

6 | Van praktische oplossing naar principiële stellingname: de CGB en de gewetensbezwaarde trouwambtenaren

Jan-Peter Loof[■]

1 INLEIDING: EEN OORDEEL, EEN ADVIES EN EEN AANBEVELING

In april 2008 heeft de Commissie gelijke behandeling (CGB) een oordeel¹ en een advies – getiteld ‘Trouwen? Geen bezwaar!’² – het licht doen zien over de problematiek van de gewetensbezwaarde trouwambtenaren, waaraan in de overige bijdragen aan deze bundel reeds diverse malen is gerefereerd. Hoewel het oordeel en advies pas enkele maanden na het symposium van 1 februari 2008 verschenen, sluiten zij zo nauw aan bij symposiumthema dat een nadere bespreking ervan in deze bundel niet mag ontbreken.

Het oordeel en advies zijn om verschillende redenen interessant. In de eerste plaats is er natuurlijk de politieke dimensie. In het coalitieakkoord van het kabinet Balkenende-IV werd immers – op initiatief van coalitiepartner de ChristenUnie – de ook in voorgaande regeerakkoorden opgenomen passage³ waarin werd aangegeven dat er ruimte zou moeten blijven voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren aangevuld met de woorden: ‘Mochten er in de gemeentelijke praktijk problemen ontstaan, dan zullen initiatieven worden genomen om de rechtszekerheid van gewetensbezwaarde ambtenaren veilig te stellen.’ Deze aanscherping leidde in en buiten de Tweede Kamer tot veel discussie.⁴ In diverse gemeenten leidde deze passage uit het coalitieakkoord juist tot besluiten van de gemeenteraad of het college van B&W waarin gewetensbezwaarde trouwambtenaren werden geweerd.⁵

■ Mr. dr. J.P. Loof is universitair docent Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is een bewerking van mijn annotatie bij CGB-oordeel 2008-40 in *NJCM-Bulletin* 2008, nr. 33-6.

1 CGB-oordeel 2008-40 van 15 april 2008.

2 CGB-advies 2008-40.

3 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 637, nr. 19 (regeerakkoord CDA, VVD, D66).

4 Zie o.m. het debat over de regeringsverklaring op 1 maart 2007, *Handelingen II* 2006/07, nr. 45, p. 4714-4715 (kritiek van GroenLinks en D66).

5 Zie in dat verband het debat over het beleidsprogramma van het kabinet Balkenende-IV op 19 juni 2007, *Handelingen II* 2006/07, nr. 82, p. 4443, waar de minister-president op een vraag van SGP-voorman Van der Vlies aangeeft dat hij geen reden ziet om besluiten van gemeentebesturen die gewetensbezwaarde ambtenaren in de ban hebben gedaan, ter vernietiging voor te dragen aan de Kroon: ‘Er zijn twee zaken die hierbij een rol spelen. Enerzijds het recht om in iedere gemeente als homopaar te kunnen huwen. Anderzijds het recht van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar. Het coalitieakkoord staat een zorgvuldige omgang met gewetensbezwaarde ambtenaren voor. Er zijn op dit moment

In de tweede plaats zijn het oordeel en advies interessant vanwege het feit dat de CGB tot een andere conclusie komt dan in een eerder oordeel – uit 2002 – over dezelfde problematiek en vanwege de uitvoerige toelichting die in het advies gegeven wordt op de redenen voor deze andere conclusie en de consequenties daarvan voor andere situaties.

In de derde plaats is van belang dat het advies een rechtstreekse aanbeveling aan de regering bevat om bij algemene maatregel van bestuur nadere invulling te geven aan de rechtspositieregeling van de ambtenaren van de burgerlijke stand. Het is dus interessant om te bezien hoe het kabinet daarop reageert.

In deze bijdrage zullen het oordeel en advies van de CGB en de reactie van het kabinet daarop nader worden besproken. Daarbij wordt in het bijzonder stilgestaan bij de hierboven genoemde punten.

2 VAN CGB-OORDELEN 2002-25 EN 26 NAAR OORDEEL 2008-40

De openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht die in 2001 in werking trad leverde in 2002 een drietal oordelen van de CGB op. In oordeel 2002-24 was een gemeentelijke verordening aan de orde die bepaalde dat de ambtenaar van de burgerlijke stand die daar gewetensbezwaren tegen heeft niet belast zou worden met de voltrekking van een homohuwelijk. Het COC Zwolle vond deze vrijstellingsregeling kwetsend en discriminerend en verzocht de CGB om een oordeel over de (on)verenigbaarheid van deze regeling met de artikelen 5 en 7 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). De CGB achtte in die zaak het COC niet-ontvankelijk. In de eerste plaats omdat het voltrekken van een huwelijk een specifieke overheidstaak is die niet valt onder het aanbieden van goederen of diensten in de zin van artikel 7 AWGB en in de tweede plaats omdat het verbod van onderscheid in arbeidsrelaties van artikel 5 AWGB zich niet uitstrekt tot 'de ideële gevolgen ten aanzien van derden van een arbeidsvoorwaardelijke regeling, waarbij geen concreet geschil op de werkvloer is betrokken'. In de oordelen 2002-25 en 2002-26 ging het om verzoeksters die gewetensbezwaren hadden tegen (het voltrekken van) een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht en om die reden niet voor (her)benoeming als buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand in aanmerking kwamen (in de ene zaak betrof het een vrouw die in Leeuwarden reeds werkzaam was als buitengewoon ambtenaar, in de andere zaak ging het om een vrouw die

voor zover bekend in de praktijk geen arbeidsrechtelijke conflicten op dit terrein. In eerste instantie moeten gemeenten en gewetensbezwaarde ambtenaren met elkaar zoeken naar een praktische oplossing. Ik zie in de genomen en bekende besluiten op gemeentelijk niveau dan ook geen reden voor het voordragen ter schorsing of vernietiging. Indien ambtenaren het niet eens zijn met een rechtspositioneel besluit, kunnen zij het aan de rechter voorleggen.'

wilde solliciteren op deze functie bij de gemeente Hattem maar te horen had gekregen dat dit geen zin had indien zij niet bereid was tot het sluiten van homohuwelijken).

