijn een grond voor afwijzing van die bezwaren. Ook het onvoldoende verlenen van

¹ Artikel 8:4, aanhef en onder d, Awb, zie CRvB 15 november 2006, LJN: AZ3047.

² Rb. Leeuwarden 21 oktober 2002, JB 2002, 380, Rb, Leeuwarden 24 juni 2003, TAR 2003, 128.

³ De Centrale Raad van Beroep kwalificeert de aankondiging van de datum van het eindigen van een aanstelling voor bepaalde tijd als een appellabel besluit tot weigering van de verlenging van de aanstelling.

⁴ Kamerstukken II 1992/93, 22 392, nr. 6, blz. 3, 6 en 8, zie ook: Handelingen II 1993/94, 6, blz. 311.

⁵ Rapport, uitgebracht door een werkgroep bestaande uit ambtenaren van de ministeries van Binnenlandse Zaken, van Defensie en van Justitie, over de positie van ambtenaren met gewetensbezwaren tegen het vervullen van (onderdelen van) hun taak, Den Haag 1983; bijlage bij Kamerstukken II 1983/84, 18 100 VII, nr. 36 en opgenomen in: J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM 2008, blz. 115 e.v..

⁶ Kamerstukken II 1988/89, 20 800 VII, nr. 31, blz. 1 en Kamerstukken II 1991/92, 22 392, nr. 3, blz. 3–4. In de vergadering op 18 januari 1998 van het Centraal Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken (CCGOA) is overeengekomen het beleid voor ambtenaren met gewetensbezwaren overeenkomstig dit rapport te voeren, zie Stcrt. 1989, nr. 16.

⁷ Ambtenarengerecht 's-Hertogenbosch 1 mei 1986, TAR 1986, 165; Ambtenarengerecht Rotterdam 17 februari 1987, TAR 1987, 109.

⁸ Naar welke bepaling het rapport verwijst (blz. 15).

medewerking aan eerdergenoemd overleg kan een grond voor afwijzing van de bezwaren zijn.

De plaats en de taak van de openbare dienst in het democratisch bestel brengen verder mee dat voorzieningen in verband met gewetensbezwaren moeten worden beoordeeld op hun effect op de goede functievervulling en op het goed functioneren van de openbare dienst. Voor bedoelde voorzieningen kan «ruimte» zijn als zij geen schade toebrengen aan de goede functievervulling en aan het goed functioneren van de openbare dienst. Wat met het oog op deze belangen nog wel en wat niet meer aanvaardbaar is, zal afhangen van de aard van het werkverband en de concrete omstandigheden. Bijzondere aandachtspunten in verband met de goede functievervulling en het goed functioneren van de openbare dienst die bij de beoordeling van gewetensbezwaren van trouwambtenaren een rol kunnen spelen, zijn: de omvang van de organisatie, het aantal gewetensbezwaarden binnen de organisatie en de inzetbaarheid van de overige ambtenaren.

3. Het recht om te huwen

Het recht om te huwen is niet verankerd in de Grondwet, maar wordt wel beschermd door verdragen waarbij Nederland partij is.¹ De Cgb verwijst in haar advies uit 2008 naar het recht om te huwen in artikel 12 van het EVRM. Zij wijst erop dat het genot van dit recht, en daarmee de verplichting om de in dit recht besloten liggende aanspraken te verzekeren, in handen ligt van de ambtenaren van de burgerlijke stand. Op het gemeentebestuur rust – aldus de Cgb – derhalve een grote verantwoordelijkheid om de juiste naleving van dit grondrecht te verzekeren, onder meer door middel van het personeelsbeleid ten aanzien van de ambtenaren van de burgerlijke stand, inclusief het aanstellingsbeleid.²

Allereerst rijst de vraag of paren van gelijk geslacht zich kunnen beroepen op artikel 12 van het EVRM, dat het recht waarborgt van mannen en vrouwen om te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetgeving die dit recht beheerst. De Hoge Raad heeft in 1990 reeds uitgesproken dat artikel 12 van het EVRM «niet voorziet in een recht van personen van gelijk geslacht om met elkaar een huwelijk aan te gaan».³ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft tot voor kort eveneens geoordeeld dat deze bepaling enkel betrekking heeft op huwelijken van personen van verschillend geslacht.⁴ Het Hof heeft in het arrest *Schalk en Kopf/Oostenrijk* (2010) weliswaar de nuance aangebracht dat artikel 12 EVRM wel van toepassing kan zijn op huwelijken tussen personen van gelijk geslacht, maar het heeft aan zijn oordeel vastgehouden dat uit artikel 12 van het EVRM geen verplichting voor de lidstaten voortvloeit om aan personen van gelijk geslacht toegang te verlenen tot het huwelijk.⁵ Het EHRM motiveert dit onder meer door te verwijzen naar de vaak diepgewortelde sociale en culturele connotaties van het huwelijk, die tussen de lidstaten kunnen verschillen; het Hof zal dan ook niet spoedig zijn eigen oordeel in de plaats stellen van dat van de nationale autoriteiten.⁶

Artikel 23, tweede lid, van het IVBPR vertoont in zijn formulering grote gelijkenis met artikel 12 van het EVRM, maar bevat geen verwijzing naar de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen. Er zijn echter geen aanwijzingen dat artikel 23, tweede lid, van het IVBPR een ruimer recht om te huwen bevat dan artikel 12 van het EVRM. Ten slotte bevat artikel 9 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,⁷ dat ontleend is aan artikel 12 EVRM, eveneens het recht om te huwen en een gezin te stichten, evenwel zonder te spreken van «mannen en vrouwen». De toelichting bij deze bepaling stelt dat dit artikel «verbiedt noch gebiedt dat aan verbintenissen tussen personen van

¹ Zie artikel 12 van het EVRM, artikel 23, tweede lid, van het IVBPR en artikel 9 van het EU-Handvest.

² CGB-advies 2008/04, blz. 8.

³ HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 129.

⁴ Artikel 12 EVRM heeft volgens het Hof vooral ten doel het huwelijk als grondslag voor het gezin te beschermen: EHRM, Rees, arrest van 17 oktober 1986, nr. 9532/81; EHRM, Parry, beslissing van 28 november 2006, nr. 42971/05.

⁵ EHRM, *Schalk en Kopf t. Oostenrijk*, arrest van 24 juni 2010, nr. 30141/04, overweging 61: «as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting States.» Zie meer recent in dezelfde zin EHRM, *Gas en Dubois t. Frankrijk*, arrest van 15 maart 2012, nr. 25951/07, overweging 66.

⁶ EHRM, *Schalk en Kopf t. Oostenrijk*, arrest van 24 juni 2010, nr. 30141/04, overweging 62.

⁷ Het EU-Handvest is geen zelfstandige bron van grondrechtenbescherming. De bepalingen van het Handvest zijn mede gericht tot de lidstaten van de EU, maar uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Van dergelijke tenuitvoerlegging zal bij het sluiten van huwelijken van paren van gelijk geslacht doorgaans geen sprake zijn.

hetzelfde geslacht de status van het huwelijk wordt verleend.»¹

Uit deze bepalingen kan derhalve geen aanspraak op het recht om te huwen van paren van gelijk geslacht afgeleid worden: het is en blijft aan de nationale wetgever om dat recht al dan niet aan hen toe te kennen. Dat neemt niet weg dat artikel 9 van het Handvest de mogelijkheid openlaait het recht om te huwen uit te strekken tot paren van gelijk geslacht. De tekst van deze bepaling – «het recht te huwen [...] wordt gewaarborgd» – is anders geformuleerd dan artikel 12 van het EVRM – «mannen en vrouwen [...] hebben het recht te huwen». De toelichting bij artikel 9 van het Handvest wijst daar ook op: «De formulering van dit recht is aangepast aan de tijd om ook de gevallen te bestrijken waarin de nationale wetgevingen andere vormen dan het huwelijk erkennen om een gezin te stichten. [...] Dit recht lijkt dus naar [bedoeld is vermoedelijk: «lijkt dus op»] het recht waarin het EVRM voorziet, maar het kan een ruimere reikwijdte hebben wanneer de nationale wetgeving dat bepaalt». In lijn hiermee stelde het EHRM in *Schalk en Kopf*: «Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants» complaint.»

