

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. 6

MEMORIE VAN TOELICHTING ZOALS GEWIJZIGD NAAR AANLEIDING VAN HET ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Inhoudsopgave	blz.
I. ALGEMEEN	1
1. Probleemschets	1
2. Historische achtergrond	3
3. Doelen en middelen	4
4. Gewetensbezwaren en tolerantie	5
5. Legaliteitsbeginsel en ambtelijke integriteit	6
6. Scheiding van kerk en Staat	7
7. Vrijheid van godsdienst	9
8. Gelijke behandeling	9
9. Gemeentelijke autonomie	11
10. Beschikbaarheid van voldoende niet-weigerambtenaren	12
11. Benoembaarheid van ambtenaren van de burgerlijke stand	13
12. Overplaatsing en ontslag van weigerambtenaren	13
13. Verband met wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren	15
14. Adviezen	17
15. Kosten en uitvoeringslasten	18
16. Handhaafbaarheid	18
II. ARTIKELSGEWIJS	19

I. ALGEMEEN

1. Probleemschets

Sinds 1 april 2001 staat in Nederland het huwelijk ook open voor twee personen met een homoseksuele gerichtheid. Huwelijken worden voltrokken door (bijzondere) ambtenaren van de burgerlijke stand. Zij zijn in dienst bij gemeenten. Sommigen van hen hebben gewetensbezwaren tegen huwelijken van twee personen van gelijk geslacht. Daarom weigeren zij die huwelijken te voltrekken. Zij worden vaak als «weigerambtenaren» aangeduid.

Nederland heeft 415 gemeenten. Afgaande op de in de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State¹ (hierna: «Afdeling

¹ Voorlichting van 9 mei 2012, Kamerstukken II 2011/12, 32 550, nr. 35.

advisering» of «Afdeling») genoemde cijfers, ontleend aan de website van het COC, wordt slechts in 247 gemeenten bij werving en selectie de eis gesteld dat nieuwe trouwambtenaren alle huwelijken sluiten waartegen geen wettelijke beletselen bestaan. In 24 gemeenten is formeel besloten dat gewetensbezwaarden trouwambtenaar kunnen worden.¹ In 48 gemeenten zijn weigerambtenaren werkzaam; in totaal 88. In 9 gemeenten zijn sinds 1 april 2001 nog nieuwe gewetensbezwaarde ambtenaren benoemd.²

Het vraagstuk van de weigerambtenaar is tot dusver door de regering vooral als een praktische aangelegenheid gezien. Dat geldt ook voor de Afdeling advisering, en het gold tot 2008 ook voor de Commissie Gelijke Behandeling (hierna: «CGB»). Daarbij pleegt erop te worden gewezen dat het om slechts een betrekkelijk gering aantal ambtenaren gaat, en dat het voor paren met een homoseksuele gerichtheid feitelijk mogelijk is om in iedere Nederlandse gemeente te trouwen.

Anders dan de Afdeling advisering achten de initiatiefnemers het niet voor de hand liggen om met deze pragmatische benadering nog langer door te gaan. Uit de vorengenoemde cijfers blijkt, dat het hier niet om een «uitstervend» probleem gaat.

Belangrijker nog is, dat hier niet alleen praktische problemen, maar ook fundamentele rechtsbeginselen in het geding zijn. De initiatiefnemers achten het een misstand, dat tot op de dag van vandaag gemeenten ambtenaren van de burgerlijke stand benoemen, die weigeren huwelijken van personen van gelijk geslacht te voltrekken.

Op zijn minst is sprake van een botsing van twee belangen. Enerzijds is er het algemene belang dat ambtenaren zich houden aan de wet en geen onderscheid maken op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid van burgers die een huwelijk aan willen gaan. Anderzijds is er het persoonlijke belang van ambtenaren om geen nadeel te ondervinden van op hun godsdienstige overtuiging gebaseerde gewetensbezwaren. Het wetsvoorstel gaat uit van de keuze, dat het als eerste genoemde belang zwaarder moet wegen dan het tweede. Die keuze is voor de initiatiefnemers van principiële aard. Gelet op de juridische randvoorwaarden is slechts de wetgever gelegitimeerd om die keuze te maken. De initiatiefnemers stellen daarom ter zake via dit initiatiefvoorstel een wetswijziging voor. Ook gelet op de lange, onbevredigende voorgeschiedenis menen zij dat nu de wetgever aan zet is.

Het past in de heden ten dage dominante visie op wetgeving als een «instrument» om aan nieuwe wetgeving steeds de eis te stellen dat die een *praktisch* probleem oplost. De initiatiefnemers nemen afstand van deze benadering. Voor hen is wetgeving niet louter instrumenteel. Wetgeving legt ook vast wat rechtens hoort te zijn. Daarbij gaat het niet alleen om praktische problemen, maar eerst en vooral om rechtstatelijke beginselen, zoals de scheiding van kerk en Staat, de grondrechten en het beginsel van de gebondenheid van de overheid en haar dienaren aan de wet, als democratisch gelegitimeerde uitdrukking van in de samenleving levende rechtswetgeving.

De initiatiefnemers zien de principes die hier aan de orde zijn bepaald niet louter als factoren die het komen tot een oplossing bemoeilijken. Een principiële discussie heeft ook op zichzelf waarde. Zij kan de meningsvorming en het bewustzijn over het belang van de democratische rechtsstaat verder brengen. Dat kan mede van belang kan zijn voor andere vraagstukken van gelijksoortige aard.

¹ Zie www.coc.nl. Het betreft de gemeenten Dantumadeel, Ferwerderadiel, Geldrop-Mierlo, Hattem, Lisse, Maastricht, Marum, Middelburg, Nieuwerkerk aan den IJssel, Son en Breugel, Waddinxveen, Barneveld, Korendijk, Nunspeet, Neerijnen, Schouwen-Duiveland, Staphorst, Urk, Utrechtse Heuvelrug, Rhenen, Rijssen-Holten, Woensdrecht en Woerden.

² Zie www.coc.nl. Het betreft de gemeenten Achtkarspelen, Barneveld, Geldermalsen, Korendijk, Reeuwijk, Rijssen-Holten, Staphorst, Neerijnen en Reimerswaal.

Niettemin hebben de initiatiefnemers zich nu geconcentreerd op de specifieke problematiek van gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand. Maar bij de oplossing daarvan beperken zij zich niet tot de zogenoemde «trouwambtenaren» en evenmin tot discriminatie op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid.

2. Historische achtergrond

De problematiek van de gewetensbezwaren in dienstbetrekking kent een lange voorgeschiedenis. Daarbij liep de overheid voorop. Dat is begrijpelijk, omdat ambtenaren met gewetensbezwaren het goed functioneren van de openbare dienst in gevaar kunnen brengen.

In 1983 verscheen het door een ambtelijke werkgroep opgestelde rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren».¹ Op basis daarvan stelde het toenmalige kabinet zich op het standpunt, dat een ambtenaar met gewetensbezwaren tegen functieverplichtingen recht heeft op overleg met zijn bevoegd gezag over zijn gewetensbezwaren en zo nodig ook recht heeft op onderzoek van de mogelijkheden om een functie binnen of buiten het werkverband te blijven vervullen.²

Op 18 januari 1989 werd in een vergadering van het toenmalig Centraal Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken vastgesteld, dat de op basis van het rapport gekozen beleidslijn voldoet en dat extra waarborgen in de vorm van een wettelijke regeling overbodig zijn.³

Met betrekking tot de particuliere sector zond de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 7 januari 1986 aan de Tweede Kamer een notitie «Gewetensbezwaren in dienstbetrekking».⁴ Deze werd op 9 september 1987 gevolgd door een technische notitie over mogelijke wettelijke regelingen.⁵ Op 29 juni 1990 bracht de Sociaal-Economische Raad een advies uit over deze problematiek.⁶ De Stichting van de Arbeid voegde daar op 4 juli 1990 nog een nota, een leidraad voor ondernemingen, aan toe.⁷ Naar aanleiding hiervan werd een wetsvoorstel ingediend, dat uiteindelijk leidde tot het huidige onderdeel e van het tweede lid van artikel 7:681 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).⁸

Op 1 april 2001 is de Wet openstelling huwelijk in werking getreden.⁹ Bij de behandeling van het wetsvoorstel kwam ook de positie ter sprake van ambtenaren van de burgerlijke stand die uit godsdienstige overtuiging gewetensbezwaren hebben tegen het sluiten van een huwelijk tussen personen van het hetzelfde geslacht.¹⁰ Enkele Kamerleden stelden voor om een regeling in de wet op te nemen die het voor gewetensbezwaarde ambtenaren mogelijk maakte om zich te onttrekken aan het sluiten van deze huwelijken. Dat werd echter door de regering afgewezen. De regering stelde dat gemeenten voor deze problematiek praktische oplossingen moesten zoeken. Het uitgangspunt moest voor de gemeenten wel zijn, dat in iedere gemeente door personen van hetzelfde geslacht kon worden gehuwd.¹¹

Naar aanleiding van het regeerakkoord van het kabinet Balkenende-IV brak in 2007 de discussie over de gewetensbezwaarde ambtenaar opnieuw los. In het regeerakkoord was een passage opgenomen, waarin stond dat de rechtszekerheid van gewetensbezwaarde ambtenaren veilig gesteld zou worden.¹² Met betrekking tot de werving en selectie van nieuwe trouwambtenaren nam het kabinet in het debat over het regeerakkoord het standpunt in, dat gemeenten daaromtrent een eigen beleid mochten voeren en dat zij de eis mochten stellen dat sollicitanten alle huwelijken voltrekken.