De CGB oordeelde in die beide gevallen dat geen sprake was van direct onderscheid op grond van godsdienst, nu de functie-eis – dus de bereidheid om ook huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht te sluiten – op zich neutraal is, aangezien een ambtenaar ook op andere dan christelijk-religieuze gronden en op grond van andere dan gewetensbezwaren niet bereid kan zijn dergelijke huwelijken te sluiten. De CGB concludeerde dat wel sprake was van indirect onderscheid, omdat vooral gelovigen met een bepaalde religieuze achtergrond dergelijke bezwaren koesteren en zij dus in overwegende mate door die eis worden benadeeld. Ingevolge artikel 2 lid 1 AWGB is het maken van indirect onderscheid toegestaan, mits dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Die objectieve rechtvaardiging achtte de CGB niet aanwezig. Er was wel sprake van een legitiem doel, maar het gehanteerde middel was disproportioneel:

‘Het doel van verweerder is het zeker stellen dat alle (b)absen [(buitengewoon) ambtenaren van de burgerlijk stand – JPL] die voor de gemeente werkzaam zijn zonder uitzondering aan de nieuwe wetgeving uitvoering geven, mede gelet op het doel dat wordt beoogd met die wet, namelijk de gelijke behandeling bij verschillende huwelijksvormen.

Dit is in ruime zin een legitiem doel, maar – gelet op de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval – evenwel in casu niet zwaarwegend genoeg.

De wetgever heeft bij de totstandkoming van de wet het standpunt gehuldigd dat de gemeenten zelf een oplossing mogen creëren voor gewetensbezwaarden. De gemeenten dienen hierbij zowel het recht op gelijke behandeling als de vrijheid van godsdienst te respecteren. Nu er zeven (b)absen in dienst zijn die geen gewetensbezwaren hebben tegen het voltrekken van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht, is afdoende gewaarborgd dat homohuwelijken zonder enig probleem en op gelijke voet met andere huwelijken worden voltrokken. De gemeente kan in die zin dus aan haar wettelijke verplichtingen tegemoetkomen. Het daarnaast zeker stellen dat ook verzoekster dergelijke handelingen verricht gaat verder dan de wet van hen vraagt en dient ook geen zwaarwegend gemeentelijk belang.’⁶

Uit oordeel 2008-40, nader toegelicht in het advies “Trouwen? Geen bezwaar!”, blijkt dat de CGB daar zes jaar later anders over denkt. De aanleiding is een verzoekschrift van een man uit Langedijk, een belijdend lid van een Hervormde gemeente (een behoudende protestantse kerkgemeenschap). Hij vraagt de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) te beoordelen of de gemeente Langedijk jegens hem verboden onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt door te eisen dat iedere nieuw aan te stellen buitengewoon ambtenaar van

6 CGB-oordeel 2002-26, overweging 5.7.

de burgerlijke stand (hierna: buitengewoon ambtenaar) bereid is tot het voltrekken van huwelijken en het registreren van partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht. De man stelt door deze eis te worden uitgesloten van een functie als buitengewoon ambtenaar omdat hij niet aan die eis kan voldoen zonder in conflict te komen met zijn godsdienstige overtuiging.

In contacten met het gemeentehuis, naar aanleiding van de publicatie van een vacature voor twee buitengewoon ambtenaren waarin als functie-eis 'bereidheid tot het voltrekken van huwelijken en partnerschapsregistraties tussen personen van hetzelfde geslacht' was opgenomen, is hem medegedeeld dat solliciteren zonder aan deze eis te kunnen voldoen geen zin zou hebben: 'Bij de invoering van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht heeft de wetgever aangegeven dat buitengewoon ambtenaren van de burgerlijke stand die nog benoemd zouden worden, ook deze voltrekkingen zouden moeten verrichten. Wij achten het niet wenselijk van deze eis af te wijken.' In een brief van het college van B&W aan de man is aangegeven dat het wenselijk is dat buitengewoon ambtenaren alle voorkomende huwelijken voltrekken omdat trouwerijen vooral plaatsvinden in de zomerperiode, waardoor het vaak voorkomt dat een of meer buitengewoon ambtenaren (in totaal heeft de gemeente er zes in dienst en daarnaast nog vijf gewone ambtenaren van de burgerlijke stand) niet beschikbaar zijn in verband met onder meer vakanties.