Met de Wet openstelling huwelijk heeft de wetgever het recht om te huwen van personen van gelijk geslacht vastgelegd en daarmee aan dat recht een ruimere strekking toegekend dan artikel 12 van het EVRM naar de huidige stand van de jurisprudentie doet, waartoe artikel 53 EVRM de mogelijkheid biedt. Daaruit vloeit voor elke Nederlandse gemeente de plicht voort om het recht van paren van hetzelfde geslacht om te huwen op gelijke wijze te verzekeren als het recht van paren van verschillend geslacht.² Dit vereiste voegt evenwel niets toe aan hetgeen reeds op grond van Nederlands recht, in de vorm van de Wet openstelling huwelijk, als verplichting geldt. Dit vereiste ziet daarenboven op de concrete bejegening van paren van gelijk geslacht (vergeleken ten opzichte van paren van verschillend geslacht), maar niet op de tegemoetkoming aan gewetensbezwaren binnen de intern-ambtelijke verhoudingen, voor zover dat niet leidt tot een concrete (onderscheid makende) bejegening van deze paren. Het recht om te huwen is derhalve, mits gewaarborgd is dat paren van hetzelfde geslacht op gelijke wijze dat recht kunnen verwezenlijken, voor de materie in deze voorlichting (de positie van de gewetensbezwaarde ambtenaar van de burgerlijke stand³) niet doorslaggevend.

¹ Toelichting op het Handvest van de Grondrechten van de EU (2007), PbEU 14 december 2007, C 303/02.

² Mede op grond van de verwijzing in het arrest *Schalk en Kopf/Oostenrijk* naar de mogelijke toepasbaarheid van artikel 12 van het EVRM in de nationale context op huwelijken van paren van gelijk geslacht geldt naar het oordeel van de Afdeling dat de Nederlandse staat, aangezien deze het recht om te huwen ook voor paren van gelijk geslacht heeft erkend, dat recht op grond van artikel 12 jo. 14 EVRM op gelijke wijze heeft te waarborgen.

³ Hierna aangeduid als: gewetensbezwaarde trouwambtenaar.

⁴ Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 7, blz. 5.

⁵ Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 7, blz. 5, waarin de regering constateerde dat de gewetensvrijheid in de (ontwerp-)Grondwet op verschillende wijzen toch tot uitdrukking komt. Dit geschiedt in die zin, dat een aantal relevante verschijningsvormen van het persoonlijke innerlijke leven, waaronder het geweten, met zoveel woorden een plaats in de Grondwet hebben: artikelen 6 (godsdienst en levensovertuiging), 7 (gedachten en gevoelens) en 10 (persoonlijke levenssfeer),

4. De vrijheid van geweten en godsdienst

In het debat over de gewetensbezwaarde trouwambtenaar wordt tegenover het (gelijke) recht om te huwen veelal een beroep gedaan op de vrijheid van geweten en godsdienst.

De Grondwet bevat geen bepaling waarin als zodanig bescherming wordt geboden aan de vrijheid van geweten, in de zin van de vrijheid om te handelen conform het individuele geweten.⁴ Wel vindt deze vrijheid grondwettelijke bescherming voor zover uitingen van het geweten binnen de reikwijdte van de wel expliciet gewaarborgde vrijheidsrechten vallen.⁵ De hier aan de orde zijnde gewetensbezwaren van trouwambtenaren zijn in het algemeen gebaseerd op godsdienstige overtuigingen. Derhalve is de vraag aan de orde in hoeverre het betreffende handelen van trouwambtenaren conform hun, door godsdienstige overtuiging ingegeven, gewetensbezwaren tegen het sluiten van huwelijken van personen van gelijk geslacht valt onder de bescherming van de vrijheid van godsdienst. Relevant is allereerst artikel 6, eerste lid, van de Grondwet, inhoudende het recht om godsdienst vrij te belijden. In de toelichting bij deze bepaling

is het begrip «belijden van godsdienst» uitgelegd in de zin dat het «niet alleen het huldigen van de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, maar ook het zich daarnaar gedragen» omvat.¹ Het begrip moet evenwel niet zo ruim worden geïnterpreteerd dat ieder door godsdienstige motieven ingegeven handelen onder artikel 6 Grondwet valt. Zo heeft de regering in het kader van de Wet openbare manifestaties – in lijn met de jurisprudentie – het standpunt ingenomen dat belijden in de zin van artikel 6 Grondwet slechts het op een godsdienstige of levensovertuiging gebaseerd gedrag betreft voor zover dat gedrag in redelijkheid rechtstreeks uitdrukking geeft aan die overtuiging.² Voor zover het betreffende handelen valt binnen de reikwijdte van artikel 6 Grondwet, kunnen er op grond van de clausulering van het eerste lid van deze bepaling beperkingen gesteld worden door de formele wetgever. Daarnaast waarborgt artikel 9 van het EVRM de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. De onschendbaarheid van het innerlijk (het *forum internum*) is zonder voorbehoud beschermd in artikel 9, eerste lid; daarop zijn geen beperkingen mogelijk. De vrijheid om (*in foro externo*) te handelen wordt in deze bepaling daarentegen slechts beschermd voor zover daarmee uitdrukking wordt gegeven aan een godsdienstige of levensovertuiging.³ Blijkens de jurisprudentie is ook hier het onderscheid tussen enerzijds daden die «rechtstreeks uitdrukking» zijn van, en anderzijds daden die enkel zijn «gemotiveerd of beïnvloed» door een godsdienst of levensovertuiging, bepalend. Niet elke handeling die is gemotiveerd door een bepaalde godsdienst of levensovertuiging geniet de bescherming van artikel 9, eerste lid, van het EVRM, maar slechts die handeling die naar algemene/objectieve maatstaven een uitdrukking van godsdienst of levensovertuiging is.⁴ Deze vrijheid kan bovendien beperkt worden op basis van de clausulering in het tweede lid van artikel 9 EVRM.⁵

Gegeven deze jurisprudentie ligt de conclusie voor de hand, dat de op religieuze gewetensbezwaren gegronde weigering van een trouwambtenaar om huwelijken tussen personen van gelijk geslacht te sluiten – een op zichzelf neutrale administratieve verplichting – niet is aan te merken als een rechtstreekse uitdrukking van godsdienst die onder de reikwijdte van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM valt. In recente rechtspraak is echter een tendens te bespeuren waarin het vereiste dat sprake moet zijn van een naar algemene maatstaven «rechtstreekse uitdrukking van godsdienst», gerelativeerd wordt en meer betekenis toegekend wordt aan de subjectieve overtuiging van betrokkene.⁶ Bovendien heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid erkend dat, ook al zou op zichzelf geen beperking van de vrijheid van godsdienst als gewaarborgd in artikel 9 EVRM aan de orde zijn, niettemin wel een handelen dat «falls within the ambit» (valt binnen de sfeer) van artikel 9 EVRM aan de orde kan zijn. Negatieve gevolgen die aan dit handelen verbonden zijn, kunnen leiden tot indirect onderscheid wegens godsdienst hetgeen een objectieve rechtvaardiging behoeft die voldoet aan het discriminatieverbod van artikel 14 jo. artikel 9 EVRM.⁷ Dat bij het weren van gewetensbezwaarde trouwambtenaren sprake is van dergelijk (indirect) onderscheid, en dat daarvoor gezien artikel 2, eerste lid, Awgb een objectieve rechtvaardiging vereist is, is onomstreden – zie de oordelen van de Commissie gelijke behandeling. Naar het oordeel van de Afdeling kan de vraag of de weigering op godsdienstige gronden om een huwelijk te sluiten van personen van gelijk geslacht een handelen is dat binnen de reikwijdte van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM valt, hier in het midden blijven. Het weren van deze ambtenaren vormt in ieder geval indirect onderscheid op grond van godsdienst, dat in het licht van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM een objectieve rechtvaardiging behoeft. Het vereiste van een dergelijke objectieve rechtvaardiging (mede voortvloeiend uit de artikelen 1 en 3 Grondwet) is

¹ Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 3, blz. 29.

² Kamerstukken I 1987/88, 19 427, nr. 135b, blz. 4. Zie bijvoorbeeld ARRvS 7 april 1983, AB 1983, 430.

³ Artikel 9, eerste lid, EVRM spreekt van de «freedom, either alone or in community with others and in public or in private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance».