In 2008 bracht de CGB een advies uit inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand.¹³ Hierin stelde de CGB dat een

¹ Opgenomen in: J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM 2008, blz. 115 e.v. Zie voor een beknopte samenvatting Kamerstukken II 1991/92, 22 392, nr. 3, blz. 3.

² Stcrt. 1983, 253.

³ Stcrt. 1989, 16; Kamerstukken II 1988/89, 20 800 VII, nr. 31.

⁴ Kamerstukken II 1985/86, 19 377, nr. 1.

⁵ Kamerstukken II 1986/87, 19 377, nr. 5.

⁶ Advies 90/10.

⁷ Publikatie no. 3/90.

⁸ Kamerstukken 22 392.

⁹ Zie voor een uitvoeriger overzicht van de discussies over de weigerambtenaren: G. ter Kuile, «Gidsland misguided. Gewetensbezwaarde ambtenaren & homo-huwelijk», *Ars Aequi* 2007, blz. 452 e.v.

¹⁰ Kamerstukken 26 672.

¹¹ Kamerstukken II 1998/99, 26 672, nr. 12.

¹² Kamerstukken II 2006/07, 30 891, nr. 4, p. 30, onder punt 11.

¹³ «*Trouwen? Geen bezwaar!*», CGB-advies 2008/04.

gemeente van nieuw aan te stellen en her te benoemen (buitengewone) ambtenaren van de burgerlijke stand mag eisen, dat zij alle huwelijken voltrekken. De CGB tekende daarbij aan, dat de gemeente deze eis in de praktijk veelal zal moeten stellen, gelet op haar taak om wettelijke verplichtingen na te leven en uit te voeren zonder onderscheid naar seksuele voorkeur en om discriminatie door haar ambtenaren te voorkomen.

Naar aanleiding hiervan besloten de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap om over enkele nadere juridische vragen voorlichting te vragen aan de Afdeling advisering.¹

Op 15 november 2011 nam Tweede Kamer een motie van het Kamerlid Van Gent aan, waarin de regering werd verzocht gehoor te geven aan de aanbeveling van de CGB om met een wettelijke regeling een einde te maken aan het fenomeen van de weigerambtenaar.²

De Afdeling advisering bracht op 9 mei 2012 haar voorlichting uit. Op 8 juni zond de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties die aan de Tweede Kamer toe.³

Het Kamerlid Dijkstra stelde hierover op 12 juni mondelinge vragen. Namens het kabinet werd bij die gelegenheid meegedeeld, dat het kabinet gelet op zijn demissionaire status het innemen van een inhoudelijk standpunt overliet aan een volgend kabinet.⁴ Voor het Kamerlid Schouw was dit aanleiding om aan te kondigen dat de fractie van D66 een initiatiefwetsvoorstel in zou dienen.⁵

3. Doelen en middelen

De doelen die het wetsvoorstel beoogt te bereiken zijn de volgende:

1. a. Het verzekeren dat ambtenaren van de burgerlijke stand de wet onverkort uitvoeren en bij de uitoefening van hun taken niet discrimineren, tenzij dat gebaseerd is op een wettelijk voorschrift.
- b. Het herstellen van het vertrouwen in de eed of belofte die ambtenaren van de burgerlijke stand afleggen.
2. a. Het handhaven van de scheiding tussen kerk en Staat, en daarmee van het uitgangspunt dat een burgerlijk huwelijk louter een neutrale overheidshandeling is, waarbij godsdienstige overwegingen geen enkele rol spelen, niet bij de Staat, en ook niet bij de betrokken trouwambtenaar.
- b. Het juridisch waarborgen dat alle huwelijken waartegen het burgerlijk recht geen beletselen ziet, in iedere gemeente kunnen worden voltrokken.

De middelen die het wetsvoorstel hiertoe inzet zijn:

1. Het in de wet opnemen van een eis voor de benoembaarheid van ambtenaren van de burgerlijke stand, die verzekert dat personen die bij de uitoefening van hun ambt onderscheid maken in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb) niet tot ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen worden benoemd.
2. Het in de wet opnemen van een bepaling die verzekert dat er in iedere gemeente altijd twee ambtenaren van de burgerlijke stand zijn die voldoen aan de onder 1 genoemde benoembaarheidseis.
3. Het in de wet opnemen van een bepaling die gemeenten ruimte biedt om jegens ambtenaren van de burgerlijke stand die niet (meer) voldoen aan de benoembaarheidseis maatregelen te nemen, zonder dat aan de gemeente tegengeworpen kan worden dat zij zich schuldig maakt aan (indirect) onderscheid in de zin van de Awgb op grond van godsdienst.

¹ Kamerstukken II 30 420, 2011/12, nr. 159 en 161.

² Kamerstukken II 2010/11, 27 017, nr. 77.

³ Kamerstukken II 2011/12, 32 550, nr. 34 en 35.

⁴ In een brief van 30 juli 2012 werd dit standpunt bevestigd: Kamerstukken II 2011/12, 32 550, nr. 40.

⁵ Handelingen II 2011/12, nr. 94, item 4.

Bij de beoordeling van de legitimiteit van deze doelen en van de subsidiariteit en de proportionaliteit van de middelen, zijn verschillende rechtsbeginselen van belang. Daarop wordt in de volgende paragrafen ingegaan, na een inleidende uiteenzetting over gewetensbezwaren. Achtereenvolgens komen daarbij aan de orde: het legaliteitsbeginsel en de ambtelijke integriteit, de scheiding van kerk en Staat, de vrijheid van godsdienst, het recht op gelijke behandeling en de gemeentelijke autonomie.

Daarna wordt nader ingegaan op de gekozen oplossingen en hun gevolgen.

4. Gewetensbezwaren en tolerantie

Gewetensbezwaren zijn uit het individuele normbesef omtrent goed en kwaad voortvloeiende, onoverkomelijke bezwaren. Gewetensbezwaren kunnen gebaseerd zijn op godsdienstige, maar ook op andere overtuigingen.

In het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren» geldt als uitgangspunt, dat gewetensbezwaren een probleem zijn voor de ambtenaar en de overheidswerkgever.¹ Gewetensbezwaren die in strijd zijn met de grondbeginselen van de democratische rechtstaat kunnen wel worden afgewezen.

Algemeen wordt ook als voorwaarde gesteld, dat het moet gaan om *ernstige* gewetensbezwaren. Dat criterium wordt ook genoemd in artikel 681, tweede lid, aanhef en onder e, van Boek 7 BW.

Het moet voorts gaan om gewetensbezwaren tegen concrete werkzaamheden. Gewetensbezwaren die zich richten tegen het algemene beleid van de organisatie kunnen niet worden erkend.²

Werkgevers mogen gewetensbezwaren op hun ernst onderzoeken. In dat verband kan ook de consistentie van de gewetensbezwaren aan de orde komen.

Dagelijks trouwen in Nederlandse gemeenten personen van wie een eerder huwelijk door echtscheiding is ontbonden. Sommige kerkgenootschappen – deels dezelfde die geen ruimte zien voor huwelijken tussen personen van gelijk geslacht – bieden niet of nauwelijks ruimte voor echtscheiding. («Wat God verbonden heeft, dat zal de mens niet scheiden». Mt 19:5–6). Wordt na een burgerlijke echtscheiding toch burgerlijk hertrouwd, dan brengt dat – godsdienstig bezien – structureel overspel met zich mee (Lk 16:18).

Opmerkelijk is, dat nog nooit iets vernomen is over ambtenaren die weigeren zo'n volgend huwelijk te voltrekken op grond van godsdienstige gewetensbezwaren. Dat doet de vraag rijzen waarom dat in geval van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht anders ligt.³

Daarbij mag ook de vraag gesteld worden, hoe het mogelijk is, dat weigerambtenaren die na 1 april 2001 hun ambtseed hebben afgelegd, geen gewetensbezwaren hadden tegen het afleggen daarvan. Terwijl zij toch wisten dat hun gewetensbezwaren niet te verenigen waren met het nauwkeurig vervullen van hun betrekking en het nauwgezet opvolgen van de wettelijke voorschriften.⁴

Dit alles neemt niet weg, dat ruimte geven aan gewetensbezwaren in zijn algemeenheid past in de Nederlandse traditie van tolerantie ten opzichte van verschillende godsdienstige opvattingen. Maar helaas zijn er in de Nederlandse samenleving ook ontwikkelingen, die haaks staan op deze traditie. De achtergrond daarvan is vaak een godsdienstige. Het probleem is, dat godsdiensten niet altijd even tolerant zijn.

¹ Zie voor een samenvatting Kamerstukken 1988/89, 20 800 VII, nr. 31.

² Kamerstukken II 1991/92, 22 392, nr. 3, blz. 7, en nr. 6, blz. 14.

³ Volgens dr. A.L.Th. de Bruijne, hoogleraar ethiek en spiritualiteit aan de Theologische Universiteit in Kampen, kun je als christen met een goed geweten homohuwelijken sluiten: «De ethische keuze die je afkeurt, komt voor rekening van betrokkenen.» *Nederlands Dagblad* 14-2-2009.

⁴ Zie L.C.J. Sprengers, Gewetensbezwaren in het arbeids- en ambtenarenrecht: «Een huwelijksreis met gewetensbezwaren» in J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM 2008, blz. 52–53.

In sommige gemeenten ondervinden joodse burgers, die als zodanig herkenbaar zijn door het dragen van een keppeltje, overlast van jongeren met een islamitische achtergrond.

