

Vergaderjaar 2012–2013

33 344

Voorstel van wet van de leden Dijkstra en Schouw tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling met betrekking tot ambtenaren van de burgerlijke stand die onderscheid maken als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 12 oktober 2012 en de reactie van indieners d.d. 9 november 2012, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 3 augustus 2012 heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Dijkstra en Schouw tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling met betrekking tot ambtenaren van de burgerlijke stand die onderscheid maken als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling, met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt er ten eerste toe de aanstelling uit te sluiten van nieuwe ambtenaren van de burgerlijke stand (abs-en) die godsdienstige bezwaren hebben tegen het sluiten van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht. Hiertoe wordt in het Burgerlijk Wetboek (BW) als benoembaarheidsvereiste voor (buitengewone) ambtenaren van de burgerlijke stand opgenomen dat zij in de uitoefening van hun ambt geen onderscheid maken in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Gewetensbezwaarde abs-en zullen voorts niet langer meetellen voor het door artikel 1:16, eerste lid, van het BW vereiste minimumaantal van twee ambtenaren van de burgerlijke stand. Ten slotte wordt met het voorstel mogelijk gemaakt dat ten opzichte van gewetensbezwaarde abs-en onderscheid wordt gemaakt op grond van godsdienst of levensovertuiging (bijvoorbeeld door ontslag vanwege hun bezwaren) zonder dat zij zich daartegen kunnen verweren met een beroep op het in de Awgb neergelegde verbod om onderscheid te maken op grond van godsdienst of levensovertuiging. Met het oog daarop wordt de Awgb aangevuld met een specifieke uitzondering voor gewetensbezwaarde abs-en.

De Afdeling onderschrijft het zwaarwegend belang van de overheid bij het verzekeren van de toegang tot het huwelijk voor alle huwelijksparen. Huwelijksparen dienen daarbij gevrijwaard te blijven van een confrontatie met eventueel door abs-en gekoesterde godsdienstige of levensbeschou-

welijke bedenkingen tegen een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht. De Afdeling constateert evenwel dat het voorliggend wetsontwerp het legitieme belang van een neutrale huwelijksluiting beoogt te realiseren door het introduceren van een onderscheid naar godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging bij de benoeming in overheidsdienst. Dit laatste staat op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel, meer in het bijzonder het recht op gelijke benoembaarheid in de openbare dienst, opgenomen in artikel 3 van de Grondwet. Met de introductie van een benoembaarheidsvereiste worden personen met godsdienstige of levensbeschouwelijke bezwaren tegen het sluiten van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht immers categorisch uitgesloten van het ambt van abs, ook als zij in de praktijk nooit geconfronteerd worden of zullen worden met een huwelijksluiting waartegen zij die bezwaren hebben. Naar het oordeel van de Afdeling biedt een benadering waarbij, gelet op de gelijke benoembaarheid in openbare dienst en de nadere uitwerking daarvan in de Algemene wet gelijke behandeling, wordt vertrouwd op de zorgvuldige afweging van gemeenten in individuele gevallen de beste kans op een voor alle partijen aanvaardbare oplossing.

De Afdeling stelt daarbij vast dat het voorstel een aantal elementen bevat dat mogelijk behulpzaam kan zijn voor het nader uitwerken van zo'n oplossing, met name waar het voorstel waarborgen biedt voor de toegankelijkheid van het huwelijk door het vereiste van minimaal twee beschikbare ambtenaren van de burgerlijke stand en waar het voorstel de mogelijkheid openhoudt dat reeds aangestelde gewetensbezwaarde abs-en hun positie behouden. De voorgestelde algemene uitsluiting van nieuw aan te stellen gewetensbezwaarde abs-en acht de Afdeling evenwel niet bijdragen aan het vinden van een voor alle partijen aanvaardbaar evenwicht.

1. Gelijke benoembaarheid in openbare dienst

De Afdeling is in haar voorlichting aan de regering over de gewetensbezwaarde abs reeds ingegaan op de vraag wat de reikwijdte en onderlinge verhouding is van de grondrechten die in het geding zijn in het geval van (buitengewoon) ambtenaren van de burgerlijke stand die godsdienstige of levensbeschouwelijke bedenkingen hebben tegen een huwelijk van personen van gelijk geslacht en op de wijze waarop adequaat recht kan worden gedaan aan de betrokken (grondrechtelijke) belangen. Op grond daarvan heeft de Afdeling onder meer haar twijfel geuit over nut, noodzaak en aanvaardbaarheid van een mogelijke specifieke wet gericht op de positie van (aspirant) abs-en met godsdienstige of levensbeschouwelijke bedenkingen tegen een huwelijk van personen van gelijk geslacht. Daarbij achtte zij een dergelijke specifieke wet kwetsbaar in het licht van nationale en internationale gelijkheidsnormen, en mogelijk ook in het licht van de vrijheid van godsdienst. Die overwegingen hoeven hier niet in extenso herhaald te worden.

De Afdeling stelt voorop dat het recht van paren van gelijk geslacht om te huwen gewaarborgd moet worden. De overheid heeft een zwaarwegend belang bij het verzekeren van de toegang tot het huwelijk voor alle huwelijksparen. Huwelijksparen dienen daarbij gevrijwaard te blijven van een confrontatie met eventueel door abs-en gekoesterde gewetensbezwaren.

Er dient ook geen misverstand te bestaan over het gegeven dat een ambtenaar van de burgerlijke stand, indien geen alternatief mogelijk is, gehouden is zijn ambt uit te oefenen en een huwelijk te sluiten tussen personen van hetzelfde geslacht, ook indien hij persoonlijk bedenkingen

daartegen heeft. De discussie dient evenwel te gaan over de vraag in hoeverre de overheid als werkgever, gegeven de gelijke benoembaarheid in openbare dienst, in het kader van de arbeidsverhouding rekening dient te houden met de godsdienstige of levensbeschouwelijke bedenkingen van een werknemer, in casu de betrokken abs, tegen een beperkt onderdeel van zijn werkzaamheden, wanneer er wél alternatieven voor handen zijn.