In oordeel 2008-40 doorloopt de CGB dezelfde stappen als in de oordelen uit 2002. Allereerst gaat de commissie na of de weigering om medewerking te verlenen aan het voltrekken van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht moet worden beschouwd als het uiting geven aan een geloofsovertuiging. In het licht van de ruime uitleg die op grond van artikel 6 Grondwet, artikel 9 EVRM en artikel 18 IVBPR doorgaans aan de vrijheid van godsdienst wordt gegeven, acht de commissie ook 'het zich gedragen naar godsdienstige voorschriften' beschermd door dit recht. Bovendien constateert de CGB dat de verzoeker niet alleen staat in zijn religieuze opvattingen aangaande het huwelijk.⁷ Een en ander maakt dat het verbod van onderscheid op grond van godsdienst in het geding is. Vervolgens constateert de commissie dat de door de gemeente gehanteerde functie-eis geen direct onderscheid oplevert, maar wel indirect onderscheid, zodat bekeken moet worden of sprake is van een objectieve rechtvaardiging.⁸ Daartoe moet beoordeeld worden of het onderscheid een legitiem doel dient en of het gehanteerde middel (de functie-eis) geschikt en noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

Volgens de gemeente is het doel van het stellen van de functie-eis in de eerste plaats het waarborgen van de naleving van de wet openstelling huwelijk

7 CGB-oordeel 2008-40, overwegingen 3.13 en 3.14.

8 Overigens kan over het aanmerken van deze functie-eis als een vorm van indirect onderscheid wel worden getwist. In een vergelijkbaar geval dat in Engeland speelde merkte een Londens arbeidstribunaal het stellen van een dergelijke functie-eis aan als directe discriminatie op grond van godsdienst. Zie *infra* noot 23.

door te zorgen dat paren van gelijk geslacht in de gemeente in het huwelijk kunnen treden. Daarnaast wil de gemeente voorkomen dat een ambtenaar bij de uitvoering van het werk discrimineert door zijn medewerking te weigeren aan het voltrekken van een homohuwelijk. De uitvoering en naleving van wettelijke verplichtingen alsmede het voorkomen van discriminatie door de ambtenaren acht de CGB als doel voldoende zwaarwegend en dus legitiem.⁹ Het hanteren van de functie-eis is volgens de commissie ook een geschikt middel om het nagestreefde doel te bereiken.

Wat dan resteert, is de vraag of de functie-eis noodzakelijk is. Daarvoor is van belang of er een alternatief middel is dat niet of minder onderscheidmakend is (subsidiariteitseis) en of het middel in evenredige verhouding staat tot het nagestreefde doel (proportionaliteitseis). We komen dan bij de kernoverwegingen van de CGB in deze zaak (3.26-3.30):

‘3.26 De Commissie stelt vast dat niet in geschil is dat op verweerder de verplichting rust de wet na te leven en uit te voeren. Tot deze verplichtingen moet ook worden gerekend de verplichting van de overheid om bij de uitvoering van haar taken niet in strijd te handelen met het discriminatieverbod. Dat geldt te meer nu van de overheid mag worden verwacht dat zij zelf het goede voorbeeld geeft. Het kan voorkomen dat ambtenaren bepaalde handelingen, die zij voor en namens verweerder moeten verrichten, niet willen of kunnen verrichten vanwege hun godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Verweerder onderschrijft dat dit in beginsel bescherming verdient. Uiting geven aan een godsdienst is immers, zoals hiervoor reeds is overwogen, beschermd als onderdeel van het recht op vrijheid van godsdienst. Godsdienstvrijheid is evenwel geen absoluut recht. De vrijheid van godsdienst wordt begrensd door de rechten van anderen. Daarvan is sprake wanneer door de uitoefening van godsdienstvrijheid inbreuk wordt gemaakt op de rechten van anderen.

Hiervan moet worden onderscheiden het geval dat iemand met een beroep op de vrijheid van godsdienst verzoekt om vrijstelling van zondagsdiensten of van het innen van bepaalde belastingen. In dergelijke gevallen is er geen sprake van een botsing met rechten van anderen om niet gediscrimineerd te worden (vgl. CGB 12 juli 2006, oordeel 2006-247).

3.27 In het onderhavige geval echter zijn wel de rechten van anderen in het geding. In het licht van de proportionaliteitsafweging dient het belang dat wordt gediend met het in vrijheid uiting kunnen geven aan een godsdienstige overtuiging, op te wegen tegen het belang van bepaalde bevolkingsgroepen om niet te worden gediscrimineerd.

Verzoeker vraagt immers niet om een vrijstelling van de werkzaamheden als zodanig, of de plaats of het tijdstip van uitvoering, maar om de werkzaamheden van een buitengewoon ambtenaar niet te hoeven uitvoeren ten aanzien van een specifieke groep personen. Verzoeker vraagt verweerder om hem, in de uitoefening van de door hem geambieerde functie, de gelegenheid te geven onderscheid te

9 CGB-oordeel 2008-40, overweging 3.20.

maken tussen twee groepen bruids- en partnerschapsparen, te weten man/vrouw-paren enerzijds en vrouw/vrouw- en man/man-paren anderzijds. Dit druist in tegen het gelijkheidsbeginsel. De wetgever heeft bepaald dat personen met een homoseksuele gerichtheid worden beschermd tegen discriminatie en uitsluiting, op gelijke voet met personen met een godsdienstige overtuiging. Als verweerder een uitzondering maakt en verzoeker toestaat om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat hij daarmee toe dat verzoeker een door de wet beschermde groep discrimineert. Het faciliteren van een dergelijke uiting van godsdienst, met dermate verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, zal naar het oordeel van de Commissie niet snel gerechtvaardigd kunnen zijn.

3.28 De Commissie concludeert op basis van het voorgaande dat, hoezeer ook te begrijpen is dat verzoeker, juist gezien zijn achtergrond, graag wil meewerken aan huwelijksluitingen, dit belang niet opweegt tegen het belang van verweerder om de wens van (toekomstige) medewerkers om te willen discrimineren naar seksuele gerichtheid, niet te faciliteren.