Er zijn ook gemeenten waar getrouwde of samenwonende homoseksuelen zózeer worden gepest, dat zij geen andere uitweg zien dan hun wijk of gemeente te verlaten. Van gemeentebesturen wordt verwacht dat zij dit voorkómen en er hard tegen optreden. Wanneer in zo'n gemeente, vanuit een traditie van tolerantie ten opzichte van verschillende godsdienstige opvattingen, wordt toegestaan dat ambtenaren met gewetensbezwaren geen huwelijken tussen homoseksuelen voltrekken – òf als gevolg van de Awbg geen maatregelen tegen weigerambtenaren genomen kunnen worden – levert dat uiteraard nog geen legitimatie op voor het wegpesten van homoseksuele stellen. Maar het helpt het voorkómen daarvan óók niet.

Wat in een klimaat van intolerantie wèl kan helpen, is het niet louter zoeken van «pragmatische oplossingen» voor de gevolgen van die intolerantie, maar het consequent handhaven van het verbod van discriminatie. En dat zo nodig zwaarder laten wegen dan de bescherming van godsdienstige opvattingen.

5. Legaliteitsbeginsel en ambtelijke integriteit

De Afdeling advisering is van mening, dat er in het geval van de weigerambtenaren van de burgerlijke stand geen fundamenteel democratisch-rechtsstatelijk beginsel in het geding is, dat een grond voor afwijzing van hun gewetensbezwaren zou kunnen zijn.

De initiatiefnemers menen dat die beginselen wel degelijk in het geding zijn.

Het beginsel dat de overheid zich houdt aan de wet, is het kernbeginsel van de rechtsstaat: het legaliteitsbeginsel. Als een afgeleide daarvan kan worden gezien, dat de dienaren van de overheid, ambtenaren, zich evenzeer behoren te houden aan de wet. Dat is ook een belangrijk aspect van de ambtelijke integriteit.

Ingevolge artikel 125^{quater}, onder a, van de Ambtenarenwet voert het bevoegd gezag van ambtenaren – onder meer zij die door gemeenten zijn aangesteld – een integriteitsbeleid dat is gericht op het bevorderen van goed ambtelijk handelen en dat in ieder geval aandacht besteedt aan het bevorderen van integriteitsbewustzijn en aan het voorkomen van misbruik van bevoegdheden, belangenverstrengeling en discriminatie. Onder «discriminatie» moet ook het maken van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid worden verstaan.

Het rechtsstatelijke grondbeginsel van de ambtelijke integriteit sluit niet uit, dat ambtenaren gewetensbezwaren kunnen hebben. Dan botst als het ware de ambtelijke integriteit met de persoonlijke integriteit van de ambtenaar. Die botsing kan zich ook voordoen met betrekking tot wettelijke bepalingen. De aard van de werkzaamheden van ambtenaren brengt nu eenmaal vaak met zich mee, dat wetten uitgevoerd moeten worden. Het àltijd zwaarder laten wegen van wat hiervoor een afgeleide van het legaliteitsbeginsel is genoemd, het belang van onverkorte uitvoering van de wet, zou de ruimte voor erkenning van gewetensbezwaren van ambtenaren wel erg klein maken.

Dat ligt echter wezenlijk anders wanneer het gaat om wetten die een uitwerking geven aan fundamentele rechtsbeginselen. En als sprake is van ambtenaren, aan wie bij wet specifieke bevoegdheden zijn geattribueerd. Dan mag van ambtenaren worden gevergd, dat zij onverkort de wet naleven.

In het onderhavige geval zijn de fundamentele rechtsbeginselen van het discriminatieverbod en de scheiding van kerk en Staat in het geding. Het grondrecht van gelijke behandeling is als artikel 1 in onze Grondwet opgenomen. Het is nader uitgewerkt in de Awgb. De considerans daarvan maakt duidelijk, dat het de doelstelling van de wet was om ter bevordering van de deelneming op gelijke voet aan het maatschappelijk leven bescherming te bieden tegen discriminatie. Die bescherming moet óók van ambtenaren komen.

Ambtenaren van de burgerlijke stand zijn in die zin bijzondere ambtenaren, dat aan hen bij wet specifieke bevoegdheden zijn geattribueerd. Dat maakt hen tot een bestuursorgaan. Dan gaat het dus niet meer om dienaren van de overheid, maar om de overheid zelf. Die behoort zich onverkort te houden aan de wet.

Gewetensbezwaren van meerhoofdige bestuursorganen zijn niet mogelijk; colleges hebben geen geweten. Natuurlijke personen, en dus ook eenhoofdige bestuursorganen, hebben dat wel. Maar als eenhoofdige bestuursorganen, zoals de ambtenaren van de burgerlijke stand, gewetensbezwaren hebben, kunnen die niet worden erkend. Dan moeten de belangen van het ambt zwaarder wegen dan die van de persoon die het ambt bekleedt.¹

Vaak moeten ambtenaren aan wie bevoegdheden zijn geattribueerd, ter onderstreping van het belang van een integere vervulling van hun ambt en de onverkorte uitvoering van de wettelijke voorschriften, een speciale eed of belofte afleggen. In het geval van de ambtenaren van de burgerlijke stand is deze opgenomen in artikel 16, vierde lid, van Boek 1 van het BW. Hij luidt als volgt:

«Ik zweer (beloof) dat ik de betrekking van ambtenaar van de burgerlijke stand met eerlijkheid en nauwkeurigheid zal vervullen en dat ik de wettelijke voorschriften, de burgerlijke stand betreffende, met de meeste nauwgezetheid zal opvolgen; dat ik voorts, tot het verkrijgen van mijn aanstelling, middellijk noch onmiddellijk, onder enige naam of voorwendsel, aan iemand iets heb gegeven of beloofd, en dat ik, om iets in deze betrekking te doen of te laten, van niemand enige beloften of geschenken zal aannemen, middellijk of onmiddellijk. Zo waarlijk helpe mij God almachtig». («Dat verklaar en belooft ik»).

De strekking van deze eed lijkt niet voor enig misverstand vatbaar. Waar gesproken wordt over «de wettelijke voorschriften, de burgerlijke stand betreffende», kan niets anders bedoeld zijn dan de wettelijke voorschriften zoals die thans luiden en in de toekomst na eventuele wijziging zullen komen te luiden. Iedere andere uitleg zou uit rechtsstatelijk oogpunt onaanvaardbaar zijn.

In een rechtsstaat is het voorts van fundamenteel belang, dat op een eed of belofte vertrouwd kan worden. Dat geldt a fortiori voor een ambtseed.

6. Scheiding van kerk en Staat

In hoeverre de scheiding van kerk en Staat in zijn algemeenheid tot de fundamentele beginselen van onze democratische rechtsstaat behoort of zou moeten behoren, kan voorwerp zijn van discussie. Er kan echter geen misverstand over bestaan, dat die scheiding er in Nederland vanouds is op het terrein van het huwelijk.

Artikel 1:30, tweede lid, BW luidt:

«De wet beschouwt het huwelijk alleen in zijn burgerlijke betrekkingen.»

Dit heeft tot gevolg, dat een kerkelijk huwelijk voor het Nederlandse recht geen rechtsgeldig huwelijk is.

Daarenboven bepaalt artikel 1:68 BW: *«Geen godsdienstige plechtigheden zullen mogen plaats hebben, voordat de partijen aan de bedienaar van de*

¹ Ook met betrekking tot andere eenhoofdige bestuursorganen of organen van de Staat is het niet wel denkbaar dat hun gewetensbezwaren worden erkend, zonder dat dit een ontwrichtende uitwerking heeft op de democratische rechtstaat: een minister met gewetensbezwaren tegen de uitvoering van een onder zijn portefeuille vallende wet; de Koning of een minister met gewetensbezwaren tegen de bekrachtiging van een wet. *Noblesse oblige.*

eredienst zullen hebben doen blijken, dat het huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken.» Dit wordt gesanctioneerd door artikel 449 Wetboek van Strafrecht.

Het is een door artikel 6 van de Grondwet toegestane beperking van de in dat artikel vastgelegde vrijheid van godsdienst. Een beperking die berust op de overweging, dat de scheiding tussen kerk en Staat op dit punt zwaarder moet wegen dan de vrijheid van godsdienst.¹

Zo daarover nog twijfel mocht bestaan, werd deze bij de parlementaire behandeling van de Wet openstelling huwelijk weggenomen door de volgende uitspraak van de zijde van de regering:

«De verandering van betekenis van het huwelijk die het kabinet thans voorstelt, impliceert dat het kabinet kiest voor een benadering van het huwelijk die los komt te staan van onder andere religieuze opvattingen over het huwelijk. Het is het kabinet volstrekt duidelijk dat de afstand die hiermee ontstaat bij sommigen diepe bezwaren oproept. Het kabinet is evenwel van oordeel dat duidelijk onderscheid gemaakt kan worden tussen het wettelijke en het kerkelijke huwelijk. Dat onderscheid komt nu al bijvoorbeeld tot uitdrukking in artikel 68 van Boek 1 BW.»²

Het kerkelijk en het burgerlijk huwelijk zijn in Nederland strikt gescheiden. De staat erkent het kerkelijk huwelijk niet. Veel kerkgenootschappen erkennen het burgerlijk huwelijk niet.

Dat geldt ook voor echtscheidingen. Sommige kerkgenootschappen bieden niet of nauwelijks ruimte voor echtscheiding. Het burgerlijk recht doet dat wel.

Juist van ambtenaren van de burgerlijke stand mag worden verwacht, dat zij zich terdege bewust zijn van de scheiding tussen kerk en Staat, zoals die in Nederland op het terrein van het huwelijk wettelijk vorm heeft gekregen. En dat zij op dit gebied onderscheid kunnen maken tussen hun persoonlijke geloofsovertuiging en hun ambtelijke verplichtingen. Kunnen zij dat niet, dan zijn zij ongeschikt voor de functie van ambtenaar van de burgerlijke stand.