In haar voorlichting heeft de Afdeling gesteld dat een overheidswerkgever binnen grenzen van de redelijkheid in concrete gevallen gewetensbezwaren zou moeten accommoderen. Juist om rekening te houden met de organisatorische problemen die zouden kunnen rijzen als er voor een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht geen ambtenaar beschikbaar is, kan een gemeente bij de aanstelling van nieuwe ambtenaren er voor waken dat die situatie ontstaat.

De Afdeling benadrukte daarbij dat het hier gaat om een specifieke, afgebakende kwestie. Hierbij speelt een rol dat eerst door de Wet openstelling huwelijk de problematiek van de gewetensbezwaarde ambtenaar gerezen is en dat de opvatting dat het huwelijk is voorbehouden aan paren van verschillen geslacht nog steeds ten grondslag ligt aan de huwelijkswetgeving van de meeste Europese landen. Bij de totstandkoming van de wet openstelling huwelijk¹ is dan ook herhaaldelijk overwogen dat deze opvatting aanspraak kan maken op respect,² en dat uit dien hoofde ruimte gelaten diende te worden aan abs-en die vanwege hun geloofsovertuiging gewetensbezwaren hebben tegen het sluiten van huwelijken van personen van gelijk geslacht.

Met het invoeren van een benoembaarheidsvereiste dat inhoudt dat ambtenaren van de burgerlijke stand in de uitoefening van hun ambt geen onderscheid zullen maken in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), wordt beoogd de benoeming van ambtenaren die godsdienstige of levensbeschouwelijke bedenkingen hebben tegen een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht uit te sluiten. Gegeven dat het hier bezwaren betreft die berusten op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, betekent het wetsvoorstel de introductie van een beperking van de benoembaarheid van personen vanwege godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Met dit benoembaarheidsvereiste worden personen met dergelijke godsdienstige of levensbeschouwelijke bedenkingen categorisch uitgesloten van het ambt van abs, ook als zij in de praktijk nooit met de plicht tot het sluiten van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht geconfronteerd zouden worden. Dit staat op gespannen voet met het in artikel 3 van de Grondwet gewaarborgde recht op gelijke benoembaarheid in overheidsdienst, welke beperking niet nodig is om in concrete gevallen het recht van paren van gelijk geslacht om te huwen en de plicht van gemeenten om de uitoefening van dit recht, te waarborgen.

Naar het oordeel van de Afdeling draagt het voorstel in zoverre dan ook niet bij aan het vinden van een voor alle partijen min of meer aanvaardbare oplossing. Zoals zij reeds in haar voorlichting heeft overwogen, biedt een benadering waarbij recht wordt gedaan aan de gelijke benoembaarheid in overheidsdienst zoals gewaarborgd in artikel 3 van de Grondwet, en wordt vertrouwd op de zorgvuldige afweging van gemeenten in individuele gevallen naar het oordeel van de Afdeling de beste kans op zo'n voor alle partijen min of meer aanvaardbare oplossing. Evenals het wetsvoorstel maakt de Afdeling daarbij een onderscheid tussen reeds aangestelde en aspirant abs-en. Bij deze laatste categorie acht de Afdeling meer ruimte aanwezig voor het maken van een afwijzing vanwege de beperktere inzetbaarheid van de gewetensbezwaarde abs. De

¹ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9.

² Zie onder meer Handelingen I 2000/01, blz. 658, Kamerstukken I 2000/01, 26 672, nr. 92a, blz. 2, Kamerstukken II 1999/2000, 26 672, nr. 5, blz. 1–2; Handelingen II 1999/2000, blz. 6381–6384, 6423, 6424, 6428; Handelingen I 2000/01, blz. 652.

eis bereid te zijn alle huwelijken te sluiten kan immers bijdragen aan het doel van de goede functievervulling en de goede functionering van de openbare dienst. Per geval zal dan door de gemeente 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 gevallen kan 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, gerechtvaardigd zijn, in welke gevallen een gemeente gewetensbezwaarde aspirant abs-en kan weren.

In haar voorlichting heeft de Afdeling geconstateerd dat het debat over de positie van de gewetensbezwaarde abs politiek en maatschappelijk inmiddels is gepolariseerd door stellingnamen aan beide zijden van het maatschappelijke en politieke spectrum, waardoor het vinden van een – voor alle betrokkenen min of meer aanvaardbare – oplossing in concreto wordt bemoeilijkt. Een pragmatische benadering, welke past in de Nederlandse traditie van tolerantie ten opzichte van afwijkende opvattingen, zou dan ook voor de hand liggen.

In het licht van deze overwegingen adviseert de Afdeling de beoordeling of ruimte kan bestaan voor ambtenaren met levensbeschouwelijke bedenkingen over te laten aan de gemeenten, die daarbij de marges van artikel 3 van de Grondwet, nader geconcretiseerd in de Awgb, in acht dienen te nemen. Voor zover de initiatiefnemers evenwel vasthouden aan de gekozen algemene uitsluiting van gewetensbezwaarde abs-en geldt de volgende beoordeling van het voorstel in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

Dankzij de beschikbaarheid van de voorlichting van de Afdeling advisering van 9 mei 2012 konden de initiatiefnemers reeds in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel uitvoerig aandacht geven aan de zienswijze van de Afdeling. Helaas gaat de Afdeling daar in haar voorliggende advies, een enkele uitzondering daargelaten, niet op in. Daaraan ligt kennelijk de omstandigheid ten grondslag, dat de Afdeling van mening blijft dat voor de oplossing van het probleem van de weigerambtenaar een louter pragmatische benadering voor de hand ligt. De beste kans op het vinden van een voor alle partijen min of meer aanvaardbare oplossing komt er volgens de Afdeling op neer, dat vertrouwd moet worden op de gemeenten. Voor wat betreft de benoeming van nieuwe weigerambtenaren op een zorgvuldige afweging in individuele gevallen en voor het overige op organisatorische maatregelen, die enerzijds ruimte bieden voor ambtenaren om een beroep te doen op hun gewetensbezwaren en anderzijds voorkomen dat huwelijksparen van gelijk geslacht daarmee worden geconfronteerd.