⁴ Het genoemde onderscheid is in de zaak *Arrowsmith* door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) voor het eerst als volgt verwoord: «The term «practice» as employed in Art. 9 (1) does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or a belief. [...] [W]hen the actions of individuals do not actually express the belief concerned they cannot be considered to be as such protected by Art. 9 (1) even when they are motivated or influenced by it. (...)» ECRM, *Arrowsmith t. Verenigd Koninkrijk*, beslissing van 12 oktober 1978, D&R 19 (1980), blz. 19.

Zie in deze lijn EHRM, *Kalaç*, 1 juli 1997, nr. 20704/92, § 27; EHRM, *Pichon en Sajous t. Frankrijk*, 2 oktober 2001, nr. 49853/99; EHRM, *Pretty*, 29 april 2002, nr. 2346/02, § 82; EHRM, *Kuznetsov*, 11 januari 2007, nr. 184/02, § 57.

⁵ Vgl. EHRM, *Kokkinakis t. Griekenland*, arrest van 25 mei 1993, § 33.

⁶ EHRM (GK), *Bayatyan t. Armenië*, 7 juli 2011, nr. 23459/03; CRvB 7 mei 2009, LJN: BI2440; Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, LJN: BD9643; Hof Den Haag 10 april 2012, LJN: BW1270.

⁷ EHRM, *Thlimmenos t. Griekenland*, 6 april 2000, nr. 34369/97, § 42–43.

door de wetgever nader uitgewerkt in de Awgb. Deze wet kan, indien er vanuit zou moeten worden gegaan dat artikel 6 Grondwet van toepassing is, geacht worden de formele wet te zijn die artikel 6, eerste lid, Grondwet vereist om beperkingen aan de vrijheid van godsdienst te stellen en die het kader biedt aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of de beperking van de vrijheid van godsdienst toelaatbaar is in het licht van artikel 9, tweede lid, EVRM.¹ Aldus valt de toetsing aan de bepalingen inzake de vrijheid van godsdienst en aan de gelijkheidsnormen hier samen.² Op de toetsing aan die gelijkheidsnormen wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

5. Gelijke behandeling/non-discriminatie

a. De gelijkebehandelingsnormen

De in nationale en internationale bepalingen neergelegde gelijkheidsnormen annex discriminatieverboden houden niet in dat het recht geen onderscheid mag maken. Zo wijst de toelichting bij artikel 1 Grondwet er op dat het onvermijdelijk is dat het recht groepeerd, categoriseert, onderscheidingen maakt, scheidslijnen trekt. Waar het op aankomt, is dat deze ongelijkheden gerechtvaardigd moeten zijn en dat gevallen die zozeer met elkaar overeenstemmen dat een ongelijke behandeling niet op zijn plaats is, niet ongelijk worden behandeld. Dat is de kern van het gelijkheidsbeginsel: dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld.³ Daaruit volgt overigens ook, dat het geboden kan zijn om ongelijke gevallen ongelijk te behandelen, wanneer formeel gelijke behandeling leidt tot een materieel ongerechtvaardigde ongelijke uitkomst.⁴

De beleidsvrijheid die de gemeente heeft bij haar personeelsbeleid, is niet onbegrensd en wordt onder meer ingeperkt door nationale gelijkheidsnormen zoals de artikelen 1 en 3 van de Grondwet en de Awgb, en internationale normen als artikel 14 jo. artikel 9 EVRM, artikel 26 IVBPR en artikel 2, eerste lid jo. artikel 3, eerste lid van Richtlijn 2000/78.⁵ In dit verband is met name artikel 3 van de Grondwet van belang, dat het recht van gelijke benoembaarheid in de openbare dienst garandeert aan alle Nederlanders en dat als doel heeft te waarborgen dat bij de benoeming in overheidsdienst niet wordt gediscrimineerd. Deze bepaling vormt een specificatie van de gelijkebehandelingsnorm van artikel 1 Grondwet en biedt een waarborg voor een pluriform personeelsbestand waarbinnen ook minderheden tot hun recht kunnen komen.⁶ In het geval van de gewetensbezwaarde trouwambtenaren brengt dit recht op gelijke benoembaarheid de verplichting van de overheid met zich om geen (direct, of onvoldoende objectief gerechtvaardigd indirect) onderscheid te maken op grond van – onder meer – godsdienst bij de aanstelling, de verlenging van een tijdelijke aanstelling of het ontslag van deze ambtenaren. De gemeente mag derhalve niet vragen naar de geloofsovertuiging van een sollicitant. Dat zou verboden direct onderscheid opleveren – aangezien dat voor de functie van trouwambtenaar geen criterium is dat relevant is voor de vervulling van zijn functie. De vraag naar de bereidheid om alle huwelijken te sluiten kan op zichzelf wel worden gekwalificeerd als functiegerelateerd, maar kan in haar uitwerking leiden tot indirect onderscheid.

Een persoon die niet als ambtenaar van de burgerlijke stand wordt aangenomen of die als ambtenaar van de burgerlijke stand wordt ontslagen, omdat hij op grond van aan zijn godsdienstige overtuiging ontleende gewetensbezwaren weigert bepaalde onderdelen van zijn taak uit te oefenen, komt dan ook in principe een beroep op het verbod op indirect onderscheid toe. Door ambtenaren van de burgerlijke stand niet toe te staan om te weigeren een huwelijk tussen paren van gelijk geslacht

¹ CRvB 7 mei 2009, LJN: BI2440; Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, LJN: BD9643; Hof Den Haag 10 april 2012, LJN: BW1270.

² In soortgelijke zin: CRvB 7 mei 2009, LJN: BI2440.

³ Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, blz. 25.

⁴ EHRM, Thlimmenos t. Griekenland, 6 april 2000, nr. 34369/97, § 44: «The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different».

⁵ De Afdeling concentreert zich in het navolgende op de gelijkheidsnormen in de Grondwet, de Awgb en het EVRM.

⁶ Kamerstukken I 1976/77, 13 872/13 873, nr. 55b, blz. 34 en Handelingen II 1976/77, nr. 35, blz. 2154. Zie in dit verband ook het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren» (1983), blz. 15–16: «De democratische rechtsstaat heeft als een van haar fundamenteën het respect voor het persoonlijke van ieder individu. Daaronder valt het respect voor dienst – afwijkende – overtuigingen. Tolerantie en zorgvuldigheid met betrekking tot afwijkende overtuigingen komen niet alleen tot uitdrukking in het vrijlaten van die overtuigingen. Zij vinden ook hun uitdrukking in de eventuele mogelijkheid van betrokkene om mee te (blijven) werken in de openbare dienst. In dit verband valt ook te wijzen op het grondrecht van ieder Nederlander op benoembaarheid op gelijke voet in de openbare dienst [artikel 3 Grondwet]. Dit grondrecht houdt voor het bevoegd gezag in, dat het bij de aanstelling objectieve criteria moet hanteren en geen personen mag achterstellen wegens onder andere hun politieke of maatschappelijke overtuiging. [...] Aan het voorgaande kan men de conclusie verbinden, dat de stellingname ten aanzien van een gewetensbezwaarde ambtenaar niet in de eerste plaats af moet hangen van het (formeel) vrijwillige karakter van de ambtenaarsverhouding, maar ook van (materieel) belangen van de ambtenaar en van de organisatie. De afweging van deze belangen zal moeten geschieden met tolerantie ten aanzien van het hebben van een afwijkende levensovertuiging en met oog voor de mogelijkheid van een goede functie vervulling binnen de organisatie».

te sluiten, worden immers degenen die het huwelijk op religieuze gronden zien als uitsluitend een verbintenis tussen man en vrouw, benadeeld ten opzichte van ambtenaren met een andere, niet-religieuze achtergrond. Het betreft hier een vorm van indirect onderscheid, omdat de ambtenaar niet rechtstreeks wordt afgewezen of ontslagen op grond van zijn religie als zodanig, maar op grond van een ogenschijnlijk neutraal criterium, dat evenwel juist personen met dergelijke religieuze motieven treft.

De Awgb bevat een nadere uitwerking van de grondwettelijke discriminatieverboden (artikelen 1 en 3 Grondwet).¹ Deze wet biedt een specifiek toetsingskader voor de toelaatbaarheid van direct en indirect onderscheid binnen verticale en horizontale arbeidsverhoudingen. Ook de arbeidsverhouding tussen ambtenaren en (decentrale) overheden valt onder het bereik van de Awgb.² De Awgb biedt daarmee een kader voor de beoordeling van het handelen van de gemeente jegens de gewetensbezwaarde trouwambtenaar.