De scheiding tussen kerk en Staat is – in ieder geval op het gebied van het huwelijk – een fundamenteel beginsel in onze democratische rechtstaat, dat niet opzij gezet kan worden door persoonlijke, godsdienstige overtuigingen.

Het gaat hier om het goed functioneren van de openbare dienst; niet slechts in praktische, maar ook democratisch-rechtsstatelijke zin.

Gemeenten zijn daar verantwoordelijk voor.

Dat gaat veel verder dan «het geven van het goede voorbeeld». Het gaat daarbij ook niet in de eerste plaats, zoals gesuggereerd door de Afdeling advisering, om het niet laten van ruimte aan trouwambtenaren voor het afwijzen van het huwelijk van personen van gelijk geslacht dan wel – daaraan tegengesteld – juist wel binnen de eigen organisatie ruimte bieden voor bezwaren van een religieuze minderheid.

Het gaat om het handhaven van het beginsel van de scheiding tussen kerk en Staat. En om het uitvoeren van de wetgeving op het gebied van het huwelijk op een wijze die geen twijfel laat bestaan over de aard van een huwelijksvoltrekking ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand: een neutrale overheidshandeling, waarbij godsdienstige overwegingen geen enkele rol spelen.

Weigerambtenaren denken daar echter anders over. Voor hen is het huwelijk een goddelijke instelling, ten aanzien waarvan hun uitleg van Gods wetten bóven de wetten van de democratische rechtstaat gaat.

¹ Zie Handelingen I 19-12-2000, nr. 15, blz. 656 e.v.

² Kamerstukken II 1999/2000, 26 672, nr. 5, blz. 7.

Dat levert niet alleen een probleem op met betrekking tot huwelijken tussen personen van gelijk geslacht. Het raakt ook paren van verschillend geslacht.

Voor degenen die een burgerlijk huwelijk sluiten is dat meestal het enige huwelijk dat zij sluiten. Sommigen sluiten daarna ook nog een kerkelijk huwelijk. De keuze om dat wel of niet te doen maakt ieder paar zeer bewust. Wie ervoor kiest te volstaan met een burgerlijk huwelijk, zal niet geconfronteerd willen worden met associaties met een kerkelijk huwelijk, van welke aard ook. Deze burgers hebben belang bij een trouwambtenaar met een kijk op het huwelijk die overeenkomt met de hunne. Zij zouden er dan ook bezwaar tegen kunnen hebben, dat hun huwelijk wordt voltrokken door een weigerambtenaar, omdat die onmiskenbaar géén onderscheid kan maken tussen zijn godsdienstige opvattingen over de aard van het huwelijk – een goddelijke instelling – en die van de burgerlijke wetgever: een neutrale overheidshandeling. Gemeenten zouden daarom aan paren van verschillend geslacht die willen trouwen de vraag voor moeten leggen, of zij er bezwaar tegen hebben om getrouwd te worden door een weigerambtenaar.

7. Vrijheid van godsdienst

Van belang is 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 de vrijheid van godsdienst valt. De Afdeling advisering acht dit «mogelijk», maar laat het uiteindelijk in het midden. Allereerst concludeert de Afdeling, dat de op religieuze gewetensbezwaren gegronde weigering van een trouwambtenaar om huwelijken tussen personen van gelijk geslacht te sluiten niet is aan te merken als een rechtstreekse uitdrukking van godsdienst die onder de reikwijdte van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM valt. Dat de Afdeling het van toepassing zijn van de vrijheid van godsdienst toch mogelijk acht, motiveert zij met een tendens die zij bespeurt in recente rechtspraak.¹ Zou die tendens doorzetten, dan komt de vraag aan de orde of op grond van het tweede lid van artikel 9 EVRM voorzien mag worden in beperkingen. De initiatiefnemers zijn van mening dat dat mag, en wel ter bescherming van de openbare orde; in dit geval door middel van het handhaven van het legaliteitsbeginsel en de scheiding van kerk en Staat.² De criteria die van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of die bescherming «in een democratische samenleving noodzakelijk» is, zijn in wezen niet anders dan die welke ook aan de orde komen bij de beoordeling van de noodzaak en de proportionaliteit van de door de initiatiefnemers voorgestelde beperking van de werking van de Awgb. Daarop gaan zij in de volgende paragraaf in.

8. Gelijke behandeling

Uit de voorlichting van de Afdeling advisering blijkt, dat de Awgb een centrale plaats inneemt in het juridische toetsingskader met betrekking tot de weigerambtenaar. Op zich is dat al een anomalie. Een ambtenaar van de burgerlijke stand – of een sollicitant naar die functie – weigert huwelijken te voltrekken tussen personen van gelijk geslacht. Het voltrekken van die huwelijken is mogelijk gemaakt door een wet, die hetzelfde beoogde als de Awgb: ter bevordering van de deelneming op gelijke voet aan het maatschappelijk leven een einde maken aan een specifieke vorm van discriminatie op grond van homoseksuele gerichtheid, namelijk bij het huwelijk. Vervolgens neemt de overheid maatregelen ten nadele van de ambtenaar, maar wel ter handhaving van fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat. En wat doet de ambtenaar, althans, wat zou hij kunnen doen? Hij doet een beroep op de Awgb. Omdat hij het slachtoffer zou zijn van «indirect onderscheid» op grond van zijn godsdienst. Immers, zo zou zijn redenering kunnen luiden, ogenschijnlijk handelt de gemeente neutraal, door van ambtenaren van de burgerlijke stand te verlangen dat zij alle huwelijken voltrekken waartegen

¹ De door de Afdeling advisering genoemde uitspraak van het EHRM, *Bayatan v. Armenia*, van 7 juli 2011, nr. 23459/03, betrof godsdienstige gewetensbezwaren tegen de militaire dienstplicht. Het ontbreken van een wettelijke regeling voor gewetensbezwaren tegen de dienstplicht was naar het oordeel van het EHRM een beperking van het in artikel 9 EVRM geregelde grondrecht, zonder dat dit in een democratische samenleving noodzakelijk is. Daarbij speelde een belangrijke rol, dat bijna alle landen die partij zijn bij het EVRM, waaronder inmiddels ook Armenië, een regeling voor gewetensbezwaren tegen de dienstplicht hebben.

² Te denken valt ook aan de beperkingsgrond «voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen», in casu het recht van paren van gelijk geslacht om te trouwen. Dan komt aan de orde of een beleid gericht op het vinden van praktische oplossingen in een democratische samenleving als een zodanige voldoende bescherming kan gelden, dat dat *in de weg mag staan* aan het tot stand brengen van wettelijke waarborgen.

geen wettelijke beletselen bestaan, maar deze handelwijze treft, in vergelijking met andere personen, in het bijzonder personen met een bepaalde godsdienst; de zijne.

Dit kan zich voordoen als een persoon naar de functie van (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand solliciteert, en niet wordt benoemd op grond van de overweging dat hij kenbaar heeft gemaakt geen personen van gelijk geslacht te zullen trouwen. Het kan zich ook voordoen bij een buitengewone ambtenaar van de burgerlijke stand die niet wordt herbenoemd. En in geval van overplaatsing of ontslag van een weiger-ambtenaar.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, Awgb faalt zo'n beroep, indien het gemaakte «indirect onderscheid» objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

De CGB oordeelde in 2002 dat géén sprake was van een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel, omdat er bij de desbetreffende gemeenten voldoende (buitengewone) ambtenaren van de burgerlijke stand werkzaam waren die géén gewetensbezwaren hadden tegen het sluiten van tussen personen van hetzelfde geslacht.¹

In 2008 meende de CGB echter, dat wèl sprake was van een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel in het geval van een gemeente die slechts ambtenaren van de burgerlijke stand wenste te benoemen die bereid zijn om alle paren te huwen die aan de wettelijke eisen voldoen.² Jurisprudentie van de bestuursrechter is er (nog) niet.

De Afdeling advisering is van mening dat in ieder geval het argument van «de voorbeeldfunctie van de overheid» niet de vereiste zwaarwegende objectieve rechtvaardiging oplevert in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Awgb. De overwegingen die de Afdeling daarbij betreft doen vermoeden dat de Afdeling ook andere doelen niet snel legitiem en objectief gerechtvaardigd zal vinden. Met name meent de Afdeling, dat de hier aan de orde zijnde gewetensbezwaren niet ingaan tegen een fundamenteel beginsel van de democratische rechtsstaat. Hiervoor, in de paragrafen 5 en 6, hebben de initiatiefnemers het tegendeel betoogd.

Dit alles resulteert in een grote mate van juridische onduidelijkheid. Daarbij achten de initiatiefnemers het van belang om de rechtsontwikkeling niet geheel over te laten aan adviescolleges en rechters. Het primaat op dit gebied ligt bij de wetgever. Daarom stellen de initiatiefnemers voor om het BW en de Awgb aan te passen.

Dat neemt niet weg, dat ook het onderhavige wetsvoorstel zal moeten blijven binnen de jurisprudentie op grond van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM³ en de grenzen van richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000.⁴ Ook het wetsvoorstel zal een objectief gerechtvaardigd doel moeten hebben en de in het wetsvoorstel voorziene middelen zullen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk moeten zijn.