3.29 Voorts is de Commissie niet gebleken dat er een ander middel is om aan de wettelijke verplichting te voldoen dat minder onderscheidmakend is dan de onderhavige functie-eis. De enige manier om onderscheid tussen hetero- en homoparen te voorkomen, is om een gewetensbezwaarde buitengewoon ambtenaar geheel vrij te stellen van het sluiten van huwelijken en partnerschapsregistraties. Dit heeft echter tot gevolg dat er geen taken meer resteren en kan derhalve niet gelden als een alternatief.

3.30 Nu de Commissie heeft geconcludeerd dat de weigering van verweerder om in voorkomende gevallen vrijstelling te verlenen van het sluiten van huwelijken en partnerschapsregistraties van paren van gelijk geslacht in evenredige verhouding staat tot het legitieme en zwaarwegende doel dat verweerder daarmee nastreeft – het naleven van in het bijzonder de Wet openstelling huwelijk en het discriminatieverbod – is de Commissie van oordeel dat het indirecte onderscheid dat het gevolg is van de weigering van verweerder om aan de bezwaren van verzoeker tegemoet te komen, objectief gerechtvaardigd is. De in de eerdere oordelen van de Commissie (2002-25 en 2002-26) gehonoreerde praktische oplossing is derhalve niet langer aan de orde.'

Het moge duidelijk zijn: het stellen van de functie-eis dat een bijzonder ambtenaar van de burgerlijke stand bereid moet zijn ook huwelijken tussen personen van gelijk geslacht te voltrekken, is volgens de CGB niet in strijd met de AWGB. Sterker nog, het discriminatieverbod dwingt gemeenten tot het stellen van een dergelijke eis! Tegemoetkomen aan gewetensbezwaren van trouwambtenaren tegen homohuwelijken is gelegenheid geven tot het maken van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid en heeft 'verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen'. Dit laat geen ruimte

voor een 'praktische oplossing'. Tussen 2002 en 2008 ligt een wereld van verschil.¹⁰

3 HET ADVIES 'TROUWEN. GEEN BEZWAAR!' EN DE REDENGEVING VOOR DE NIEUWE CGB-BENADERING

Uit het in § 1 reeds genoemde advies wordt duidelijk dat de CGB niet over een nacht ijs is gegaan bij het voorbereiden van oordeel 2008-40. Er is literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht en in december 2007 is een expertmeeting georganiseerd met personen die werkzaam zijn bij gemeenten, ministeries, de vakbeweging, belangenorganisaties en personen afkomstig uit de rechterlijke macht en de wetenschap.¹¹ Waar heeft dat nu toe geleid? De redengeving voor de nieuwe CGB-benadering verdient een nadere studie.

In het CGB-oordeel en -advies worden drie hoofdargumenten aangevoerd die ten grondslag liggen aan het nieuwe standpunt van de commissie: (a) de CGB geeft aan dat, anders dan in 2002, nu antwoord gegeven wordt op een principiële vraag en niet alleen gekeken wordt naar praktische en organisatorische oplossingen; (b) de CGB meent dat het belang van de uitvoering van de Wet openstelling huwelijk dwingt tot bereidheid bij trouwambtenaren om ook huwelijken tussen partners van gelijk geslacht te voltrekken; (c) de gemeente moet zorgen dat zijn ambtenarenapparaat niet handelt in strijd met het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid. Deze drie argumenten zal ik hieronder kort becommentariëren, om vervolgens een eigen voorkeur uit te spreken én in te gaan op andere redenen voor de nieuwe CGB-benadering.

3.1 Antwoord op een principiële vraag

Zowel in het oordeel als in het advies benadrukt de CGB dat de kwestie van de gewetensbezwaarde trouwambtenaren anno 2008 in breder perspectief is bekeken dan in 2002. Het vraagstuk is andermaal tegen het licht van de gelijkebehandelingswetgeving gehouden, uitdrukkelijk met aandacht voor *de overige mensenrechtelijke vragen die hierbij spelen*' (mijn cursivering).¹² Het gaat nu om het antwoord op de principiële vraag of een gemeente van iedere individuele (buitengewoon) ambtenaar mag verlangen dat hij of zij alle huwelijken sluit.¹³

10 Ik noteer ook dat de CGB tot een andere afweging komt dan Schuyt, alkema en Sprengers in hun bijdragen aan deze bundel.

11 CGB-advies 2008-04, p. 7.

12 CGB-advies 2008-04, p. 5.

13 Zie CGB-oordeel 2008-40, overweging 3.6 en 3.23.

Het is mij niet duidelijk waarom de zaak in 2008 nu zoveel principiëler zou zijn dan die in 2002. De situatie die ten grondslag lag aan oordeel 2002-26 was materieel identiek aan die in oordeel 2008-40. Toegegeven, de oordelen 2002-25 en 26 zijn beduidend beknopter in hun overwegingen, maar achter die beknopte overwegingen gaat naar mijn gevoel een niet minder principiële afweging schuil: als het praktisch-organisatorisch mogelijk is om rekening te houden met de gewetensbezwaren en tegelijkertijd te waarborgen dat alle huwelijken binnen een gemeente probleemloos gesloten worden is het niet nodig om van elke ambtenaar te eisen dat hij/zij ook huwelijken tussen personen van gelijk geslacht voltrekt. Ook uit de beknopte overwegingen van 2002 wordt duidelijk dat het gaat om een afweging tussen de vrijheid van godsdienst en geweten (vertaald in het verbod van discriminatie op grond van godsdienst) enerzijds en het verbod van discriminatie op grond van homoseksuele gerichtheid anderzijds. In 2008 zijn er helemaal geen echt nieuwe mensenrechtelijke aspecten van het vraag stuk aan de orde. Het gaat om dezelfde afweging en het enige wezenlijke verschil is dat die afweging anders uitvalt.