Uitgangspunt is dat zowel direct als indirect onderscheid verboden is. Zoals hierboven is beschreven, kan een functie-eis waarbij gewetensbezwaarde trouwambtenaren worden geacht ook paren van gelijk geslacht te trouwen, in strijd komen met het verbod op het maken van indirect onderscheid naar godsdienst. Voor indirect onderscheid kan echter op grond van artikel 2, eerste lid, van de Awgb een objectieve rechtvaardiging bestaan. Daartoe moet worden beoordeeld of het onderscheid een legitiem doel dient en of het onderscheid passend en noodzakelijk is om dat legitieme doel te bereiken (vragen van proportionaliteit en subsidia-riteit). Het verbod van onderscheid geldt bij de aanstelling, de arbeidsomstandigheden, de beslissing tot het niet verlengen van de aanstelling en het ontslag. Of een gewetensbezwaarde trouwambtenaar reeds in dienst was ten tijde van de totstandkoming van de Wet openstelling huwelijk maakt voor de toepasselijkheid van het verbod op onderscheid dan ook geen verschil.

De Afdeling is geen rechtspraak bekend over gewetensbezwaarde trouwambtenaren waarbij inhoudelijk over deze kwestie is beslist.³ Er zijn haar ook geen rechterlijke uitspraken bekend waarin min of meer vergelijkbare kwesties aan de orde waren.⁴ Zoals reeds gememoreerd in § 1c, heeft de Cgb wel – enkele malen – over de positie van deze ambtenaren geoordeeld. Daarbij heeft zij steeds overwogen dat de gewetensbezwaren van verzoekers aanzienlijk vaker berusten op bepaalde religieuze achtergronden dan op niet-religieuze achtergronden, zodat de gestelde functie-eis – de bereidheid om ook huwelijken van personen van gelijk geslacht sluiten – indirect onderscheid op grond van godsdienst maakt. In 2002 heeft de Cgb in twee van deze zaken uitgesproken dat gemeenten die van alle trouwambtenaren eisen dat zij bereid zijn alle paren te trouwen, daarmee in casu verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst maakten. Het doel van het maken van dit onderscheid was «het zeker stellen dat alle trouwambtenaren die voor de gemeente werkzaam zijn zonder uitzondering alle paren kunnen trouwen en daarmee de gelijke behandeling bij verschillende huwelijksvormen». Bij de beoordeling of dit op zichzelf legitieme doel het onderscheid objectief kon rechtvaardigen, verwees de Cgb naar hetgeen bij de parlementaire behandeling van de Wet openstelling huwelijk naar voren was gebracht (zie onderdeel 1.a, voorgeschiedenis) en oordeelde zij dat, zolang er voldoende trouwambtenaren zonder gewetensbezwaren zijn om deze huwelijken te kunnen sluiten, het onderscheid geen voldoende zwaarwegend belang dient en derhalve verboden indirect onderscheid in de zin van de Awgb vormt:

«Het doel van verweerder is het zeker stellen dat alle (b)absen die voor de gemeente werkzaam zijn zonder uitzondering aan de nieuwe wetgeving uitvoering geven, mede gelet op het doel dat wordt beoogd met die wet,

¹ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 2 en 19.

² Artikel 5, eerste lid, Awgb.

³ Eind 2011 werd in de media aandacht besteed aan een omwille van zijn gewetensbezwaren ontslagen Haagse trouwambtenaar die heeft aangekondigd zijn ontslag via de bestuursrechtelijke weg aan te zullen vechten. Zie hierover Kamerstukken II 2011/12, 28 281, nr. 17, blz. 20 en 24.

⁴ In uitspraken waarin de door een islamitische geloofsovertuiging gemotiveerde weigering om de hand te schudden van personen van het andere geslacht leidde tot ontslag of niet aannemen, werd geoordeeld dat dit indirecte onderscheid objectief gerechtvaardigd was (CRvB 7 mei 2009, LJN: BL2440; Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, LJN: BD9643; Hof Den Haag 10 april 2012, LJN: BW1270). Daar was evenwel sprake van handelen in rechtstreekse confrontatie met cliënten, waarbij geen (plaats)vervanging mogelijk was. Bovendien was ter zake geen sprake van een veelvuldig in de totstandkoming van relevante wetgeving uitgesproken uitgangspunt dat religieuze bezwaren ter zake geaccommodeerd moeten worden.

namelijk de gelijke behandeling van verschillende huwelijksvormen. Dit is in ruime zin een legitiem doel, maar – gelet op de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval – evenwel in casu niet zwaarwegend genoeg. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de wet het standpunt gehuldigd dat de gemeenten zelf een oplossing mogen creëren voor gewetensbezwaarden. De gemeenten dienen hierbij zowel het recht op gelijke behandeling als de vrijheid van godsdienst te respecteren. Nu er zeven (b)absen in dienst zijn die geen gewetensbezwaren hebben tegen het voltrekken van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht, is afdoende gewaarborgd dat homohuwelijken zonder enig probleem en op gelijke voet met andere huwelijken worden voltrokken. De gemeente kan in die zin dus aan haar wettelijke verplichtingen tegemoetkomen. Het daarnaast zeker stellen dat ook verzoekster dergelijke handelingen verricht gaat verder dan de wet van hen vraagt en dient ook geen zwaarwegend gemeentelijke belang.»¹

Het indirect onderscheid op grond van godsdienst was derhalve naar haar toenmalige oordeel niet proportioneel en dus niet gerechtvaardigd.

In 2008 heeft de Cgb haar lijn gewijzigd. Sindsdien is zij van oordeel dat de wens van een gemeente om te voorkomen dat een trouwambtenaar onderscheid maakt door zijn medewerking te weigeren aan het voltrekken van huwelijken van paren van gelijk geslacht, zwaarder weegt dan de aanspraak van trouwambtenaren op ruimte voor hun godsdienstig gemotiveerde gewetensbezwaren tegen het voltrekken van huwelijken van paren van gelijk geslacht. Daartoe overweegt de Cgb:

«Als verweerder een uitzondering maakt en verzoeker toestaat om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat hij daarmee toe dat verzoeker een door de wet beschermde groep discrimineert. Het faciliteren van een dergelijke uiting van godsdienst, met dermate verstreckende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, zal naar het oordeel van de Commissie niet snel gerechtvaardigd kunnen zijn.»²

b. De betrokken grondrechtenbelang(hebbend)en en -perspectieven

Vooraleer in te gaan op de weging die plaats moet vinden bij de toepassing van het hierboven beschreven (grond)wettelijke toetsingskader, waarbij op adequate wijze recht kan worden gedaan aan de betrokken (grondrechtelijke) belangen (vraag II), lijkt het nuttig eerst een nadere inventarisatie van de betrokken (grondrechtelijke) belangen en belanghebbenden te geven. De voorlichtingsvraag van het kabinet noemt drie belanghebbenden:

- (1) de betrokken burgers die in het huwelijk willen treden;
- (2) de gemeente als openbare dienst in het openbaar verkeer en als werkgever; en
- (3) de (zowel zittende als toekomstige) (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand.

Andere belanghebbenden kunnen zijn:

- (4) de rijksoverheid; en
- (5) minderheidsgroepen.

Per categorie volgt een beschrijvende inventarisatie en analyse van de betrokken grondrechtenbelangen en -perspectieven, waarna in § 6 een afweging volgt.

¹ CGB-oordeel 2002-25, overweging 5.8.

² CGB-oordeel 2008-40, overweging 3.27, alsmede het advies *Trouwen? Geen bezwaar!*, 2008, blz. 16. Noch in het oordeel noch in het advies specificiert de Commissie waar in concreto de betreffende verstreckende (negatieve) gevolgen voor de rechten van paren van gelijk geslacht in gelegen zijn.

(1) De betrokken burgers die in het huwelijk willen treden

Paren van gelijk geslacht hebben in de eerste plaats een recht op toegang tot het huwelijk. Sinds de Wet openstelling huwelijk hebben zij het recht om te huwen. Afhankelijk van de wijze waarop trouwambtenaren worden toebedeeld, zou de aanwezigheid van gewetensbezwaarde trouwambtenaren een negatief effect – bijvoorbeeld in termen van wachttijd – kunnen hebben op de toegang tot het huwelijk voor paren van gelijk geslacht. De Afdeling is evenwel niet gebleken dat de toegang tot het huwelijk voor paren van gelijk geslacht feitelijk wordt beperkt door de aanwezigheid van gewetensbezwaarde ambtenaren. Uitgangspunt in de benadering van de regering is steeds geweest dat de toegankelijkheid van het huwelijk ook voor paren van gelijk geslacht in iedere gemeente van Nederland moet zijn gegarandeerd. Ook in gemeenten waar thans ruimte wordt geboden aan trouwambtenaren met gewetensbezwaren, wordt die lijn blijkbaar zorgvuldig gevolgd.