De doelen die het wetsvoorstel beoogt te bereiken en de middelen die het daartoe inzet zijn reeds genoemd in paragraaf 3. De initiatiefnemers achten deze doelen redelijk, legitiem, zwaarwegend, objectief gerechtvaardigd en voldoende gemotiveerd in deze memorie van toelichting. De middelen achten zij passend en noodzakelijk. Ter motivering hiervan merken zij het volgende op:

- Het in de wet opnemen van een benoembaarheidsvereiste voor ambtenaren van de burgerlijke stand is het noodzakelijke en minimale begin voor de realisatie van de doelstelling om te verzekeren dat ambtenaren van de burgerlijke stand met betrekking tot burgers niet

¹ CGB-oordelen nr. 2002-25 en 2002-26.

² CGB-oordeel 2008-40, 15 april 2008; NCJM-Bulletin, jrg. 33 (2008), nr. 6, met noot J.P. Loof.

³ EHRM, Thlimmenos tegen Griekenland, 6 april 2000, nr. 34369/97.

⁴ In het bijzonder artikel 4, eerste lid. De criteria van deze richtlijn verschillen niet wezenlijk van die welke in de jurisprudentie op grond van artikel 9 jo. artikel 14 EVRM worden gehanteerd.

discrimineren en om de scheiding tussen kerk en Staat te handhaven: geen nieuwe ambtenaren meer benoemen waarvan opvattingen en gedrag haaks staan op deze doelstellingen.¹

- Het in de wet opnemen van een bepaling die erop neer komt, dat er in iedere gemeente altijd twee ambtenaren van de burgerlijke stand zijn, die géén weigerambtenaar zijn, is een beperkte, voor de hand liggende manier om te waarborgen dat in iedere gemeente altijd àlle huwelijken voltrokken kunnen worden, ongeacht of het een huwelijk betreft van personen van gelijk of van verschillend geslacht. Het is noodzakelijk en passend als minimale, wettelijke waarborg, gegeven het feit dat er nog steeds weigerambtenaren bestaan. De «praktische oplossing» van de toenmalige staatssecretaris Cohen, dat 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, een ambtenaar van de burgerlijke stand van elders kan worden ingeschakeld, achten de initiatiefnemers een onvoldoende waarborg.² Bovendien staat hij op gespannen voet met de bedoeling van het BW.
- Voor het volledig en terstond realiseren van alle doelstellingen van het wetsvoorstel zouden alle reeds in dienst zijnde weigerambtenaren ontslagen of uit hun functie ontheven moeten worden. Het wetsvoorstel gaat niet zo ver, omdat de initiatiefnemers niet willen treden in de bevoegdheden van de gemeenten, de werkgevers van ambtenaren van de burgerlijke stand. Het in de wet opnemen van een bepaling die gemeenten ruimte biedt om jegens weigerambtenaren maatregelen te nemen, die kunnen worden gezien als het maken van (indirect) onderscheid op grond van godsdienst in de zin van de Awgb, is wel noodzakelijk. Dit om te voorkomen dat gemeenten, als zij willen bijdragen aan het realiseren van deze doelstellingen, daarbij belemmerd worden door de Awgb naar haar huidige inhoud.

¹ Daarbij is ook van belang dat het de rechtbank niet vrij staat een verzoek om beëdiging af te wijzen op grond van haar verwachtingen ten aanzien van de wijze waarop de benoemde ambtenaar zijn ambt zal uitoefenen (H.R. 15 november 1991, NJ 1992, 597).

² Handelingen II 1999/2000, blz. 6393. In dezelfde geest: brief van Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties J.W. Remkes van 24 april 2006, Kamerstukken II 27 017, nr. 28.

³ Het komt in het recht vaker voor dat van belang is wie als éérste inbreuk maakte op een fundamenteel recht. Zo hebben burgers recht op de onaantastbaarheid van hun lichaam. Dat geldt niet alleen in hun relatie tot de overheid, waarop artikel 11 Grondwet ziet, maar ook in hun onderlinge relaties. Daarom voorziet het strafrecht in de strafbaarstelling van onder meer mishandeling (art. 300 Sr. e.v.). Wie zo'n delict pleegt of een poging daartoe doet, moet er rekening mee houden dat de aangevallene zich mag verdedigen; óók met – proportioneel – geweld (noodweer en noodweerecex, art. 41 Sr.). Daardoor kan de aanvaller, als hij daarvan lichamelijk letsel ondervindt, er niet meer over klagen dat hij slachtoffer is geworden van hetzelfde delict als hij in eerste instantie zelf pleegde of probeerde te plegen. Ook in het volkenrecht is agressie niet toegestaan. Maar een staat die daarvan het slachtoffer is, heeft het recht op zelfverdediging, óók met (oorlogs)geweld. Het door Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach (1971, no. 4 139) treffend met «Kijk naar je eige» aangeduide beginsel vindt ook toepassing in de jurisprudentie op het gebied van de onrechtmatige daad (zie H.R. 4-1-1963, NJ 1964, 434, en 16-2-1973, NJ 463).

⁴ «De ambtenaar met gewetensbezwaren», juli 1983, blz. 16.

Dit middel is passend, omdat het gaat om een reactie op discriminatie door een ambtenaar. Aan het feit dat het de ambtenaar was, die als eerste ongeoorloofd onderscheid maakte jegens de burgers ten behoeve van wie hij zijn ambt hoort uit te oefenen, komt juridische betekenis toe. Daarmee verspeelt hij het recht om, als zijn werkgever naar aanleiding daarvan corrigerend optreedt, een beroep te doen op de Awgb, door te stellen dat hij het slachtoffer is van (indirect) onderscheid (op grond van zijn godsdienst).³

De ambtelijke werkgroep die het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren» uitbracht, zei het zó:

«Iemand die 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.»⁴

Bij de beoordeling van de proportionaliteit is voorts van belang, dat voor weigerambtenaren nog tal van andere functies bij de overheid openstaan. En dat zij in geval van ontslag voor het overige hun normale ontslagbescherming behouden. In paragraaf 12 gaan de initiatiefnemers daar nader op in.

9. Gemeentelijke autonomie

De initiatiefnemers realiseren zich, dat bij het onderhavige wetsvoorstel de gemeentelijke autonomie in het geding is. In zijn voorlichting wijst de Afdeling advisering er enerzijds op, dat de vraag welke houding de overheid zou moeten aannemen jegens de gewetensbezwaarde trouwambtenaar – binnen een aantal randvoorwaarden van praktische aard – in

beginsel een interne gemeentelijke aangelegenheid is, ten aanzien waarvan de gemeente beleid kan voeren. Anderzijds merkt de Afdeling op, dat de ambtenaar van de burgerlijke stand niet primair een gemeentelijk belang, maar een algemeen (rechts)belang behartigt. En dat de ruimte voor eigen beleid ingeperkt wordt door de regeling terzake in Boek 1 BW, het Besluit burgerlijke stand en hogere normen, onder meer neergelegd in de Grondwet en verdragen. De Afdeling wijst ook op de twee verschillende posities die de gemeente inneemt: openbare dienst en werkgever.

In beginsel volgen de initiatiefnemers de Afdeling advisering in deze benadering. Van de in de paragraaf 3 genoemde drie middelen, die het wetsvoorstel inzet, sluiten het eerste en het tweede nauw aan bij de thans al in het BW opgenomen regeling. Het derde raakt de gemeente in haar rol van werkgever, maar beperkt haar daarin niet. Integendeel, het helpt de gemeente om beleid dat zij in haar hoedanigheid van openbare dienst wil voeren – en naar de mening van de initiatiefnemers ook zou moeten voeren – in haar rol van werkgever te verwezenlijken.

Waar het gaat om de benoembaarheid van nieuwe ambtenaren van de burgerlijke stand en om de vraag of voldoende verzekerd is dat personen van gelijk geslacht in iedere gemeente kunnen trouwen, is onmiskenbaar van belang dat er een wettelijke regeling is, die uniform is voor alle Nederlandse gemeenten. Niet voor niets is daaromtrent al het een en ander geregeld in het BW.

Met betrekking tot de vraag of bestaande weigerambtenaren wel in hun functie van ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen worden gehandhaafd is enerzijds regelgeving van belang, maar gaat het anderzijds vooral ook om door B&W te nemen besluiten, en de beoordelingsruimte die hen daarbij toekomt.

Het wetsvoorstel beoogt in geval jegens weigerambtenaren maatregelen worden genomen een beroep van hen op het verbod in de Awgb van het maken van «(indirect) onderscheid» op grond van godsdienst uit te sluiten. Dat kan slechts bij formele wet. Voor het overige zien de initiatiefnemers geen grond voor wetgeving met betrekking tot al in dienst zijnde weigerambtenaren.

Het overplaatsen of ontslaan van ambtenaren vraagt keuzes van de werkgever van de ambtenaar. Dat zijn de gemeenten waarbij zij in dienst zijn. Daarbij moeten deze werkgevers steeds alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking nemen. En die kunnen per gemeente, en per geval, verschillen. In paragraaf 12 gaan de initiatiefnemers daar nader op in.

10. Beschikbaarheid van voldoende niet-weigerambtenaren

Onder «niet-weigerambtenaren» verstaan de initiatiefnemers hier: ambtenaren van de burgerlijke stand die geen gewetensbezwaren hebben tegen het voltrekken van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht. Daarvan zullen er altijd voldoende in een gemeente beschikbaar moeten zijn. Anders dan de regering, die dit onderwerp steeds als een louter praktisch probleem heeft benaderd, en de Afdeling advisering, in zijn recente voorlichting, achten de initiatiefnemers dit een zó belangrijk beginsel, dat het in de wet geregeld moet zijn.