Dit nu is reeds min of meer de bestaande situatie. De gemeenten gaan over het al dan niet benoemen van weigerambtenaren. Aangenomen mag worden dat in de meeste gemeenten ernaar gestreefd wordt te voorkomen dat paren van gelijk geslacht worden geconfronteerd met weigerambtenaren, en dat zal meestal ook wel lukken, maar niet altijd. Toch wordt het probleem van de weigerambtenaren, gelet op het maatschappelijke en politieke debat, allerm minst als opgelost beschouwd. Dat komt doordat in dat debat niet alleen praktische, maar ook principiële argumenten een belangrijke rol spelen. Die komen in het advies van de Afdeling wel aan de orde, en van drie van de vier principiële doelstellingen van het wetsvoorstel erkent de Afdeling ook dat ze zwaarwegend en legitiem zijn, maar bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de

middelen die worden voorgesteld om ze te realiseren wordt door de Afdeling steeds slechts aan praktische aspecten aandacht besteed.

In wezen gaat het erom, of bij de beantwoording van de vraag of in een democratische rechtsstaat een inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling – en eventueel ook de vrijheid van godsdienst – gerechtvaardigd is, naast praktische overwegingen ook overwegingen van normatieve aard gewicht in de schaal kunnen leggen. De initiatiefnemers beantwoorden die vraag bevestigend. De Afdeling gaat er niet uitdrukkelijk op in.

De Afdeling adviseert de beoordeling of ruimte kan bestaan voor weigerambtenaren over te laten aan de gemeenten. Zij ziet in wezen geen rol voor de wetgever op nationaal niveau. De initiatiefnemers volgen de Afdeling daarin niet. Het maken van afwegingen waarbij grondrechten betrokken zijn, is bij uitstek een taak voor de formele wetgever. Overigens wijzen de initiatiefnemers erop, dat in de huidige situatie gemeenten bij de onderhavige problematiek niet louter betrokken zijn in hun rol van werkgever. Zoals de Afdeling al eerder in haar voorlichting heeft aangegeven, nemen gemeenten ook de positie in van openbare dienst. In die hoedanigheid hebben veel gemeenten beleid ontwikkeld met betrekking tot het al dan niet aanstellen van weigerambtenaren. Met als uitkomst in sommige gevallen dat géén weigerambtenaren meer zullen worden benoemd, en in andere gevallen juist wél. In beide gevallen liggen daar principiële overwegingen aan ten grondslag. Het opvolgen van het advies van de Afdeling zou voor gemeenten die op principiële gronden besloten hebben geen weigerambtenaren meer aan te stellen, betekenen dat zij hun beleid moeten aanpassen. In de visie van de Afdeling zouden zij nog slechts in individuele gevallen een afweging mogen maken, en daarbij zouden nog slechts praktische overwegingen een rol mogen spelen. Dat zou tot gevolg hebben dat gemeenten die op principiële gronden hebben besloten geen weigerambtenaren aan te stellen, dat toch zullen moeten doen, indien in de gemeente reeds voldoende ambtenaren van de burgerlijke stand werkzaam zijn, die bereid zijn huwelijken van paren van gelijk geslacht te voltrekken. De rechter zal dat dan ook steeds in ieder individueel geval kunnen toetsen. Mede hierom stellen de initiatiefnemers voor om tot nationale, formele wetgeving over te gaan. Er zijn hier principiële overwegingen aan de orde, die de schaal van de gemeenten en de merites van individuele gevallen overstijgen.

2. Toetsing van het onderscheid in het licht van gelijkheidsbeginsel

Het weren van de ambtenaren met godsdienstige of levensbeschouwelijke bedenkingen tegen het sluiten van een huwelijk van personen van gelijk geslacht houdt een indirect onderscheid in op grond van godsdienst. Dit onderscheid behoeft een objectieve rechtvaardiging. Daarvan is sprake indien het doel dat met het indirect onderscheid gediend is legitiem en zwaarwegend is, en het middel dat daartoe wordt gebruikt (het onderscheid) geschikt en noodzakelijk is. De initiatiefnemers dragen in de toelichting een viertal doelen aan voor het maken van dit onderscheid:

- 1. Het verzekeren dat abs-en de wet onverkort uitvoeren en bij de uitoefening van hun taken niet discrimineren tenzij dat gebaseerd is op een wettelijk voorschrift;*
- 2. Het herstellen van het vertrouwen in de eed of belofte die ambtenaren van de burgerlijke stand afleggen;*
- 3. Het handhaven van de scheiding tussen kerk en staat, en daarmee van het uitgangspunt dat een burgerlijk huwelijk louter een neutrale overheidshandeling is;*

4. *Het juridisch waarborgen dat alle huwelijken waartegen het burgerlijk recht geen beletselen zien, in iedere gemeente kunnen worden voltrokken.*

De Afdeling beoordeelt hieronder deze doelstellingen in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

Ad. 1 De wetsuitvoering en het voorkomen van discriminatie.