Paren van gelijk geslacht hebben er tevens aanspraak op om bij de toegang tot het huwelijk gevrijwaard te blijven van een afwijzing van hun leefwijze door een gewetensbezwaarde trouwambtenaar. Een dergelijke bejegening kan evenwel voorkomen worden. Hoewel de trouwambtenaar over een geattribueerde bevoegdheid tot het sluiten van huwelijken beschikt, vindt de toeleiding van paren naar de trouwambtenaar veelal plaats via het loket van de gemeentelijke burgerlijke stand. Ondanks de toeleiding via het loket van de gemeentelijke burgerlijke stand zal het in de praktijk niettemin voor kunnen komen dat paren van gelijk geslacht (onbedoeld) worden geconfronteerd met het feit dat bepaalde trouwambtenaren wegens gewetensbezwaren niet beschikbaar zijn voor de huwelijksvoltrekking.¹ Dat kan als kwetsend worden ervaren. De openstelling van het huwelijk is niet alleen ingegeven door de gewenste juridische gelijkstelling maar ook door de uit die openstelling blijkende maatschappelijke acceptatie van deze vorm van samenleven. Concrete confrontatie met een afwijzing van die leefwijze bij de toegang tot het huwelijk drukt uit dat die maatschappelijke acceptatie nog niet volledig is. Naast bovenstaande overweging zou nog kunnen worden betoogd dat paren van gelijk geslacht evenals paren met een traditionele visie op het huwelijk belang hebben bij een trouwambtenaar met een overeenkomstige kijk op het huwelijk. Aansluitend op dit belang bieden thans veel gemeenten een zekere keuzevrijheid bij de keuze voor bepaalde ambtenaren van de burgerlijke stand. Soms wordt daarbij zelfs de mogelijkheid geboden om naar keuze personen eenmalig te laten benoemen tot buitengewone ambtenaren van de burgerlijke stand. Rechtens is er ten aanzien van dit alles overigens geen aanspraak; het gaat om een gemeentelijke gunst.

(2) De gemeente als openbare dienst in het openbaar verkeer en als werkgever

– De openbare dienst in het openbaar verkeer

De gemeente is gehouden aan het gelijkheidsbeginsel en tot openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht als een wettelijke specificatie van dit beginsel. Trouwambtenaren maken onderdeel uit van de gemeente en hebben daarmee een gedeelde verantwoordelijkheid voor de correcte naleving van dit beginsel door de gemeente. De gemeente dient er in de uitvoering van haar taken op het terrein van de organisatie van de burgerlijke stand derhalve zorg voor te dragen dat paren van gelijk geslacht op eenzelfde wijze worden behandeld als paren van verschillend geslacht. Dat vereist niet alleen dat zij onder dezelfde randvoorwaarden een huwelijk kunnen sluiten. Het vereist ook dat gemeenten er zorg voor dienen te dragen dat voorkomen wordt dat

¹ Dat kan ook blijken uit gemeentelijke websites waar trouwambtenaren zich afficheren.

huwelijksparen kunnen worden geconfronteerd met een afwijzende bejegening vanwege gewetensbezwaren. De gemeente heeft daarnaast, in het verlengde van haar gebondenheid aan het gelijkheidsbeginsel, een zekere taak bij het geven van het «goede voorbeeld» op het gebied van tolerantie en diversiteit (symbool- of signaalfunctie).¹ De invulling van deze symboolfunctie is echter afhankelijk van het antwoord op de vraag wat precies als het «goede voorbeeld» heeft te gelden. Het goede voorbeeld kan bestaan uit het – in lijn met het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren» – binnen de eigen organisatie ruimte bieden voor bezwaren van een religieuze minderheid. Daarmee kan tot uitdrukking worden gebracht dat er binnen een pluriforme samenleving aanzienlijke ruimte moet zijn voor personen met opvattingen die op onderdelen afwijken van meerderheidsopvattingen.² Het goede voorbeeld zou echter ook kunnen bestaan uit het juist geen ruimte laten voor afwijzing van het huwelijk van personen van gelijk geslacht door trouwambtenaren, wier takenpakket het sluiten van huwelijken omvat. Daarmee kan tot uitdrukking worden gebracht dat een positieve houding en beeldvorming ten aanzien van homoseksuele relaties vanzelfsprekend dient te zijn.³

– *De gemeente als werkgever*

Het college van burgemeester en wethouders dient er zorg voor te dragen dat er ten minste twee ambtenaren van de burgerlijke stand in de gemeente zijn en dat in de gemeente huwelijken tussen personen van gelijk geslacht ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand gesloten kunnen worden.⁴ Daarmee kan de gemeente een organisatorisch belang hebben bij ambtenaren die alle taken van een ambtenaar van de burgerlijke stand uitvoeren. De ruimte die een gemeente biedt voor gewetensbezwaren van de ene ambtenaar, kan daarbij mogelijk een precedent scheppen waarop ook anderen een beroep zullen kunnen doen. De gemeente heeft evenwel ook een verantwoordelijkheid om op te treden als goed werkgever. Dit begrip wordt mede ingevuld door de nationale en internationale normen geschetst in paragraaf 4, op basis waarvan een afwijzing of ontslag vanwege religieuze gewetensbezwaren indirect onderscheid op grond van godsdienst oplevert, dat slechts op grond van een objectieve rechtvaardiging toelaatbaar is. Daarnaast wordt dit begrip ingevuld door de in het beleid en de jurisprudentie aanvaarde beleidsnota «de ambtenaar met gewetensbezwaren». Uitgangspunt van deze beleidsnota is het accommoderen van gewetensbezwaren voor zover dit redelijkerwijze organisatorisch mogelijk is. Dit uitgangspunt – waar mogelijk bewilligen – sluit aan bij de in de behandeling van de Wet openstelling huwelijk ingenomen positie met betrekking tot de gewetensbezwaarde trouwambtenaar.

Zoals blijkt uit de twee beschreven posities die de gemeente inneemt (openbare dienst respectievelijk werkgever), kunnen de (grondrechten)belangen die de gemeente dient met elkaar in conflict komen. Op welke wijze met dit conflict moet worden omgegaan staat niet op voorhand vast. De gekozen oplossing is mede afhankelijk van de weging van de verschillende (grondrechten)belangen. Nu de betekenis van de Awgb op dit punt nog niet door rechtspraak is uitgekristalliseerd, maken gemeenten op dit moment gebruik van de hierdoor gelaten vrijheid. De gemeentelijke weging van de betrokken belangen heeft geleid tot zeer diverse uitkomsten, waarbij de meerderheid van de gemeenten thans geen ruimte meer laat voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren, maar andere gemeenten die ruimte juist expliciet of impliciet wel laten. Gemeenten hebben er dan ook belang bij dat zij deze vrijheid behouden.

¹ Aldus CGB-advies 2008/4, «Trouwen? Geen bezwaar!», blz. 16. Dit motief wordt ook door verschillende gemeentebesturen aangevoerd om hun beleid gericht op het weren van gewetensbezwaarde ambtenaren te onderbouwen.

² Zie blz. 15 van dit rapport.

³ Kamerstukken II 2010/11, 27 017, nr. 74, blz. 2 (Hoofddlijnenbrief emancipatie: vrouwen-emancipatie en homo-emancipatie 2011–2015).

⁴ Artikelen 1:16, eerste lid, 1:30, eerste lid en 1:63 BW.