3.2 Uitvoering van de Wet openstelling huwelijk

In overweging 3.20 van het oordeel geeft de CGB aan dat het belang van de uitvoering van de Wet openstelling huwelijk maakt dat het hanteren van de indirect onderscheid makende functie-eis een legitiem doel dient. In het advies komen we in wezen dezelfde redenering tegen waar onder het kopje 'juridisch kader' stilgestaan wordt bij het recht om te huwen van artikel 12 EVRM. Dat zou volgens de CGB van belang zijn omdat de verplichting om de in dit recht besloten liggende aanspraken te verzekeren in handen ligt van ambtenaren van de burgerlijke stand en gemeenten dus een grote verantwoordelijkheid hebben om de juiste naleving van dit grondrecht te verzekeren, onder meer door middel van het personeelsbeleid voor die ambtenaren.

Hoewel de CGB correct constateert dat het Burgerlijk Wetboek de bevoegdheden omtrent huwelijksvoltrekking toebedeelt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en niet aan de rechtspersoon gemeente of aan het gemeentebestuur,¹⁴ meen ik dat het automatisch doorvertalen van de verplichting die op het ambt van ambtenaar van de burgerlijke stand rust naar een verplichting voor elke individuele persoon die dit ambt uitoefent, wringt. Dit doorvertalen hangt de CGB op aan het feit dat een ambtenaar van de burgerlijke stand pas bevoegd is zijn functie uit te oefenen nadat hij de eed of belofte heeft afgelegd voor de rechtbank en de wet niet de mogelijkheid biedt om de eed of belofte onder voorbehoud af te leggen.¹⁵ Het argument van uitvoering van de wet

14 CGB-advies 2008-04, p. 12; art. 1:16 lid 1 BW.

15 CGB-advies 2008-04, p. 12. Zie hierover ook de bijdrage van Sprengers aan deze bundel.

en eedaflegging daarop heeft echter ook in andere situaties niet in de weg gestaan aan het evenzeer erkennen van de mogelijkheid dat een ambtenaar op bepaalde momenten de wet niet uitvoert (denk aan het stakingsrecht voor ambtenaren of het rekening houden met gewetensbezwaren van militairen tegen betrokkenheid bij atoomwapens).¹⁶ Daar komt nog bij dat het maar de vraag is of de Wet openstelling huwelijk en de regelgeving omtrent de eedaflegging kunnen gelden als een voldoende specifieke formeel-wettelijke basis voor de inperking van de godsdienstvrijheid van de betrokken trouwambtenaar, zoals vereist wordt door artikel 6 Grondwet. Wellicht is die formeel-wettelijke basis gelegen in artikel 125a, eerste lid, Ambtenarenwet. Uit dit artikel vloeit immers voort dat de ambtenaar zich dient te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens indien de uitoefening hiervan de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst niet in redelijkheid zou zijn verzekerd. Alleen is ook daarbij de vraag of de goede vervulling van de functie en het goed functioneren van de openbare dienst nu werkelijk in het geding zijn als er bij de burgerlijke stand van de gemeente een enkele gewetensbezwaarde ambtenaar werkt, die niet betrokken wil zijn bij een zeer gering percentage van de in totaal af te sluiten huwelijken.

Aangezien uiteindelijk bij het vraagstuk van de gewetensbezwaarde trouwambtenaren het onbelemmerd sluiten van de huwelijken tussen personen van gelijk geslacht helemaal niet ter discussie staat – daartoe is en blijft elke gemeentelijke afdeling burgerlijke stand verplicht – lijken mij het recht om te huwen van artikel 12 EVRM en de uitvoering van de Wet openstelling huwelijk niet wezenlijk in het geding.

3.2 Handelen in strijd met het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid

In de hierboven weergegeven overweging 3.27 van het CGB-oordeel concludeert de commissie dat het in dienst hebben van een gewetensbezwaarde trouwambtenaar beschouwd moet worden als een inbreuk op het discriminatieverbod, omdat dit neerkomt op het toestaan dat de betreffende ambtenaar een door de wet beschermde groep discrimineert. Dit maakt dat ‘de rechten van anderen’ – die een rechtvaardiging kunnen vormen voor de inperking van de godsdienst- of gewetensvrijheid van de ambtenaar – in het geding zijn. De CGB oordeelt dat er het tolereren c.q. faciliteren van een op dit punt gewetensbezwaarde ambtenaar zodanig verstrekkende gevolgen heeft voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, dat dit niet snel te rechtvaardigen is.¹⁷

¹⁶ Zie daarover de bijdrage van Alkema aan deze bundel.

¹⁷ Zie ook CGB-advies 2008-04, p. 16.

Ik plaats vraagtekens bij de stelligheid waarmee de CGB aangeeft dat sprake is van verstrekken gevolgen voor de rechten van homoseksuele paren. Met die verstrekken gevolgen valt het volgens mij nogal mee. Zoals ik hierboven reeds aangaf, wordt het recht om te huwen niet aangetast: het huwelijk wordt gewoon voltrokken door een ambtenaar van de burgerlijke stand en in veel gevallen zal bij het huwelijkspaar niet eens bekend zijn dat er bij de betreffende gemeente ook een ambtenaar werkzaam is die gewetensbezwaren heeft tegen betrokkenheid bij zo'n huwelijk. De aantasting van het recht om niet gediscrimineerd te worden op grond van seksuele gerichtheid moet dan dus schuilen in een eventuele vorm van afwijzend gedrag of afwijzende bejegening door een ambtenaar in de dienstverlening aan huwelijksparen of in het enkele feit van het openbaar kennis geven door de gemeente dat er een (bepaalde) ambtenaar in dienst is die om geloofsredenen geen medewerking wenst te verlenen aan een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht.