De overheid heeft er een zwaarwegend belang bij dat de wet wordt uitgevoerd en dat ambtenaren bij de uitoefening van hun taak niet discrimineren. In de voorliggende situatie spitst dit belang zich toe op het belang van het verzekeren van de toegang tot het huwelijk voor alle huwelijksparen. Huwelijksparen dienen daarbij gevrijwaard te blijven van een confrontatie met eventueel door abs-en gekoesterde gewetensbezwaren. Ook binnen de interne arbeidsverhoudingen heeft de overheid belang bij het voorkomen van discriminatie en het verzekeren van een discriminatievrije werkomgeving. Beide aspecten dienen door zowel de gemeenten als de centrale overheid te worden gewaarborgd. Deze doelstelling acht de Afdeling advisering in zoverre dan ook zwaarwegend en legitiem.

Het middel dat wordt voorgesteld om dit doel te bereiken, namelijk het categorisch uitsluiten van abs-en met gewetensbezwaren, gaat naar het oordeel van de Afdeling evenwel verder dan noodzakelijk is. Zoals zij reeds in haar voorlichting overwoog is het voor het verzekeren van de toegang tot het huwelijk in het algemeen niet noodzakelijk om gewetensbezwaarde abs-en uit te sluiten. Een gewetensbezwaarde abs vraagt, juist vanwege zijn gebondenheid aan de wet, verlof om een deel van zijn taken niet te hoeven uitvoeren. In veel gevallen zal er organisatorische ruimte bestaan om dit te accommoderen. Zoals eerder overwogen doet dit niet af aan de omstandigheid dat deze ambtenaar, indien geen alternatief mogelijk is, gehouden is zijn ambt uit te oefenen en een huwelijk te sluiten tussen personen van gelijk geslacht.

Ook voor het verzekeren dat huwelijksparen niet worden gediscrimineerd acht de Afdeling het middel niet noodzakelijk. In het algemeen kan volstaan worden met het zodanig inrichten van de procedure aan het gemeenteloket dat huwelijksparen niet geconfronteerd worden met het bestaan van gewetensbezwaren bij abs-en. In dit verband benadrukt de Afdeling dat het enkel hebben van gewetensbezwaren tegen het voltrekken van het huwelijk tussen paren van gelijk geslacht en het daarop een beroep doen binnen de verhouding tussen de ambtenaar als werknemer en de gemeente als werkgever nog niet resulteert in discriminatie van huwelijksparen of collega's of in anderszins verboden onderscheid. Van dit laatste is slechts sprake als de weigering of de bezwaren in het handelen als overheidsorgaan kenbaar wordt.

Ad. 2 Het herstellen van vertrouwen in de ambtseed

De door abs-en afgelegde eed is niet zodanig geformuleerd dat in geval van ambtenaren die zich op gewetensbezwaren beroepen voor hun verzoek (een deel) van hun taak niet uit te hoeven voeren, sprake is van eedbreuk. Dit zou slechts anders zijn indien het beroep op gewetensbezwaren niet enkel wordt gedaan binnen de betrekking tussen werkgever en werknemer maar ook in de betrekking tussen burger en ambtenaar. Als dat door organisatorische vormgeving voorkomen wordt, is naar het oordeel van de Afdeling in dit verband geen sprake van een zwaarwegende doelstelling die het te maken onderscheid op grond van godsdienst zou kunnen rechtvaardigen.

Ad. 3 Het waarborgen van het huwelijk als neutrale overheidshandeling

De overheid heeft een zwaarwegend belang bij het waarborgen van het burgerlijk huwelijk als neutrale overheidshandeling. Deze neutraliteit waarborgt de toegankelijkheid van het huwelijk voor paren van iedere godsdienstige of levenbeschouwelijke overtuiging en voor paren van verschillend alsmede gelijk geslacht. Deze doelstelling beoordeelt de Afdeling dan ook als zwaarwegend en legitiem.

De Afdeling acht het uitsluiten van abs-en met gewetensbezwaren evenwel niet noodzakelijk om het gestelde doel te bereiken. De overheid kan immers, door een zorgvuldige inrichting van de procedure van toeleiding van huwelijksparen naar abs-en voorkomen dat huwelijksparen met gewetensbezwaren worden geconfronteerd. De Afdeling benadrukt daarbij het verschil tussen de abs als bestuursorgaan en de abs als werknemer. Abs-en zijn optredend als bestuursorgaan reeds gebonden aan het gelijkheidsbeginsel op grond van artikel 1 van de Grondwet en artikel 125a van de Ambtenarenwet, op basis waarvan de ambtenaar zich dient te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens indien hierdoor de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd. Een niet neutrale invulling van de huwelijksplechtigheid zou, onder omstandigheden, in strijd kunnen komen met deze verplichting. Van problemen op dit vlak zijn de Afdeling echter geen gevallen bekend; de toelichting wijdt hier geen woorden aan.

Gelet hierop acht de Afdeling het voorgestelde middel niet noodzakelijk voor het gestelde doel.

Overigens merkt de Afdeling op dat de memorie van toelichting zo kan worden gelezen dat zij suggereert dat een neutrale huwelijksvoltrekking door een ambtenaar die het huwelijk persoonlijk beschouwt als goddelijke instelling niet mogelijk is.¹ Voor een neutrale voltrekking zouden enkel abs-en geschikt zijn die het burgerlijk huwelijk zien als een neutrale overheidshandeling. Voor zover de initiatiefnemers dit hebben willen betogen, kan de Afdeling deze redenering niet volgen.