Dit belang is overigens ook verankerd in de Gemeentewet, waarin de algemene verplichting voor de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is opgenomen om de decentralisatie ten behoeve van de gemeenten te bevorderen.¹ Dit uitgangspunt wordt slechts verlaten indien een bepaalde aangelegenheid niet op doelmatige en doeltreffende wijze door de gemeentebesturen kan worden behartigd.² In de bestuursafspraken 2011–2015 tussen Rijk, IPO, VNG en UvW is afgesproken dat, wanneer een taak centraal wordt belegd, zulks door het Rijk wordt beargumenteerd. Het uitgangspunt is dan ook dat een bevoegdheid die momenteel bij de gemeente ligt, zoals de beleidsruimte ten aanzien van gewetensbezwaarde trouwambtenaren, in beginsel ook de bevoegdheid van de gemeente blijft. Alleen wanneer hiervoor klemmende redenen zijn, kan worden overwogen om centraal vast te stellen of en hoeveel ruimte wordt gelaten voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren. Die klemmende redenen kunnen gelegen zijn in de vereiste naleving van de in §§ 4 en 5a. geschetste (grond)wettelijke en internationale normen.

(3) De (zittende en toekomstige) (buitengewone) ambtenaren van de burgerlijke stand

Gewetensbezwaarde trouwambtenaren en personen die ambiëren trouwambtenaar te worden, hebben belang bij de toegang tot, het behouden van en het kunnen uitvoeren van hun werk. Om dit mogelijk te maken zal op enigerlei wijze ruimte moeten bestaan voor hun gewetensbezwaren. Dit belang wordt in bepaalde mate beschermd door artikel 3 van de Grondwet, als uitwerking van artikel 1 van de Grondwet, door de Awgb en door de beleidslijnen zoals neergelegd in het rapport «De ambtenaar en gewetensbezwaren». Bij de behandeling van artikel 3 van de Grondwet is er van uitgegaan dat het stellen van algemene functie-eisen mogelijk moet blijven. In de Awgb zijn aan deze mogelijkheid beperkingen gesteld, onder meer voor zover in principe neutrale functie-eisen personen met een bepaalde godsdienst in het bijzonder treffen. De eis dat trouwambtenaren bereid moeten zijn ook huwelijken van paren van gelijk geslacht te sluiten, treft personen met bepaalde religieuze (minderheids)opvattingen immers in het bijzonder. Daarbij verdient de positie van reeds in dienst zijnde gewetensbezwaarde trouwambtenaren extra aandacht. De eisen van proportionaliteit en rechtszekerheid, zoals ook verankerd in het eerdere genoemde rapport, brengen nog sterker dan in het geval van nieuw aan te stellen trouwambtenaren met zich dat voor hen een passende oplossing moet worden gevonden, waarbij zij waar mogelijk worden ontzien. Ten slotte geldt dat het weren en ontslaan van deze (aspirant-)ambtenaren, op de grond dat zij – door uit te gaan van de in geloof en traditie gewortelde opvatting over het huwelijk als exclusief voorbehouden aan man en vrouw – zouden «discrimineren», als kwetsend kan worden ervaren.

(4) De rijksoverheid

De rijksoverheid heeft een plicht bij de decentrale naleving van het gelijkheidsbeginsel bij de uitvoering van overheidstaken. Ambtenaren van de burgerlijke stand voeren een door de wetgever aan hen geattribueerde taak uit, waarbij (ook) de rijksoverheid er verantwoordelijkheid voor draagt dat die taak uitgevoerd wordt met inachtneming van fundamentele rechtsbeginselen als het gelijkheidsbeginsel. Nu de aanstelling en het ontslag van deze ambtenaren is belegd bij het college van Burgemeester en wethouders, moet dit college worden beschouwd als eerst verantwoordelijke voor het functioneren van deze ambtenaren. Wanneer de naleving van het gelijkheidsbeginsel bij gemeenten echter niet in goede handen

¹ Artikel 117, eerste lid, Gemeentewet.

² Artikel 117, tweede lid, Gemeentewet.

zou zijn, kan aanleiding zijn om deze verantwoordelijkheid nader in te kaderen.

De centrale overheid heeft tevens een verantwoordelijkheid voor een consistent overheidsbeleid. Deze verantwoordelijkheid is in het geding wanneer aan gewetensbezwaarde trouwambtenaren niet meer de ruimte wordt gelaten die door de regering is toegezegd bij de behandeling van de Wet openstelling huwelijk. Evenzo is dit belang aan de orde bij de toepassing van de beleidsnota «De ambtenaar en gewetensbezwaren». Deze overwegingen leiden er weliswaar niet toe dat beleidswijzigingen onmogelijk zijn, maar wel dat een beleidswijziging dragend gemotiveerd zal moeten worden.

Ten slotte kan het beleid van de centrale overheid een symboolfunctie vervullen. Evenals bij de positie van gemeenten (zie (2)) is de invulling van deze functie mede afhankelijk van de beantwoording van de vraag wat het «goede voorbeeld» is. Men kan tolerantie propageren, door gemeenten te dwingen ruimte te bieden aan een religieuze minderheid; maar ook door gemeenten te dwingen juist geen ruimte te bieden voor het in hun functie als trouwambtenaar afwijzen van het huwelijk van personen van gelijk geslacht. Ten slotte kan ook de mogelijkheid om de keuze over te laten aan gemeenten uitdrukking geven van het goede voorbeeld, in de zin van het laten van ruimte voor lokale diversiteit en besluitvorming.

(5) Minderheidsgroepen binnen de samenleving

Minderheidsgroepen hebben belang bij een overheid die het goede voorbeeld van tolerantie jegens hen en andere minderheidsgroepen geeft (symbool- of signaalfunctie, zie hiervoor). Dit belang is op te vatten als een algemeen maatschappelijk uitgangspunt van de democratische samenleving als zodanig, waarvan pluralisme, tolerantie en verdraagzaamheid wezenskenmerken zijn.¹ In casu gaat het om twee groepen: personen met een homoseksuele gerichtheid en personen die vanuit hun geloofsovertuiging gewetensbezwaren hebben tegen het huwelijk van personen van gelijk geslacht. Het wel of juist geen ruimte laten voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren zal door de respectieve groepen als kwetsend kunnen worden ervaren.

6. Afweging

a. Inleiding

De hiervoor geïnventariseerde (grondrechten)belangen zijn van zeer verschillende aard, van uiteenlopend gewicht en veelal aan elkaar tegengesteld. Sommige (grondrechten)belangen zijn slechts zijdelings aan de orde, andere belangen worden direct geraakt door de positie die wordt ingenomen jegens de gewetensbezwaarde trouwambtenaar.

Naar het oordeel van de Afdeling dient bij een adequate afweging het recht van paren van gelijk geslacht om op gelijke voet met anderen verzekerd te zijn van de mogelijkheid om in iedere gemeente van Nederland te huwen voorop te staan. Zij dienen daarbij ook niet geconfronteerd te worden met door trouwambtenaren gekoesterde gewetensbezwaren. Dit recht dient dan ook door zowel de gemeenten als de centrale overheid te worden gewaarborgd.

Er is de Afdeling evenwel geen geval bekend waarin het recht van deze paren om te huwen sinds de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk op 1 april 2001 daadwerkelijk is aangetast. Dat geldt ook voor die gemeenten waarin gewetensbezwaarde trouwambtenaren werkzaam zijn. Blijkbaar zijn er steeds trouwambtenaren beschikbaar en vindt er jegens het paar dan ook geen (ongeoorloofd) onderscheid plaats. Wel zal zo nu en dan mogelijk sprake zijn geweest van een confrontatie met een

¹ EHRM (GK), Leyla Şahin v. Turkije, arrest van 10 november 2005, nr. 44774/98, overweging 108.

ambtenaar van de burgerlijke stand die wegens gewetensbezwaren het huwelijk van een paar van gelijk geslacht niet wilde sluiten. Een dergelijke confrontatie zou kunnen plaatsvinden aan de gemeentelijke balie als het paar zijn voornemen te trouwen kenbaar maakt, of door brochures en websites van de gemeente waarin trouwambtenaren zich aan toekomstige huwelijkspartners presenteren en waaruit zou blijken dat een of meer van hen niet bereid zijn tot het sluiten van huwelijken van paren van gelijk geslacht. Met de Commissie gelijke behandeling is de Afdeling van oordeel dat in dergelijke gevallen sprake is van een ongeoorloofde bejegening en dat het aangewezen is dat gemeenten preventief maatregelen nemen om dergelijke vormen van onderscheidend handelen van gemeentewege te voorkomen.