Het BW schrijft nu in artikel 1:16, eerste lid, voor, dat iedere gemeente ten minste twee ambtenaren van de burgerlijke stand in dienst moet hebben. Niet uitgesloten is, dat die twee ambtenaren beiden weigerambtenaren zijn. De initiatiefnemers achten dit niet aanvaardbaar, gelet op het

uitgangspunt dat het in iedere Nederlandse gemeente voor personen van gelijk geslacht mogelijk moet zijn om een huwelijk te sluiten. Daarom stellen zij voor hen niet mee te tellen bij het minimumaantal van twee ambtenaren van de burgerlijke stand, dat artikel 1:16, eerste lid, BW vereist. Die twee ambtenaren moeten volledig inzetbare ambtenaren zijn. Dat kan door aan het eerste lid van artikel 1:16 BW een zin toe te voegen, die daartoe strekt.

11. Benoembaarheid van ambtenaren van de burgerlijke stand

Ingevolge artikel 3 van de Grondwet, dat gezien kan worden als een uitwerking van het discriminatieverbod van artikel 1, zijn alle Nederlanders op gelijke voet in de openbare dienst benoembaar. Dat sluit niet uit dat algemene functie-eisen gehanteerd worden, die zien op de geschiktheid van de te benoemen persoon. In paragraaf 6 hebben de initiatiefnemers al betoogd dat weigerambtenaren, gelet op de scheiding van kerk en Staat op het gebied van het huwelijk, niet geschikt zijn voor de functie van ambtenaar van de burgerlijke stand. Niettemin zijn er nog steeds gemeenten die weigerambtenaren herbenoemen en nieuwe benoemen.

De initiatiefnemers stellen voor aan het tweede lid van artikel 1:16 BW een zin toe te voegen, die personen die bij het uitoefenen van hun ambt onderscheid maken als bedoeld in de Awbg niet benoembaar zijn als ambtenaar of buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze ruime omschrijving is naar het oordeel van de initiatiefnemers passend en noodzakelijk, omdat iedere vorm van discriminatie door een ambtenaar in beginsel even onwenselijk is. En omdat andere vormen van discriminatie dan op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid – al dan niet op grond van gewetensbezwaren – bij ambtenaren van de burgerlijke stand, gelet op de aard van hun taken, niet ondenkbaar zijn. Dat die zich in de praktijk nog niet hebben voorgedaan, doet daar niet aan af.

Deze toevoeging heeft ook betekenis voor het herbenoemen van buitengewone ambtenaren van de burgerlijke stand. Dat is niet langer mogelijk indien het een weigerambtenaar betreft. Het gevolg hiervan zal zijn, dat het fenomeen van de weigerambtenaar in ieder geval voor zover het buitengewone ambtenaren van de burgerlijke stand betreft, binnen een overzienbaar aantal jaren niet meer zal bestaan.

12. Overplaatsing en ontslag van weigerambtenaren

De Afdeling advisering wijst er terecht op, dat de verbreking van een arbeidsverhouding van een andere orde is dan het weren van gewetensbezwaarden nog vóór zij benoemd zijn. Ontslag is een zwaardere aantasting van het belang van de betrokkene dan het niet-aanstellen.

Ook citeren de initiatiefnemers met instemming de weergave in de voorlichting van de Afdeling advisering van het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren»:

«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 onvol-

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

In de paragrafen 5 en 6 hebben de initiatiefnemers uiteengezet, dat er bij de weigering door ambtenaren van de burgerlijke stand om een homohuwelijk te voltrekken wel degelijk fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat in het geding zijn. In paragraaf 4 hebben de initiatiefnemers vraagtekens gezet bij de consistentie van de gewetensbezwaren van weigerambtenaren. Deze overwegingen rechtvaardigen een actieve opstelling van de betrokken gemeentebesturen. Daarop gaan de initiatiefnemers hierna nog in.

Hier is allereerst de vraag aan de orde, welke rol in deze voor de wetgever is weggelegd. De wetgever ontslaat geen ambtenaren. Dat doet – eventueel – de werkgever. En dat is in dit geval de gemeente. Voor de wetgever is slechts de vraag aan de orde, of een ontslag en andere maatregelen ten aanzien van een weigerambtenaar door middel van wetgeving gemakkelijker moeten worden gemaakt.

Daarbij past enige terughoudendheid, omdat de wetgever ook verantwoordelijk is voor de consistentie van wetgeving en eventuele gewekte verwachtingen. Het beleid, zoals uiteengezet bij de behandeling van de Wet openstelling huwelijk, is daarbij van betekenis. Dat beleid richtte zich echter niet in de eerste plaats op de rechtszekerheid van weigerambtenaren, maar veeleer op de autonomie van de gemeenten. En de insteek ervan was praktisch, en niet principieel van aard.

In paragraaf 8 hebben de initiatiefnemers reeds uiteengezet, dat zij het noodzakelijk en passend vinden om de anomalie op te heffen, dat weigerambtenaren zich erop kunnen beroepen het slachtoffer te zijn van indirect onderscheid op grond van godsdienst in de zin van de Awgb. En dat deze maatregel gemeenten faciliteert bij het realiseren van de doelstellingen van het onderhavige wetsvoorstel. Verder gaande wettelijke voorzieningen staan de initiatiefnemers niet voor.

In paragraaf 8 hebben de initiatiefnemers ook al opgemerkt, dat weigerambtenaren voor het overige hun normale ontslagbescherming behouden. Indien B&W ten aanzien van een weigerambtenaar een besluit nemen, inhoudende een ontslag, overplaatsing of het opdragen van andere werkzaamheden, kan de ambtenaar in bezwaar en in beroep komen overeenkomstig de op alle besluiten van bestuursorganen geldende regels. Dat impliceert onder meer, dat de voorbereiding van het besluit zorgvuldig zal moeten zijn, dat het besluit deugdelijk gemotiveerd zal moeten worden en dat sprake zal moeten zijn van een redelijke afweging van de betrokken belangen.¹

Daarbij kan voorts van belang zijn, dat de gemeente een consistent beleid voert, waarin gelijke gevallen gelijk worden behandeld en, waar gevallen niet gelijk zijn, recht wordt gedaan aan de verschillen. Dat beleid kan ook veranderd worden, als daar een goede reden voor is. Het in overeenstemming brengen van het gemeentelijk beleid met de bedoeling van de wetgever – blijkend uit het wet worden van het onderhavige wetsvoorstel – is zo'n goede reden.

Niettemin achten de initiatiefnemers het een te ver gaande inbreuk op de autonomie van gemeenten om hen de hiervoor bedoelde beleidsvrijheid te ontnemen. Gelet op de diversiteit van individuele gevallen is dat ook niet goed mogelijk. In paragraaf 9 hebben de initiatiefnemers al

¹ Zie in dit verband: Ambtenarengerecht 's-Hertogenbosch 1 mei 1986, TAR 1986/165.

opgemerkt, dat de gemeenten als werkgevers steeds alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking moeten nemen. En dat die per gemeente, en per geval, kunnen verschillen.

Daarbij is onder meer van belang welke verwachtingen door gemeenten bij weigerambtenaren zijn gewekt. En op welke rechtszekerheid (weiger-)ambtenaren redelijkerwijs aanspraak kunnen maken.

Om te beginnen maakt het verschil, of weigerambtenaren al ambtenaar van de burgerlijke stand waren vóór de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk, of het pas daarna zijn geworden. Het ligt voor de hand met de eerste groep meer consideratie te hebben dan met de tweede. De eerste groep zal zijn ambtseed naar eer en geweten hebben afgelegd. Of dat ook voor de tweede groep geldt, staat niet op voorhand vast. Overigens geldt voor beide groepen, dat hen niet kan zijn ontgaan, dat over het fenomeen weigerambtenaar zó veel discussie is gevoerd, dat met een beleid, gericht op het beëindigen van dat fenomeen rekening moest worden gehouden.

Versillen kunnen er ook zijn met betrekking tot de vraag wanneer een ambtenaar voor het eerst melding heeft gemaakt van zijn gewetensbezwaren: voor of na zijn benoeming.¹

Voorts maakt het verschil of het gaat om ambtenaren in vaste dienst dan wel om (buitengewone) ambtenaren met een dienstverband voor bepaalde tijd. In het laatste geval kan eerder gekozen worden voor een passieve opstelling. Immers, de benoemingstermijn van de weigerambtenaar loopt vanzelf af en daarna kan hij, als gevolg van de nieuwe benoembaarheidseis, niet worden herbenoemd.

Tot slot brengen de initiatiefnemers in herinnering, dat het niet uitsluitend gaat om ontslag. Goed werkgeverschap brengt met zich mee, dat de gemeente eerst onderzoekt of aan de weigerambtenaar andere taken of een andere functie kunnen worden opgedragen.

Een beleidswijziging, gericht op het beëindigen van het fenomeen weigerambtenaar, zal gemakkelijker gerealiseerd kunnen worden naar de mate waarin de ten aanzien van bestaande weigerambtenaren te nemen besluiten hun belangen minder zwaar aantasten dan in geval van ontslag.

13. Verband met wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren

Bij de behandeling van het voorstel voor een Wet normalisering rechtspositie ambtenaren² kwam bij enkele Kamerleden de gedachte op, dat als gevolg van dat wetsvoorstel de rechtspositie van weigerambtenaren aanzienlijk zou verbeteren als zij de status van werknemer naar burgerlijk recht zouden krijgen. Zij zouden dan minder gemakkelijk kunnen worden ontslagen, als gevolg van het op hen van toepassing worden van artikel 681, tweede lid, aanhef en onder e, van Boek 7 BW. Dat bepaalt dat de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk kan achten als deze geschiedt op grond van het enkele feit dat de werknemer weigert de hem opgedragen taak te verrichten met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar. De veronderstelling was kennelijk, dat in de huidige situatie de bestuursrechter bij het beoordelen van het ontslag van een weigerambtenaar in mindere mate rekening zou behoeven te houden met diens gewetensbezwaar.