Naar het oordeel van de Afdeling vloeien uit de scheiding tussen kerk en staat en het vereiste van neutraliteit van de overheid enkel eisen voort ten aanzien van de uitvoering van de overheidstaak, en niet ten aanzien van de godsdienstige overtuiging van de ambtenaar op zich. Eisen die zien op de persoonlijke overtuiging van de ambtenaar, zonder dat die overtuiging het sluiten van het huwelijk als neutrale overheidshandeling aantast, leiden tot een vorm van direct onderscheid op grond van godsdienst en levensovertuiging waarvoor naar het oordeel van de Afdeling in het licht van de artikelen 1 en 3 van de Grondwet reeds op voorhand geen rechtvaardiging mogelijk is.

¹ Memorie van toelichting, §3, tweede doelstelling, onder a, en §6, waar wordt gesteld dat het gegeven dat gewetensbezwaarde trouwambtenaren het huwelijk zien als een goddelijke instelling problemen zou opleveren bij de uitvoering van het huwelijk bij personen die kiezen te volstaan met een burgerlijk huwelijk. Deze burgers zullen «niet geconfronteerd willen worden met associaties met een kerkelijk huwelijk, van welke aard ook. Deze burgers hebben belang bij een abs met een kijk op het huwelijk die overeenkomst met de hunne.» Gemeenten zouden daarom aan paren de vraag voor moeten leggen of zij er bezwaar tegen hebben om getrouwd te worden door een ambtenaar die geen onderscheid kan maken tussen het burgerlijk huwelijk en het huwelijk als goddelijke instelling.

Ad. 4 Het waarborgen dat alle huwelijken in iedere gemeente kunnen worden voltrokken.

In het verlengde van hetgeen werd overwogen ten aanzien van het eerste genoemde doel, heeft de overheid een zwaarwegend belang bij het verzekeren van de toegang tot het huwelijk voor alle huwelijksparen. Deze doelstelling acht de Afdeling advisering dan ook zwaarwegend en legitiem.

In haar voorlichting wees de Afdeling reeds op het beperkte aantal gewetensbezwaarde abs-en en het beperkte aandeel van huwelijksparen van gelijk geslacht binnen het totaal aantal huwelijksluitingen. De Afdeling zijn, ook na navraag bij de Vereniging van Nederlandse

Gemeenten, geen gevallen bekend waarbij de toegang tot het huwelijk voor paren van gelijk geslacht negatief is beïnvloed door het in dienst zijn van abs-en met gewetensbezwaren.

Het voorstel introduceert de eis dat in iedere gemeente ten minste twee abs-en aanwezig zijn zonder gewetensbezwaren tegen een deel van hun taak. Hoewel ook zo'n eis indirect onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg zou hebben, zou deze beduidend minder ver gaan dan een algemene uitsluiting van nieuwe gewetensbezwaarde abs-en, en kan zij gerechtvaardigd geacht worden om organisatorische problemen die zouden kunnen rijzen als geen ambtenaar beschikbaar is te voorkomen. Overigens zullen vermoedelijk alle gemeenten reeds aan dit vereiste voldoen.

Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat het onder alle omstandigheden uitsluiten van abs-en met gewetensbezwaren niet noodzakelijk is om te waarborgen dat alle huwelijken in iedere gemeente kunnen worden voltrokken.

Conclusie

Gezien het voorgaande acht de Afdeling de doelstelling van het herstellen van vertrouwen in de ambtseed onvoldoende zwaarwegend voor voorgestelde onderscheid op grond van godsdienst. De overige in de toelichting aangedragen doelstellingen acht de Afdeling wel zwaarwegend, maar het daartoe voorgestelde middel, het zonder meer uitsluiten van personen met gewetensbezwaren, niet noodzakelijk om deze te bereiken. Zoals ook de toelichting bij het wetsvoorstel erkent, is er geen sprake van een praktisch probleem, maar is enkel sprake van overwegingen van principiële en symbolische aard. Naar het oordeel van de Afdeling worden de daartoe aangevoerde fundamentele rechtsbeginselen binnen de door haar geschetste randvoorwaarden voldoende recht gedaan.

De Afdeling concludeert dan ook dat voor het met het voorstel gemaakte onderscheid op grond van godsdienst te weinig ruimte laat voor op de concrete situatie toegespitste afwegingen, waarvoor vooralsnog onvoldoende objectieve rechtvaardiging wordt geboden, zodat het voorstel kwetsbaar is in het licht van de hiervoor genoemde grondwettelijke en verdragsrechtelijke gelijkheidsnormen. Zij adviseert het voorstel in het licht van genoemde bepalingen te heroverwegen.

De Afdeling concludeert dat het wetsvoorstel kwetsbaar is in het licht van grondwettelijke en verdragsrechtelijke gelijkheidsnormen.

De initiatiefnemers onderkennen dat, gelet op de aard en het belang van de in het geding zijnde normen en het nog niet voorhanden zijn van richtinggevende jurisprudentie, niet op voorhand duidelijk is hoe de afweging, die uiteindelijk gemaakt moet worden door de rechter – het Europese Hof voor de rechten van de mens – zal uitvallen. De initiatiefnemers hebben er echter vertrouwen in dat het Hof, indien het al toe zou komen aan een toetsing aan het tweede lid van artikel 9 EVRM – wat ook volgens de Afdeling advisering allerm minst zeker is – ook aan principiële, normatieve overwegingen – zoals op het gebied van ambtelijke integriteit, non-discriminatie en scheiding van kerk en staat – belang toe zal kennen en een ruime marge voor lidstaten zal respecteren om die belangen ook zwaar te laten wegen. In de voorlichting en het advies van de Afdeling advisering hebben de initiatiefnemers geen overwegingen aangetroffen die duidelijk een andere kant uit wijzen.