Als het gaat om een afwijzende en niet-respectvolle bejegening van gelijkgeslachtelijke huwelijksparen door ambtenaren van de burgerlijke stand ben ik het graag met de CGB eens dat die strijdig is met het discriminatieverbod. Om nu ook de openbare kennisgeving dat een gewetensbezwaarde trouwambtenaar in dienst is reeds te beschouwen als een aantasting van het discriminatieverbod gaat mij wel wat ver. Uiteindelijk hangt het oordeel over de vraag of het publiekelijk maken van het feit dat er een ambtenaar in dienst is met gewetensbezwaren tegen de voltrekking van homohuwelijken ervan af of men deze mededeling beschouwt als inherent 'vernederend' of 'disrespectvol' jegens homoseksuelen. Velen zullen wellicht geneigd zijn dat te doen en ik vraag mij af of dat terecht is. Met evenveel recht kan zo'n mededeling juist beschouwd worden als respectvol: duidelijk wordt gemaakt dat een bepaalde ambtenaar vanwege gewetensnood niet in staat zal zijn tot een goede dienstverlening bij huwelijksvoltrekkingen van homo-paren.

Misschien heb ik te weinig oog voor het asymmetrische discriminatieconcept, dat in geval van benadeling van bepaalde gevoelige groepen om een striktere toetsing vraagt.¹⁸ Maar ook bij het accepteren van die asymmetrie rijst bij mij nog de vraag op welke groep die dan moet worden toegepast. Welke groep zit – in de Nederlandse context – in deze situatie nu het meest in de verdrukking: de homoseksuele paren die de democratische meerderheid aan hun zijde hebben gekregen of de kleine groep van orthodox-gelovigen die nu wordt uitgesloten van de functie van (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand?¹⁹

18 Zie daarover onder meer T. Loenen, 'Naar een ander toetsingskader voor de AWGB?', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 138-149.

19 Ik merk op dat in CGB-oordeel 2006-51 (over de eis van een opleidingsinstituut aan een islamitische studente dat zij bereid moest zijn ook mannen de hand te schudden) nadrukkelijk wordt gekozen voor een invalshoek waarin het uitsluiten van godsdienstigen uit een minderheidsgroep voorop staat. Zie J. Tichelaar, 'Respect! Handenschudden II', *NJCM-Bulletin* 2006, p. 833-843.

3.4 Een eigen voorkeur

Uit mijn kritische kanttekeningen in de bovenstaande paragrafen zal de lezer reeds hebben afgeleid dat ik mij meer kan vinden in de CGB-benadering uit 2002 dan in die uit 2008. Wellicht komt dat door mijn aangeboren neiging tot pragmatisme en compromisbereidheid (wat win je ermee om in dit soort gewetenskwesties de zaken al te zeer op de spits te drijven?); een neiging die ik overigens ook bespeur bij de NJV-pleadviseurs die dit jaar hun licht lieten schijnen over vraagstukken rondom multiculturaliteit en recht.²⁰ Misschien is de benadering uit 2002 ook wel een typisch Nederlandse ‘polderbenadering’ waarin men de kool en de geit probeert te sparen en schippert tussen twee in dit geval min of meer tegenover elkaar staande grondrechten.

De ‘polderbenadering’ zou echter wel eens universeler kunnen zijn dan op het eerste oog gedacht.²¹ Ook in Spanje, waar sinds 2005 het huwelijk is opengesteld voor personen van gelijk geslacht, speelt de problematiek van gewetensbezwaarde trouwambtenaren en wordt in praktijk vaak gezocht naar een organisatorische oplossing waarbij een andere ambtenaar deze huwelijken voltrekt.²² Een korte zoektocht op het Internet leverde mij vele berichten op over het zoeken naar praktische oplossingen voor situaties van gewetensbezwaarde trouwambtenaren. Zo zegde het hoofd van de burgerlijke stand in San Diego aanvankelijk toe rekening te zullen houden met gewetensbezwaren bij zijn staf, maar toen 14 van de 30 ambtenaren een beroep deden op gewetensbezwaren, trok hij die toezegging ijlings in. Blijkbaar – en begrijpe-

20 Zie de pleadviezen van W. van der Burg, C.J.M. Schuyt en J.H. Nieuwenhuis in ‘Multiculturaliteit en Recht’, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2008-I*. Vergelijk in dit verband de opmerkingen van Van der Burg over het dragen van hoofddoeken bij de politie en de rechterlijke macht (p. 56-57). Hij acht het zeer waarschijnlijk dat het dragen van een hoofddoek door een rechter de schijn van partijdigheid zal wekken en daarmee het gezag van de rechterlijke macht zal doen verminderen. Hij meent evenwel dat dit in een democratische rechtsstaat nooit een argument mag zijn om bepaalde groepen burgers categorisch van bepaalde ambten uit te sluiten. Hij is dan ook principieel vóór het toelaten van rechters met hoofddoeken. Vanwege de felheid van de tegenreacties die dit toelaten in het huidige maatschappelijk klimaat ongetwijfeld zal oproepen acht hij het dan echter weer verstandiger op die stap vooralsnog maar niet te zetten: ‘Het lijkt een niet erg principiële oplossing en dat is het dan ook niet. Maar juist in dit soort gevoelige kwesties maakt een rigide vasthouden aan principes vaak meer kapot dan het goed doet.’