De voorlichting van de Afdeling advisering en het advies van de Commissie Gelijke Behandeling uit 2008 maken echter duidelijk, dat het juridische toetsingskader in geval van een ontslag dat door de bestuursrechter moet worden gehanteerd óók geldt wanneer de kantonrechter over een ontslag moet oordelen.

¹ Dat kan ook van belang zijn voor de consequenties van een ontslag. Zo merkte de regering bij de behandeling van het wetsvoorstel, dat leidde tot het in Boek 7 BW opnemen van onderdeel e in het huidige tweede lid van artikel 681, het volgende op: «Het dient niet zo te zijn, dat een ontslag wegens gewetensbezwaren nooit zal kunnen leiden tot een sanctie wegens verwijtbare werkloosheid. Te denken valt bijvoorbeeld aan een werknemer die ten onrechte in de sollicitatiefase niet heeft vermeld dat hij gewetensbezwaren heeft tegen tot zijn functie behorende taken.» (Kamerstukken II 1992/93, 22 392, nr. 6).

² Kamerstukken 32 550.

Artikel 7:681, tweede lid, onder e, BW voegt daaraan niets wezenlijks toe. Het gaat uit van dezelfde gedachte, die ook ten grondslag ligt aan het ambtelijke rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren: dat gewetensbezwaren niet slechts een zaak zijn van de werknemer, maar ook van de werkgever.¹ Dit is niet alleen in het toenmalige Georganiseerd Overleg als beleidslijn aanvaard door de overheidswerkgevers en de centrales van overheidspersoneel, maar ook in de jurisprudentie, met instemming, in de overwegingen betrokken.²

Daarin past, dat het «enkele feit» van een weigering van een werknemer om wegens gewetensbezwaren een taak te verrichten nog geen redelijke grond is voor ontslag. Er zal nog iets bij moeten komen; bijvoorbeeld dat geen ander passend werk kan worden gevonden.³ Of het goed functioneren van de ambtelijke dienst of een andere essentiële maatschappelijke voorziening; of strijd met fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren zijn twee amendementen ingediend – door de leden van de Tweede Kamer de heren Heijnen en Marcouch en door de leden Hennis-Plasschaert en Van der Burg – die ertoe strekken het ontslag van weigerambtenaren gemakkelijker te maken.⁴ De initiatiefnemers doen dat óók, maar op een ander punt: door het maken van een uitzondering in de Awgb.

Tegen de aanpak van beide amendementen hebben de initiatiefnemers in de eerste plaats inhoudelijke bezwaren.

Het amendement van de leden Hennis-Plasschaert en Van der Burg is in het licht van het vorenstaande overbodig. Het voegt niets toe aan wat reeds voortvloeit uit artikel 7:681, tweede lid, onder e, BW: dat eerst gezocht moet worden naar ander passend werk.

Het amendement van de leden Heijnen en Marcouch breekt met de consensus die met betrekking tot gewetensbezwaren in het algemeen was bereikt door middel van het rapport «De ambtenaar met gewetensbezwaren» en artikel 7:681, tweede lid, onder e, BW. Het lijkt ook aan ambtenaren hun normale bescherming tegen schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door hun werkgever te ontnemen.

Daarnaast achten de initiatiefnemers het uit een oogpunt van een ordelijk wetgevingsproces onjuist om op deze wijze twee geheel verschillende onderwerpen van wetgeving – de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren en de positie van de weigerambtenaar – met elkaar te vermengen. Beide verdienen een apart wetgevingstraject. Ook omdat het wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren naar verwachting deels andere voor- en tegenstanders zal hebben dan het onderhavige wetsvoorstel (bijvoorbeeld waar het de fractie van de indieners van het amendement-Heijnen/Marcouch betreft).

Beide amendementen zijn ook niet toereikend om het probleem van de weigerambtenaar op te lossen. Zij zeggen immers niets over het benoemen van nieuwe weigerambtenaren en over de beschikbaarheid van voldoende niet-weigerambtenaren.

Ten slotte is van belang, dat met het onderhavige wetsvoorstel de kwestie van de weigerambtenaar aanzienlijk eerder opgelost kan zijn dan het geval zou zijn indien dit zou lopen via het wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren. Dat wetsvoorstel kan immers, als gevolg van de omvangrijke aanpassingswetgeving die ermee gepaard moet gaan, zeker niet eerder dan in 2015 in werking treden.

¹ Zie voor een samenvatting Kamerstukken II 1991/92, 22 392, nr. 3, blz. 3.

² Ambtenarengerecht 's-Hertogenbosch 1 mei 1986, TAR 1986/165.

³ Kamerstukken II 1991/92, 22 392, nr. 3, blz. 5.

⁴ Kamerstukken II 2011/12, 32 550, nr. 33 resp. 37.

14. Adviezen

De initiatiefnemers beschouwen het wetsvoorstel als het eindpunt van een lange maatschappelijke discussie. In die discussie zijn, naar het de initiatiefnemers voorkomt, alle denkbare argumenten wel aan de orde gekomen. Met name nu, na de al wat oudere adviezen van de CGB en de VNG, ook de voorlichting van de Afdeling advisering beschikbaar is, achten zij de tijd gekomen om tot wetgeving over te gaan. Een nieuwe adviesronde achten de initiatiefnemers dan ook niet nodig.

Op de voorlichting van de Afdeling advisering zijn de initiatiefnemers al in de vorige paragrafen ingegaan.

De CGB is van mening dat het gemeentebestuur van nieuw aan te stellen ambtenaren van de burgerlijke stand mag – en moet – eisen, dat zij zowel huwelijken sluiten tussen partners van verschillend als van hetzelfde geslacht. Het wetsvoorstel realiseert dit door middel van een in artikel 1:16 BW op te nemen benoembaarheidseis.

De CGB adviseert voorts om de mogelijkheid te creëren dat ambtenaren van de burgerlijke stand worden aangesteld voor alle op hun rustende taken, met uitzondering van de taken aangaande de huwelijksvoltrekking en het registreren van partnerschappen.

Met betrekking tot reeds in dienst zijnde weigerambtenaren adviseert het CGB hen niet toe te staan om uitsluitend huwelijken van twee personen van verschillend geslacht te voltrekken.

De overwegingen waarop de CGB haar oordelen baseert komen deels overeen met die van de initiatiefnemers. Zij zijn wel beperkt tot het aandachtsgebied van de commissie: gelijke behandeling. De benadering van de initiatiefnemers is staatsrechtelijk breder.

De CGB toets niet wetgeving, maar besluiten van gemeenten aan de Awgb. Zij adviseert over voorwaarden waaraan gemeentelijk beleid naar haar mening moet voldoen, teneinde te voorkomen dat in het kader daarvan genomen besluiten in strijd komen met de Awgb.

De invalshoek van de initiatiefnemers is een andere. Zij kiezen in de eerste plaats voor wetgeving om het vraagstuk van de weigerambtenaar tot een oplossing te brengen. Die begint in hun opzet met het invoeren van een benoembaarheidseis voor nieuw te benoemen (buitengewone) ambtenaren van de burgerlijke stand. Die beoogt te voorkomen dat deze ambtenaren bij het verrichten van hun taak onderscheid maken in de zin van de Awbg. Niet alleen op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid van burgers, maar op alle in de Awbg genoemde gronden. De initiatiefnemers achten het ook van belang dat dit geldt voor alle taken van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Immers, ook bij taken op andere terreinen dan huwelijken en geregistreerde partnerschappen is discriminatie mogelijk. Bijvoorbeeld bij de vermelding van twee personen van gelijk geslacht als de juridische ouders op de geboorteakte van een kind.

Opvolgen van het advies van de CBG zou met zich brengen, dat erkend wordt dat ambtenaren van de burgerlijke stand onderscheid mogen maken op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid, mits zij maar geen huwelijken voltrekken en partnerschappen registreren. De initiatiefnemers achten dat niet passen bij hun status van bestuursorgaan. Het past ook niet bij de omstandigheid dat alle ambtenaren van de burgerlijke stand dezelfde eed of belofte afleggen. Een oplossing waarbij voorzien wordt in twee verschillende eedsformules, dan wel een rekkelijke uitleg van de bestaande, komt de initiatiefnemers niet verkieslijk voor.

De initiatiefnemers hebben begrip voor het advies van de CGB om aan reeds in dienst zijnde weigerambtenaren niet toe te staan om uitsluitend huwelijken van twee personen van verschillend geslacht te voltrekken, maar zij achten het te ver gaan om dit in de wet vast te leggen. Ook hierbij geldt, dat zo'n vastlegging aan weigerambtenaren een aparte wettelijke status zou geven. Dat achten de initiatiefnemers onjuist.

Te meer is daar geen reden voor, omdat het hier in wezen gaat om een overgangsproblematiek. Als geen nieuwe weigerambtenaren meer benoemd kunnen worden, en als weigerambtenaren die in tijdelijke dienst benoemd zijn niet als (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand herbenoemd kunnen worden, resteert na enkele jaren nog slechts een in omvang steeds verder slinkende groep. De initiatiefnemers laten het aan de gemeenten over om ten aanzien van hen maatregelen te nemen. Dat zal ook individueel maatwerk met zich mee brengen. Als dat impliceert, dat nog een enkele weigerambtenaar gedurende een beperkte tijd louter huwelijken van personen van verschillend geslacht voltrekt, hebben de initiatiefnemers daar vrede mee.