De Afdeling benadrukt voorts dat enkel het hebben van gewetensbezwaren en het daarop een beroep doen binnen de verhouding tussen de ambtenaar als werknemer en de gemeente als werkgever nog niet resulteert in discriminatie. Daarvan zou slechts sprake zijn als de

weigering of de bezwaren in het handelen als overheidsorgaan kenbaar wordt. De Afdeling merkt ook op dat de ambtenaar met gewetensbezwaren in de praktijk wellicht nooit met de plicht tot het sluiten van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht geconfronteerd zal worden. De initiatiefnemers kunnen de Afdeling hierin niet volgen. Het is niet alleen gerechtvaardigd, maar ook noodzakelijk, dat een gemeente aan een kandidaat voor benoeming tot ambtenaar van de burgerlijke stand vraagt of hij gewetensbezwaren heeft tegen het vervullen van een deel van zijn taken. Indien de kandidaat daarbij melding maakt van zijn bezwaren tegen huwelijken van personen van gelijk geslacht, zijn op dat moment zijn bezwaren kenbaar aan zijn beoogde werkgever en is evenzeer onmiskenbaar dat de betrokkene, als hij benoemd zou worden, in de uitoefening van zijn ambt zal discrimineren. De gedachte van de Afdeling advisering is kennelijk, dat vervolgens, zo niet in het sollicitatiegesprek dan toch in de overwegingen van de gemeente, aan de orde moet komen of door organisatorische voorzieningen voorkomen kan worden, dat het tot een daadwerkelijke weigering van opgedragen werkzaamheden zal komen. Is het antwoord bevestigend, dan zou de ambtenaar moeten worden benoemd en is het probleem van de discriminatie weg-gedefinieerd: wat je niet ziet, is er niet.

Aldus past de Afdeling de gedachten die in het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren» ontwikkeld zijn met het oog op de omgang met ambtenaren die al in dienst zijn, óók toe op sollicitanten. Dat ligt echter niet voor de hand. Aan dat rapport ligt de gedachte ten grondslag dat ambtenaren met gewetensbezwaren een *probleem* zijn voor de werknemer en de werkgever. Niet valt in te zien waarom de werkgever niet zou mogen proberen dat probleem te voorkómen. Daarvoor is een benoembaarheidseis noodzakelijk.

In de benadering van de initiatiefnemers is de voorgestelde benoembaarheidseis een geschiktheidseis. Artikel 3 van de Grondwet verzet zich daar ook niet tegen. Burgers mogen van de overheid in een democratische rechtstaat verlangen dat die haar burgers niet discrimineert. Dat is zó essentieel, dat met recht verdedigd zou kunnen worden dat een benoembaarheidseis op dat gebied noodzakelijk is voor alle ambtenaren. Of ten minste voor ambtenaren waaraan specifieke bevoegdheden zijn geattribueerd: bestuursorganen.

De initiatiefnemers hebben zich beperkt tot het bestuursorgaan ambtenaar van de burgerlijke stand. Dat is een gevoelig bestuursorgaan waar het gaat om het voorkomen van ongelijke behandeling. Het risico daarop is niet beperkt tot huwelijken van personen van gelijk geslacht. In de memorie van toelichting zijn meer voorbeelden genoemd.

De vraag is, of niet in een verdere beperking tot zogenaamde trouwambtenaren zou moeten worden voorzien. De initiatiefnemers menen dat voor een benoembaarheidseis aangesloten mag worden bij de in het Burgerlijk Wetboek omschreven categorie: ambtenaren van de burgerlijke stand. Bij een andere benadering zouden niet dat ambt, maar de op te dragen werkzaamheden centraal komen te staan. Opgedragen werkzaamheden kunnen echter in de tijd wisselen. De werkgever heeft er ook belang bij daarin flexibel te kunnen zijn. Maar bovenal is van belang, dat – zoals gezegd – ook bij andere werkzaamheden op het gebied van de burgerlijke stand dan het voltrekken van huwelijken discriminatie zeer wel mogelijk is.

In dit verband is ook de eed van belang, die door alle ambtenaren van de burgerlijke stand wordt afgelegd, ongeacht de aan hen op te dragen werkzaamheden. In de visie van de initiatiefnemers sluit de voorgestelde benoembaarheidseis op deze eed aan. Verdedigd zou zelfs kunnen worden, dat de nieuwe benoembaarheidseis overbodig zou zijn, indien de

eed steeds gewetensvol zou worden afgelegd. De waarde van de eed heeft echter belangrijke schade ondervonden door de nog voortdurende praktijk van de benoeming van weigerambtenaren in sommige gemeenten.

De Afdeling meent dat de eed niet zodanig is geformuleerd, dat in geval van ambtenaren die zich op gewetensbezwaren beroepen voor hun verzoek (een deel) van hun taak niet uit te hoeven voeren, sprake is van eedbreuk. Dit zou slechts anders zijn indien het beroep op gewetensbezwaren niet enkel wordt gedaan binnen de betrekking tussen werkgever en werknemer, maar ook in de betrekking tussen burger en ambtenaar. Hierbij miskent de Afdeling, dat op het moment waarop de eed wordt afgelegd nog helemaal geen sprake is van een betrekking met een werkgever of de burger. De eed wordt afgelegd voordat de ambtenaar tot zijn betrekking wordt toegelaten. Waar het om gaat is, dat in een geval waarin een sollicitant kenbaar maakt dat zijn geweten zich verzet tegen het voltrekken van huwelijken van personen van gelijk geslacht, de reactie van de gemeente niet zou moeten zijn «dan zullen wij bezien of er organisatorische ruimte bestaat om dit te accommoderen», maar: «dan kunt u de eed niet afleggen».