21 Dat het vraagstuk van het accommoderen van gewetensbezwaren of geloofsopvattingen in veel landen speelt wordt ook duidelijk uit het recente boek van Martha Nussbaum, *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York: Basic Books 2008. Zij bepleit daarin dat het Amerikaanse rechtstelsel meer ruimte zou moeten bieden aan uitingen of handelingen die gebaseerd zijn op religieuze dan wel niet-religieuze opvattingen, in bepaalde gevallen ook als die handelingen in strijd komen met algemene wettelijke regels.

22 Zie N.M. de Boer, ‘Gelijkgeslachtelijk huwelijk in Spanje’, *FJR* 2007, p. 318.

lijk – kwam de organisatorische haalbaarheid toen te zeer in het geding.²³ Ook in het Verenigd Koninkrijk zijn situaties van gewetensbezwaarde trouwambtenaren bekend, waarbij in het ene geval vrij soepel een inroosteringsoplossing werd bereikt en het in een ander geval kwam tot een rechtszaak tussen het gemeentebestuur en de ambtenaar.²⁴ In de Zuid-Afrikaanse wet die het huwelijk openstelt voor personen van gelijk geslacht is een expliciete bepaling opgenomen over het recht op gewetensbezwaren bij trouwambtenaren. Over deze bepaling is overigens veel discussie geweest in het parlement, de grondwettigheid van deze bepaling werd sterk betwist.²⁵

De ‘polderbenadering’ sluit naar mijn gevoel ook beter aan bij de uitgangspunten zoals geformuleerd in het rapport ‘De ambtenaar met gewetensbezwaren’ uit 1983, waaraan in diverse andere bijdragen aan deze bundel reeds werd gerefereerd.²⁶ In dat rapport wordt aangegeven dat het ontbreken van specifieke wettelijke bepalingen over de behandeling van ambtenaren met gewetensbezwaren geen reden is om die bezwaren per definitie af te wijzen. De gewetensbezwaarde ambtenaar heeft recht op overleg met het bevoegd gezag over zijn bezwaren en het bevoegd gezag moet onderzoeken of, met inachtneming van het belang van de goede functionering van de openbare dienst, een oplossing gevonden kan worden. De tussenzin over het goede functioneren van de openbare dienst vormt dan natuurlijk een belangrijke randvoorwaarde: organisatorische bezwaren (waaronder ik dan ook begrijp het garanderen van een ambtelijke praktijk van respectvolle en niet-discriminatoire bejegening van homoparen) kunnen zo zwaar wegen dat aan de gewetensbezwaren niet kan worden tegemoet gekomen.

23 Zie J. Johnson, ‘County clerk reneges on religious accommodation’, *OneNewsNow* – 6/26/2008, <http://www.onenewsnow.com/Legal/Default.aspx?id=153596>, geraadpleegd op 8 juli 2008.

24 Zie ‘Same Sex Marriages And The Conscientious Objector’, *Guardian* 7 juni 2008, te vinden op: http://www.guardiannewsngr.com/life_style/article17//indexn3_html?pdate=070608-&ptitle=Same%20Sex%20Marriages%20And%20The%20Conscientious%20Objector&cpdate=090608. Overigens oordeelde het Londense *Employment Tribunal* op 3 juli 2008 in de zaak van de met ontslag bedreigde gewetensbezwaarde trouwambtenaar dat de eis aan de ambtenaar dat zij bereid moest zijn ook partnerschapsregistraties van homoparen te voltrekken directe discriminatie op grond van godsdienst opleverde en dat het optreden van het gemeentebestuur ook beschouwd moest worden als ‘unlawful harassment’ (zie: Robert Verkaik, ‘Registrar wins right to refuse gay weddings’, *The Independent* 11 July 2008, <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/registrar-wins-right-to-refuse-gay-weddings-865042.html>; zie ook <http://www.christian.org.uk/news/20080710/christian-registrar-wins-discrimination-case/>, geraadpleegd op 22 juli 2008.

25 Zie A. Quintal, ‘The first step to same-sex marriage in SA’, *Independent* 14 november 2006, te vinden op http://www.int.iol.co.za/index.php?art_id=iol1163515597485522.

26 *De ambtenaar met gewetensbezwaren*, rapport uitgebracht door een werkgroep bestaande uit ambtenaren van de ministerie van Binnenlandse Zaken, Defensie en Justitie over de positie van ambtenaren met gewetensbezwaren tegen het vervullen van (onderdelen van) hun taak, ‘s-Gravenhage juli 1983. De tekst van dit rapport is als bijlage opgenomen in deze bundel.