De VNG kan zich vinden in het advies van de CGB. De VNG is het eens met de CGB dat iedere ambtenaar gehouden is de wet uit te voeren en dat ambtenaren niet mogen discrimineren. De VNG wijst ook op de bijzondere positie van de ambtenaar van de burgerlijke stand: hij vertegenwoordigt in persoon de overheid. Wel blijft de VNG van opvatting dat geen specifieke regeling voor gewetensbezwaarde ambtenaren nodig is.

De initiatiefnemers zijn het met de laatstgenoemde opvatting van de VNG niet eens. In het voorgaande hebben zij dat al voldoende gemotiveerd. Voor het overige verwijzen de initiatiefnemers naar hun reactie op het advies van de CGB. Daarin zijn zij al ingegaan op die elementen van dat advies, ten aanzien waarvan door de initiatiefnemers andere keuzes zijn gemaakt.

15. Kosten en uitvoeringslasten

Het wetsvoorstel brengt naar het oordeel van de initiatiefnemers geen noemenswaardige uitvoeringslasten met zich mee, niet voor gemeenten en ook niet voor burgers.

Niet uitgesloten is, dat er een gemeente is die op dit moment nog niet voldoet aan het vereiste van twee niet-weigerambtenaren van de burgerlijke stand. Voor zo'n gemeente zal het wetsvoorstel kosten met zich mee brengen voor het in dienst nemen van één of twee niet-weigerambtenaren. De initiatiefnemers zien geen aanleiding voor het compenseren van die kosten.

Zo daar niet al vanaf 1 april 2001 aanleiding toe was, kan zo'n gemeente in ieder geval vanaf het moment van indiening van het onderhavige wetsvoorstel er rekening mee houden, dat zij haar personeelsbestand in overeenstemming moet brengen met de wet. Mede gelet op de in artikel III voorgestelde termijn van inwerkingtreding achten de initiatiefnemers ook een overgangsbepaling op dit punt niet nodig.

16. Handhaafbaarheid

Gelet op de ervaringen in het verleden is er aanleiding om stil te staan bij de handhavingsaspecten. De huidige wet blijkt geen mogelijkheden te bieden om te voorkomen dat nieuwe ambtenaren van de burgerlijke stand worden benoemd en hun ambtseed afleggen, terwijl zij, en hun werkgever, op dat moment al weten dat zij zich daar niet volledig aan zullen houden. De initiatiefnemers vertrouwen erop, dat door het aan de wet toevoegen van een uitdrukkelijke bepaling over de benoembaarheid

van ambtenaren van de burgerlijke stand dit probleem tot het verleden zal gaan behoren.

II. ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I

Onderdeel 1

Dit onderdeel dient ertoe te bewerkstelligen dat ambtenaren van de burgerlijke stand die niet voldoen aan het via onderdeel 2 in te voegen benoembaarheidsvereiste («weigerambtenaren»), niet worden meegeteld bij het minimumaantal van twee ambtenaren, bedoeld in artikel 1:16, eerste lid, BW.

De in dit onderdeel opgenomen toevoeging aan dat lid heeft in de eerste plaats betekenis zolang er ambtenaren van de burgerlijke stand zijn, die zijn benoemd vóór de inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel, toen de aan het tweede lid toegevoegde benoembaarheidseis nog niet gold. Ook wanneer er nog slechts ambtenaren van de burgerlijke stand zijn, die zijn benoemd na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel, blijft deze bepaling van belang. Het is immers mogelijk dat een ambtenaar van de burgerlijke stand pas na zijn benoeming gewetensbezwaren ontwikkelt, die hem nopen tot het maken van onderscheid in de zin van de Awgb.

Onderdeel 2

De in onderdeel 2 opgenomen toevoeging van een benoembaarheidseis aan het tweede lid van artikel 1:16 BW beoogt te voorkomen dat personen tot (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand worden benoemd die bij het uitoefenen van hun ambt onderscheid maken als bedoeld in artikel 1 van de Awbg. Daarbij kan het gaan om onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid, maar ook op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit of burgerlijke staat. Een uitzondering geldt uiteraard indien het maken van onderscheid is gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift. Het in de wet expliciteren van deze norm is noodzakelijk, omdat de Awbg niet van toepassing is op eenzijdig overheidshandelen, maar de taken van de ambtenaar van de burgerlijke stand wel zodanig van aard zijn, dat het maken van onderscheid daarbij zeer wel aan de orde kan komen. Daarbij kan het ook gaan om andere vormen van discriminatie dan op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid. De gekozen ruime formulering gaat uit van de gedachte, dat iedere vorm van discriminatie door een ambtenaar van de burgerlijke stand, die niet gebaseerd is op een wettelijk voorschrift, in beginsel even onwenselijk is.

Gevolg van deze bepaling is, dat een persoon die op grond van gewetensbezwaren niet bereid blijkt bepaalde bij zijn wettelijke taakuitoefening behorende werkzaamheden uit te voeren, niet benoembaar is als (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand. Hierbij kan gedacht worden aan de weigering om mee te werken aan de voltrekking van het huwelijk van twee personen van gelijk geslacht, maar ook aan de weigering van een latere vermelding van twee personen van gelijk geslacht als de juridische ouders op de geboorteakte van een kind; of aan een weigering een huwelijk te voltrekken tussen personen die niet dezelfde godsdienst belijden.

Deze bepaling is bedoeld als een *lex specialis* ten opzichte van het verbod van artikel 5, eerste lid, Awbg.

ARTIKEL II

Ook het nieuwe onderdeel *d* van het tweede lid van artikel 5 Awbg heeft zowel betekenis voor ambtenaren van de burgerlijke stand die zijn benoemd vóór de inwerking-treding van het onderhavige wetsvoorstel, als voor hen die daarna zijn benoemd. Ook weer omdat het mogelijk is dat een ambtenaar van de burgerlijke stand pas na zijn benoeming gewetensbezwaren ontwikkelt, die die hij vóór zijn benoeming nog niet had.

Het onderdeel heeft tot gevolg dat de gemeenten als werkgevers jegens reeds in dienst zijnde ambtenaren van de burgerlijke stand, die in de uitoefening van hun ambt onderscheid maken in de zin van artikel 1 van de Awgb, tenzij het onderscheid is gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift, mogen handelen op een wijze, die aangemerkt zou kunnen worden als «onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging» in de zin van artikel 1 Awgb. Ingevolge artikel 1a, vierde lid, Awgb strekt deze uitzondering zich niet uit tot (seksuele) intimidatie.

Hij strekt zich wel uit tot zowel «direct onderscheid» als «indirect onderscheid». Weliswaar wordt in de juridische literatuur over weigerambtenaren meestal slechts gesproken over «indirect onderscheid», maar toch is wel betoogd dat ook «direct onderscheid» in de zin van artikel 1 Awgb aan de orde zou kunnen zijn.¹ Daarom wordt hier – overigens in overeenstemming met de systematiek van artikel 5 Awgb – het ruime begrip «onderscheid» gebruikt.

Het onderdeel is van belang voor alle rechtspositionele besluiten die colleges van B&W kunnen nemen. Dat impliceert, dat het maken van onderscheid, waartoe dit artikel de ruimte biedt, ook kan strekken ten voordele van reeds in dienst zijnde weigerambtenaren. Hen kan – bij voorkeur tijdelijk – toegestaan worden om uitsluitend huwelijken van twee personen van verschillend geslacht te voltrekken. Veelal zullen deze besluiten echter ten nadele van weigerambtenaren strekken. Te denken valt aan het opdragen van andere werkzaamheden, het overplaatsen naar een andere functie of het ontslaan van de ambtenaar.

Het eventueel in strijd met artikel 5, eerste lid, Awbg zijn van het niet-benoemen en het niet herbenoemen van ambtenaren van de burgerlijke stand, die niet voldoen aan de benoembaarheidseis van het tweede lid van artikel 1:16 BW, is afgedekt doordat deze bepaling een *lex specialis* is ten opzichte van het verbod van artikel 5, eerste lid, Awbg.

De initiatiefnemers hebben ervoor gekozen om naast «godsdienst» als grond voor het maken van onderscheid ook «levensovertuiging» te noemen. Weliswaar is thans geen geval bekend waarin een weigerambtenaar zich beroept op zijn levensovertuiging, maar omdat gewetensbezwaren ook kunnen berusten op een levensovertuiging is ook met die mogelijkheid rekening gehouden.

ARTIKEL III

Dit artikel regelt de inwerkingtreding van de vast te stellen wet, waarbij voor een inwerkingtredingstermijn van minimaal drie maanden na de vaststelling is gekozen. Dit heeft de volgende achtergrond.

Het wetsvoorstel regelt aangelegenheden, die eigenlijk al bij de Wet openstelling huwelijk geregeld hadden moeten zijn. In die zin heeft het wetsvoorstel het karakter van reparatiewetgeving. Daardoor weegt het belang van het zo snel mogelijk in werking treden van de wet zwaarder dan het aanhouden van de vaste verandermomenten 1 januari of 1 juli,

¹ Zie noot J.P. Loof onder CGB-oordeel 2008–40 in NCJM-Bulletin, jrg. 33 (2008), nr. 6, blz. 800.

die veelal bij de inwerkingtreding van wetgeving worden gehanteerd. Wel wordt, nu de wet direct relevant is voor gemeenten, op grond van de Code Interbestuurlijke Verhoudingen voorzien in een invoeringstermijn van minimaal drie maanden.

Dijkstra
Schouw