De plicht om dergelijke maatregelen te nemen staat aan een intern arrangement, waarbij zittende gewetensbezwaarde ambtenaren geaccommodeerd worden, evenwel niet in de weg. Naar het oordeel van de Afdeling is het discriminatieverbod op grond van seksuele gerichtheid niet in geding, wanneer (a) paren van gelijk geslacht kunnen trouwen in de gemeente van hun keuze (want er is altijd een trouwambtenaar beschikbaar) en (b) zij dankzij interne maatregelen en afspraken niet worden geconfronteerd met een gewetensbezwaarde trouwambtenaar. Een discriminatoire bejegening van het paar door de gemeentelijke overheid is in dat geval niet aan de orde.

De vraag welke houding de overheid zou moeten aannemen jegens de gewetensbezwaarde trouwambtenaar is derhalve – binnen de zojuist geformuleerde randvoorwaarden (a) en (b) – in beginsel een interne gemeentelijke aangelegenheid. De beleidsvrijheid van gemeenten bij de afhandeling van deze interne aangelegenheid wordt evenwel ingeperkt door de bestaande constitutionele randvoorwaarden, onder meer neergelegd in het EVRM, de artikelen 1 en 3 van de Grondwet en de Awgb, welke randvoorwaarden grotendeels overlappen met de uitgangspunten van het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren». Daarbij verschilt de beoordelingsruimte van gemeenten ten aanzien van de reeds aangestelde gewetensbezwaarde trouwambtenaar ten opzichte van hun beoordelingsruimte ten aanzien van de aspirant-trouwambtenaar, mede gelet op de gevolgen voor de betrokken personen en de (al dan niet) aanwezigheid van andere kandidaten. Hieronder volgt voor deze beide categorieën een afzonderlijke beoordeling.

b. De reeds aangestelde gewetensbezwaarde trouwambtenaar

Het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren» gaat uit van een positieve grondhouding ten aanzien van het tegemoet komen aan gewetensbezwaren, waarop evenwel uitzonderingen dienen of kunnen worden gemaakt (zie § 2c). Zo zal een gewetensbezwaar – ook als het effect daarvan naar buiten voorkomen wordt – moeten worden afgewezen indien dat bezwaar strijdig is met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Een dergelijk gewetensbezwaar is hier naar het oordeel van de Afdeling evenwel niet aan de orde. In dit verband neemt zij het volgende in aanmerking:

- bij de totstandkoming van de Wet openstelling huwelijk is steeds een houding van respect voor de gewetensbezwaarde trouwambtenaar ingenomen en is er immer van uitgegaan dat bij wege van praktische accommodatie aan de bezwaren van deze ambtenaar tegemoetgekomen kan en dient te worden; en
- de rechtspraak van het EHRM gaat er van uit dat er geen *communis opinio* in Europa bestaat ten aanzien van de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht, nu dit recht nog slechts in enige lidstaten van de Raad van Europa is erkend;
- uit grondwettelijke en internationale normen vloeit geen plicht voort om het huwelijk voor paren van gelijk geslacht open te stellen.

De Afdeling leidt hieruit af, dat er geen fundamenteel democratisch-rechtsstatelijk beginsel in het geding is, in de zin dat de gewetensbezwaren van trouwambtenaren van dien aard zijn dat gemeenten daar geen rekening mee zouden mogen of hoeven te houden.

Een tweede grond waarop mogelijk zou kunnen worden afgezien van het tegemoetkomen aan gewetensbezwaarde trouwambtenaren vormt de situatie waarin die tegemoetkoming negatieve effecten zou hebben op de goede functie vervulling en de goede functionering van de openbare dienst. De gelijke toegang tot het huwelijk voor paren van gelijk geslacht mag daardoor immers niet negatief worden beïnvloed. Als dat wel het geval zou zijn en dit knelpunt niet kan worden opgelost, zou er gedurende deze situatie voor de betreffende gemeente een noodzaak kunnen zijn om niet (meer) te bewilligen in de gewetensbezwaren van trouwambtenaren. Er zou een objectieve rechtvaardiging kunnen bestaan voor het daarmee gemaakte indirect onderscheid in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Awgb.

Tot op heden heeft een en ander zich blijkbaar nog niet voorgedaan, ook niet in die gemeenten waar gewetensbezwaarde trouwambtenaren werkzaam zijn. Gezien de beperkte omvang van de betrokken groep gewetensbezwaarde trouwambtenaren en van het aantal huwelijken tussen paren van gelijk geslacht (zie § 1d), en gezien de aanwezigheid van voldoende (buitengewone) ambtenaren van de burgerlijke stand die wel bereid zijn om deze huwelijken te sluiten, is het ook onwaarschijnlijk dat zo'n probleem zich in de toekomst zal voordoen. Het tegemoetkomen aan zittende gewetensbezwaarde trouwambtenaren is bovendien niet onevenredig bezwarend voor de gemeentelijke organisatie en de ambtenaren die hen vervangen. Het risico voor het functioneren van de openbare dienst, ten slotte, inhoudend dat er een proliferatie van gewetensbezwaren zal plaatsvinden en een toenemend aantal ambtenaren op grond van zulke bezwaren niet alle aspecten van hun functie willen vervullen, lijkt tamelijk beperkt. De Afdeling wijst er op dat de afgelopen 11 jaar – sinds de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk – in de gemeenten waar ruimte geboden is aan gewetensbezwaarde trouwambtenaren, geen zodanige proliferatie heeft plaatsgevonden dat sprake is van een organisatorisch onbeheersbaar beroep op gewetensbezwaren tegen het huwelijk van personen van gelijk geslacht, of van andersoortige gewetensbezwaren van ambtenaren tegen andere ambtelijke verplichtingen.

Ten slotte worden in het gemeentelijke en parlementaire debat omtrent de positie van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar ook argumenten opgeworpen die samengevat zouden kunnen worden onder de noemer «de voorbeeldfunctie van de overheid». Deze argumenten komen er op neer dat de gemeentelijke overheid vanwege haar gebondenheid aan (grond)wettelijke en internationale gelijkheidsnormen, en gegeven de Wet openstelling huwelijk, een voorbeeldfunctie heeft welke er toe noopt dat zij in haar personeelsbeleid een discriminatievrije vervulling van de taak van haar trouwambtenaren nastreeft.¹ Die voorbeeldfunctie zou dan gestalte moeten krijgen in een principiële stellingname van het gemeentebestuur, waarin omwille van de door de wetgever beoogde gelijkberechtiging geëist wordt dat alle zittende trouwambtenaren de Wet openstelling huwelijk volledig en zonder onderscheid uitvoeren.

Naar het oordeel van de Afdeling kan deze stellingname evenwel niet de vereiste zwaarwegende objectieve rechtvaardiging opleveren in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Awgb.² De Afdeling betreft in dat verband de volgende overwegingen:

- (grond)wettelijke en internationale gelijkheidsnormen nopen niet tot deze stellingname; de gewetensbezwaren gaan niet in tegen een fundamenteel beginsel van de democratische rechtstaat en het al dan

¹ Aldus ook CGB-advies, 2008/4 Trouwen? Geen bezwaar!, blz. 16.

² Aldus CGB-oordeel 2002-25, overweging 5.8.

niet bewilligen in de gewetensbezwaren van een trouwambtenaar heeft geen invloed op de positie van paren van gelijk geslacht bij de toegang tot het huwelijk;

- (grond)wettelijke en internationale gelijkheidsnormen bieden wel bescherming aan de gewetensbezwaarde trouwambtenaar, nu zo'n stellingname direct van invloed is op de mogelijkheid van deze ambtenaar om het betreffende ambt te (blijven) vervullen;
- bij de behandeling van de wet is er steeds van uitgegaan dat de plicht om te waarborgen dat personen van gelijk geslacht gelijk recht op toegang tot het huwelijk hebben, op de gemeente en niet op de individuele trouwambtenaar rust;
- in het kader van die behandeling is tevens betoogd dat de bezwaren van de trouwambtenaren die blijven uitgaan van de traditionele (tot 1 april 2001 ook in de wet neergelegde) visie op het huwelijk, respect verdienen en dat die bezwaren waar organisatorisch mogelijk geacommodeerd moeten worden.