De Afdeling heeft wellicht het oog op een ander, waarschijnlijk veel minder vaak voorkomend geval, waarin een reeds benoemde ambtenaar van de burgerlijke stand als gevolg van een bekering of anderszins verworven nieuwe inzichten gewetensbezwaren ontwikkelt die hij vóór zijn beëdiging nog niet had. Dan kan inderdaad niet gesproken worden over eedbreuk. Maar dat hebben de initiatiefnemers ook niet gedaan.

De Afdeling benadrukt overigens dat een ambtenaar van de burgerlijke stand, indien geen alternatief mogelijk is, gehouden is zijn ambt uit te oefenen en een huwelijk te sluiten tussen personen van hetzelfde geslacht, ook als hij persoonlijk bedenkingen heeft. Dat moge zo zijn, maar dat is voor de onderhavige problematiek niet van belang. De oprecht gewetensbezwaarde ambtenaar zal immers nooit een taak verrichten waartegen hij gewetensbezwaren heeft. En dus in de zienswijze van de initiatiefnemers, als hij die gewetensbezwaren al had vóór zijn beëdiging, eedbreuk plegen.

Wellicht ziet de Afdeling met haar opmerkingen over de formulering van de eed ook op het geval waarin een aspirant-weigerambtenaar, op het moment waarop hij de eed aflegt reeds weet, dankzij een uitdrukkelijke toezegging van burgemeester en wethouders, dat aan hem nimmer het voltrekken van huwelijken van personen van gelijk geslacht zal worden opgedragen. Indien de gedachte is, dat in dat geval de eed zonder bezwaar kan worden afgelegd, blijven de initiatiefnemers van mening dat dan een tè rekkelijke uitleg van de eedsformule wordt gehanteerd.

De initiatiefnemers betreuren de schade die aldus wordt toegebracht aan het instituut van de eed in hoge mate, mede met het oog op de ongewenste uitstraling die dat kan hebben naar andere ambtseden. Het maakt het wel noodzakelijk om de focus minder te richten op de een eed of belofte afleggende ambtenaar, en meer op het benoemde gemeentebeestuur, dat het niet zo ver zou moeten laten komen. En dan blijkt een wettelijke benoembaarheidseis noodzakelijk.

De voorgestelde benoembaarheidseis is mede noodzakelijk om uitvoering te geven aan de in de memorie van toelichting gemotiveerde opvatting van de initiatiefnemers, dat wie geen onderscheid kan maken tussen zijn persoonlijke geloofsovertuiging op het gebied van het huwelijk en zijn ambtelijke verplichtingen, ongeschikt is voor de functie van ambtenaar

van de burgerlijke stand. Juist uit dat onvermogen vloeit immers het maken van onderscheid, waarop de benoembaarheidseis betrekking heeft, voort.

De Afdeling acht de benoembaarheidseis niet noodzakelijk voor het handhaven van de scheiding tussen kerk en staat, mede omdat onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen de ambtenaar als bestuursorgaan en als werknemer. Voor zijn optreden als bestuursorgaan zou reeds verzekerd zijn dat de ambtenaar gebonden is aan het gelijkheidsbeginsel en aan de huwelijksplechtigheid een neutrale invulling zal geven. Kennelijk is de gedachte, dat als de ambtenaar een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht voltrekt, voldoende gewaarborgd is dat hij dat correct zal doen. Tot zover gaan de initiatiefnemers met de Afdeling mee. Maar het gaat hen uiteraard om het geval waarin de ambtenaar weigert zo'n huwelijk te voltrekken. De gedachte van de Afdeling lijkt te zijn, dat hij dat dan niet doet als bestuursorgaan, maar als werknemer.

In het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren» is erop gewezen, dat gewetensbezwaren die in strijd zijn met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat kunnen worden afgewezen. In de memorie van toelichting hebben de initiatiefnemers reeds uiteengezet welke beginselen in dit geval in het geding zijn.

Daarenboven is in de memorie van toelichting gemotiveerd, waarom ook een uitzondering gemaakt moet worden voor bestuursorganen. Daarmee komen bestuursorganen overigens in dezelfde positie als burgers die gewetensbezwaren hebben tegen het voldoen aan een voor hen geldende wettelijke verplichting: hun gewetensbezwaren plegen in de jurisprudentie – ook van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – vrijwel nooit te worden erkend, behalve in de schaarse gevallen waarin bij wet voorzien is in de mogelijkheid van erkenning van die bezwaren.

Voorts moet worden opgemerkt dat verreweg de meeste trouwambtenaren, de buitengewone ambtenaren van de burgerlijke stand, geen werknemers zijn. Veeleer kunnen zij gekenschetst kunnen worden als zzp-ers. Wellicht leidt dat mede tot een houding waarin de betrokkenen wat gemakkelijker dan ambtenaren in vaste dienst weigeren werkzaamheden te verrichten waartegen zij bezwaren hebben. Maar daarmee miskennen zij dan wel hun positie als bestuursorgaan. Juist van bestuursorganen mag, méér dan van «gewone» ambtenaren, verlangd worden dat zij alle werkzaamheden waarvoor zij bevoegd zijn uitvoeren, zonder onderscheid te maken tussen de burgers ten behoeve waarvan zij hun ambt bekleden.

De Afdeling merkt op dat de memorie van toelichting zó kan worden gelezen, dat zij suggereert dat een neutrale huwelijksvoltrekking door een ambtenaar die het huwelijk beschouwt als goddelijke instelling niet mogelijk is. Dat is een misverstand, dat de initiatiefnemers betreuren. Zij hebben de tekst op dit punt aangepast. Zij zijn het eens met het oordeel van de Afdeling, dat uit de scheiding van kerk en staat geen eisen voortvloeien ten aanzien van de godsdienstige overtuiging van de ambtenaar op zich.