Gelet op het bovenstaande is de Afdeling van oordeel dat het innemen van een principiële stellingname, met het oog op wat aangeduid zou kunnen worden als het goede door de overheid te geven voorbeeld, onvoldoende zwaarwegend is om het indirecte onderscheid jegens de zittende gewetensbezwaarde trouwambtenaar te rechtvaardigen. Het staat gemeenten dan ook niet vrij om, zonder een organisatorische noodzaak, gewetensbezwaarde trouwambtenaren te ontslaan of te weigeren hun aanstelling te verlengen. Alsdan is er geen objectieve rechtvaardiging als bedoeld in artikel 2, eerste lid, Awgb.

c. Wetgeving gericht tegen reeds aangestelde trouwambtenaren

Mocht de formele wetgever, in weerwil van het bovenstaande, ertoe overgaan gemeenten te verplichten zittende gewetensbezwaarde trouwambtenaren uit hun organisatie te verwijderen, dan zou dat moeten geschieden bij wege van een specifieke wet, een *lex specialis* ten opzichte van de Awgb. De Afdeling heeft evenwel twijfels bij aanvaardbaarheid, nut en noodzaak van een dergelijke specifieke – tot ontslag verplichtende – wet, op deze ene categorie gewetensbezwaarden gericht. Het betreft een in omvang beperkte groep ambtenaren. Hun gewetensbezwaren zijn in het kader van de parlementaire behandeling van de Wet openstelling huwelijk – mede in het licht van daarmee strokende, voorheen in de Nederlandse wetgeving neergelegde uitgangspunten – als legitiem en te honoreren aangemerkt. De honorering ervan tast het functioneren van de gemeentelijke dienst niet aan en de vervangende trouwambtenaren worden daardoor niet zwaar belast. En ten slotte, maar het meest relevant: het honoreren ervan staat niet in de weg aan het gelijke recht om te huwen van paren van gelijk geslacht.

Een specifiek op deze casus en deze gewetensbezwaarden gerichte wettelijke ontslagverplichting is dan ook kwetsbaar in het licht van nationale en internationale gelijkheidsnormen,¹ en mogelijk ook in het licht van de vrijheid van godsdienst.² Een dergelijke verplichting vormt daarenboven een breuk met het goede Nederlandse gebruik om aan gewetensbezwaren tegemoet te komen, wanneer voldoende – niet al te veel moeite en kosten met zich brengende – alternatieven voorhanden zijn om het beoogde doel te realiseren.³ In dit verband zij gewezen op het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren», dat verwijst naar

«de Nederlandse traditie van tolerantie en zorgvuldigheid ten aanzien van afwijkende opvattingen. De democratische rechtsstaat heeft als een van haar fundamenteën het respect voor het persoonlijke van ieder individu. Daaronder valt het respect voor diens – afwijkende – overtuigingen. Tolerantie en zorgvuldigheid met betrekking tot afwijkende overtuigingen

¹ Artikelen 1 en 3 Grondwet; artikel 14 EVRM.

² Artikel 9 EVRM.

³ Zie daartoe P.J. Boukema, Het geweten als staatsrechtelijk probleem, Alphen aan den Rijn: Samsom 1972.

komen niet alleen tot uitdrukking in het vrijlaten van die overtuigingen. Zij vinden ook hun uitdrukking in de eventuele mogelijkheid van betrokkene mee te (blijven) werken in de openbare dienst. In dit verband valt ook te wijzen op het grondrecht van iedere Nederlander op benoembaarheid op gelijke voet in de openbare dienst»¹ (artikel 3 van de Grondwet).

d. Aan te stellen trouwambtenaren

Ten aanzien van aan te stellen trouwambtenaren kan er mogelijk een verschil zijn met de zittende ambtenaren wat de te maken afweging betreft. Gemeentebesturen hebben hier, binnen de hiervoor geformuleerde en verderop hernomen randvoorwaarden, een zekere beoordelingsruimte.

De Afdeling wijst er in dit verband ten eerste op, dat de parlementaire discussie over de gewetensbezwaarde trouwambtenaar overwegend gewijd is aan de zittende ambtenaar en niet aan de te benoemen ambtenaar, en dat hetzelfde geldt voor het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren». Deze focus op degenen die gewetensbezwaren hebben binnen een reeds bestaande arbeidsverhouding blijkt ook uit artikel 7:681, tweede lid, aanhef en onder e, BW, ingevolge welke bepaling de opzegging door een werkgever van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk wordt geacht wanneer deze geschiedt wegens het enkele feit dat de werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten: er is in het BW geen vergelijkbare bepaling opgenomen ter zake van het al dan niet aangaan van een arbeidsovereenkomst. Hieraan ligt het uitgangspunt ten grondslag, dat verbreking van een arbeidsverhouding een zwaardere aantasting van het belang van de werknemer vormt dan het niet aannemen als werknemer, veelal gebaseerd op een voorkeur voor een andere, meer geschikt geachte aspirant.

Ook op het al dan niet aannemen van gewetensbezwaarden als trouwambtenaar is echter hetzelfde toetsingskader van toepassing: naast artikel 9 jo. artikel 14 EVRM, artikel 1 Grondwet en uit de aard der zaak de gelijkbenoembaarheidseis van artikel 3 Grondwet, alsmede de Awgb.² Het niet aannemen van een kandidaat vanwege zijn godsdienstig gemotiveerde gewetensbezwaren tegen de voltrekking van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht vormt dan ook (evenzeer als het ontslag van gewetensbezwaarde trouwambtenaren) indirect onderscheid op grond van godsdienst in de zin van de Awgb, dat alleen is toegestaan indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

Gemeenten kunnen aanvoeren dat er organisatorische overwegingen zijn om een gewetensbezwaarde kandidaat vanwege zijn beperkte inzetbaarheid af te wijzen. Naar het oordeel van de Afdeling kan de eis alle huwelijken te moeten sluiten bijdragen aan het doel van de goede functie vervulling en de goede functionering van de openbare dienst. Per geval zal beoordeeld moeten worden of deze functie-eis ook noodzakelijk is om dat goede functioneren van de openbare dienst te bereiken. In veel gevallen zullen alternatieven gevonden kunnen worden, waardoor het indirect onderscheid op grond van godsdienst niet gerechtvaardigd is. In specifieke, uitzonderlijke gevallen is dit onderscheid vanwege praktische problemen in de uitvoering van de taken van de burgerlijke stand, in het bijzonder het waarborgen van het gelijke recht om te huwen, wellicht wel gerechtvaardigd. In die specifieke gevallen kan een gemeente gewetensbezwaarde aspirant-trouwambtenaren gezien artikel 2, eerste lid, Awgb weren. Of er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor dergelijk indirect onderscheid, dient in het stelsel van de Awgb voor ieder individueel geval in concreto beoordeeld te worden, zodat de omstandigheden van het

¹ Aldus het rapport, blz. 15.

² CGB-oordeel 2002-26.

geval moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de proportionaliteit van het gemaakte onderscheid. Omvang en oplosbaarheid van het organisatorische probleem kunnen in dat verband van belang zijn. Tevens kan meespelen dat voor dezelfde functie nog andere kandidaten beschikbaar zijn, die wel bereid zijn om alle huwelijken te sluiten. In hoeverre er een objectief noodzakelijk onderscheid bestaat, hangt dus af van de specifieke situatie, waarover in eerste instantie het gemeentebestuur heeft te oordelen en eventueel in laatste instantie de rechter.

Derhalve zijn er naar het oordeel van de Afdeling concrete situaties denkbaar waarin een gewetensbezwaarde kan worden geweigerd voor de functie van trouwambtenaar. In het licht van het geschetste toetsingskader zou het echter te ver gaan indien gemeenten generiek, los van dergelijke concrete situaties, zouden besluiten dat zij van alle nieuw aan te stellen trouwambtenaren verlangen dat deze bereid zijn ook huwelijken van paren van gelijk geslacht te sluiten.

e. Wetgeving gericht op aan te stellen ambtenaren

Om dezelfde redenen als hiervoor is overwogen ten aanzien van een wettelijke ontslagverplichting, is een specifiek op deze casus en deze gewetensbezwaarden gericht wettelijk benoemingsverbod kwetsbaar in het licht van nationale en internationale gelijkheidsnormen, in het bijzonder artikel 3 van de Grondwet. De Afdeling is dan ook van oordeel dat geen *lex specialis* tot stand gebracht dient te worden. Dat geldt overigens ook voor specifieke wetgeving welke gewetensbezwaarde trouwambtenaren juist een verdergaande bescherming zou moeten bieden. Volstaan moet en kan worden met het afwegingskader van de Awgb, dat een op de concrete situatie toegesneden beoordeling door gemeenten mogelijk maakt.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,