Een ambtenaar moet wel onderscheid kunnen maken tussen zijn persoonlijke geloofsovertuiging op het gebied van het huwelijk en zijn ambtelijke verplichtingen. Hij mag best de overtuiging koesteren dat het huwelijk een goddelijke instelling is, maar hij moet zich ervan bewust zijn dat hij geen kerkelijk huwelijk voltrekt, maar een burgerlijk. En dat er ook verschillen kunnen zijn tussen de paren die worden toegelaten tot een kerkelijk huwelijk en tot een burgerlijk. Bijvoorbeeld: paren van gelijk geslacht niet tot een kerkelijk huwelijk, maar wel tot een burgerlijk. De consequentie daarvan is, dat de ambtenaar van de burgerlijke stand,

omdat hij nu eenmaal ambtenaar is, en geen dominee, gehouden is een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht te voltrekken. Er zijn waarschijnlijk vele ambtenaren van de burgerlijke stand, die persoonlijk het huwelijk zien als een goddelijke instelling, maar als ambtenaar geen enkele moeite hebben met het voltrekken van burgerlijke huwelijken. Slechts een kleine minderheid van hen weigert een burgerlijk huwelijk van paren van verschillend geslacht te voltrekken. De door de Afdeling geciteerde passage uit de memorie van toelichting heeft betrekking op deze minderheid: de weigerambtenaren. De bedoeling ervan is duidelijk te maken dat – zo lang deze ambtenaren nog in functie zijn – het probleem niet alleen is dat voorkomen moet worden dat paren van gelijk geslacht geconfronteerd worden met deze ambtenaren en hun bezwaren. Ook paren van verschillend geslacht, en met name zij die willen volstaan met een burgerlijk huwelijk, zullen wellicht niet getrouwd willen worden door een ambtenaar van de burgerlijke stand die – blijkens zijn houding ten opzichte van huwelijksparen van gelijk geslacht – geen onderscheid kan maken tussen het burgerlijk huwelijk en het huwelijk als goddelijke instelling.

3. Uitzondering op het verbod op onderscheid

Het voorstel voegt een uitzondering toe aan de Awgb, op basis waarvan het verbod op onderscheid op grond van godsdienst en levensovertuiging voor aspirant- en zittende gewetensbezwaarde abs-en niet langer zal gelden in de verhouding van de gemeente als werkgever en de (aspirant) abs. Als gevolg daarvan is het gemeenten toegestaan om zittende gewetensbezwaarde abs-en te ontslaan – al zijn zij daartoe niet verplicht – zonder dat toetsing aan het verbod op onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging mogelijk is. Gezien het belang dat ook de toelichting hecht aan de rechtszekerheid, aan het in aanmerking nemen van alle relevante feiten en omstandigheden en aan de noodzaak van een concrete beoordeling van de noodzaak tot ontslag¹ ligt het echter meer voor de hand het huidige artikel 5 van de Awgb ten aanzien van zittende ambtenaren in stand te laten.² Dat ligt ook voor de hand nu het afzien van toetsing aan het betreffende verbod op onderscheid problematisch is in het licht van de eerder genoemde grondwettelijke en verdragsrechtelijke gelijkheidsnormen.

Onverminderd het voorgaande wijst de Afdeling er op dat de voorgestelde tekst inhoudt dat gemeenten de gewetensbezwaarde ambtenaren in alle aspecten van hun functie anders zouden mogen behandelen, ook wanneer dit niet noodzakelijk is om het beroep op gewetensbezwaren in het kader van het functioneren als abs uit te sluiten. Naar het oordeel van de Afdeling is deze uitzondering, ook in het licht van hetgeen is beoogd door de initiatiefnemers, te breed. In de formulering van de uitzondering zou tenminste de relatie moeten worden gelegd tussen het feitelijk door de gemeente te maken onderscheid en het niet vervullen van het benoembaarheidsvereiste.

Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling de uitzondering op het verbod op onderscheid bij de arbeid niet te laten gelden voor zittende ambtenaren en voorts de uitzondering nader te beperken tot gevallen waarin een relatie bestaat met het niet vervullen van het benoembaarheidsvereiste.

De initiatiefnemers hebben in het advies van de Afdeling aanleiding gezien om de door hen voorgestelde aanvulling van artikel 5 Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) beperkter te formuleren. Het advies van de Afdeling om deze aanvulling achterwege te laten hebben zij niet opgevolgd. Aan dit advies ligt – opnieuw – de opvatting van de Afdeling ten grondslag dat de noodzaak van een inbreuk op het

¹ Memorie van toelichting, § 9 en 12.

² Hetgeen ontslag overigens niet uitsluit, mits de noodzaak daartoe aannemelijk gemaakt kan worden.

verbod van (indirect) onderscheid jegens werknemers steeds in individuele gevallen moet worden getoetst op noodzakelijkheid, gelet op de vraag of er organisatorische ruimte bestaat om gewetensbezwaren te accommoderen. De door de initiatiefnemers voorgestelde aanvulling heeft echter een principiële achtergrond, waarop de Afdeling niet in gaat: wie zich voor erkenning van zijn gewetensbezwaren wil beroepen op grondbeginselen van de democratische rechtsstaat, verspeelt dit recht als hij met dit beroep gedragingen aanvaard wil hebben, die fundamenteel ingaan tegen die beginselen. Een dergelijke principieel gemotiveerde voorziening kan zeer wel in een algemeen voorschrift worden opgenomen. Het oordeel over de legitimiteit en het gewicht van het doel en over de geschiktheid en de noodzakelijkheid van het middel wordt dan door de wetgever gegeven. Zoals dat ook is gebeurd in de andere in artikel 5 Awgb genoemde gevallen.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de memorie van toelichting op enkele ondergeschikte punten aan te passen.

*De vice-president van de Raad van State,
J. P. H. Donner*

Dijkstra
Schouw