Ik ontkom er niet aan om ook enkele punten te noemen die mijn voorkeur voor de pragmatische accommodatiebenadering uit 2002 misschien wat ondergraven. In de eerste plaats merk ik op dat het rapport *De ambtenaar met gewetensbezwaren* uit 1983 ook aangeeft dat de oplossing voor een gewetensbezwaarde ambtenaar ook gevonden kan worden via aanpassing van het takenpakket of overplaatsing naar een andere functie. Niet elke functie zal voor een gewetensbezwaarde beschikbaar kunnen blijven en in dat opzicht zijn er voor de CGB-benadering uit 2008 dus eveneens aanknopingspunten in het rapport te vinden.²⁷

In de tweede plaats wijs ik erop dat de rechtspraak te zien geeft dat de juridische afdwingbaarheid van pragmatische accommodatie van geloofs- of gewetensbezwaren beperkt is. Zo wordt een beroep op gewetensbezwaren die niet expliciet wettelijk erkend zijn slechts zeer zelden gehonoreerd door de rechter.²⁸ In de bijdragen van Alkema en Sprengers aan deze bundel is daar al uitvoerig bij stilgestaan. De internationale rechtspraak geeft hetzelfde beeld als het gaat om het accommoderen van religieuze bezwaren. Zo komt uit de EHRM-uitspraken *Phull/Frankrijk* en *El Morsli/Frankrijk* naar voren dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uit de bescherming van de godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM weinig positieve verplichtingen voor de staat afleidt tot accommodatie van personen met bepaalde geloofsopvattingen.

De EHRM-uitspraak *Phull/Frankrijk*²⁹ betreft een gelovige Sikh die bij een veiligheidscontrole op een Franse luchthaven zijn tulband moest afnemen, hetgeen hij beschouwde als een niet-noodzakelijke inbreuk op zijn godsdienstvrijheid. Met een zeer beperkte motivering doet het Hof deze klacht af als niet-ontvankelijk. Aangezien veiligheidsredenen dit soort maatregelen redelijkerwijs kunnen vergen en aan staten als het gaat om de bescherming van de nationale en openbare veiligheid een ruime 'margin of appreciation' (dat wil zeggen een ruime beoordelingsmarge welke precieze maatregelen noodzakelijk en proportioneel zijn ter bevordering van die veiligheid) toekomt, acht het EHRM de inmenging in de uitoefening van de godsdienstvrijheid gerechtvaardigd. Het Hof gaat daarbij volstrekt niet in op het door Phull aangedragen argument dat de veiligheid ook voldoende gewaarborgd had kunnen worden door maatregelen die hem niet hadden genoodzaakt zijn tulband af te nemen en dus geen, of een minder grote, inbreuk op zijn godsdienstvrijheid hadden gemaakt.

27 Op p. 21 van advies 2008-04 wijst de CGB daar ook op.

28 Bekend voorbeeld is CRvB 17 november 1994, AB 1995, 322, m.nt. Hennekens (ontslag voor brugwachter die geen zondagsdienst wilde draaien). Ook buiten het ambtenarenrecht vindt een beroep op gewetensbezwaren zelden gehoor bij de rechter. Zie recent nog CRvB 21 februari 2008, LJN BC5658 (antroposoof met gemoedsbezwaren tegen Zorgverzekeringswet).

29 EHRM 11 januari 2005 (ontv.besl.), appl.no. 35753/03 (*Phull/Frankrijk*), EHRC 2005, 41, m.nt. Verhey.

In de recente ontvankelijkheidsbeslissing *El Morsli/Frankrijk*³⁰ gaat het om een hoofddoekdragende islamitische vrouw die een visum wil aanvragen bij het Franse consulaat in Marokko om zich in Frankrijk bij haar Franse echtgenoot te kunnen vestigen. Zij wordt het Franse consulaat echter niet binnengelaten, omdat zij bij de identiteitscontrole weigert haar hoofddoek af te doen. De Franse autoriteiten weigeren haar op andere wijze het visum te verstrekken. Het EHRM stelt vast dat de eis om de hoofddoek af te doen voor het ondergaan van een identiteitscontrole een inmenging vormt in de uitoefening van de godsdienstvrijheid. De noodzaak van de identiteitscontroles bij de toegang tot het consulaat wordt door het Hof echter geenszins betwijfeld en zonder meer in het belang geacht van de nationale veiligheid. *El Morsli* geeft aan dat zij er geen religieuze bezwaren tegen zou hebben gehad om haar hoofddoek af te nemen voor identiteitscontrole als dit had kunnen gebeuren tegenover een vrouwelijke beambte. Haar stelling is dat de Franse autoriteiten door niet van dit alternatief gebruik te maken haar godsdienstvrijheid op disproportionele wijze hebben aangetast. Het EHRM gaat hierin echter niet mee. Het stelt slechts dat de Franse autoriteiten in hun optreden niet buiten de grenzen van hun 'margin of appreciation' zijn getreden. Annotator Gerards concludeert dan ook; 'Het is duidelijk dat het Hof niet wil ingaan op de gevoelige vraag in hoeverre de staat individuele geloofsuitingen moet accommoderen'.

Ten slotte merk ik op dat ook in de pragmatisch-accommoderende benadering, die mijn voorkeur heeft, de ruimte voor het tolereren van gewetensbezwaarde trouwambtenaren beperkt zal zijn. Bij het vinden van een praktisch-organisatorische oplossing die tegemoet komt aan de gewetensbezwaren van de betrokken trouwambtenaar moet namelijk wel voorkomen worden dat zich situaties voordoen waarbij het homopaar dat zich bij de balie van de burgerlijke stand meldt voor ondertrouw of het vragen van informatie over huwelijksvoltrekking wordt geconfronteerd met een vorm van afwijzing door de ambtenaar die hen te woord staat. Of het vinden van een oplossing die tegemoet komt aan de gewetensbezwaren haalbaar is, hangt dan ook af van de precieze omvang van de gewetensbezwaren.³¹ Als die slechts betrekking hebben op het vervullen van de meer ceremoniële rol bij het voltrekken van een huwelijk, dan zal er wel een mouw aan gepast kunnen worden. Als de bezwaren zich ook uitstrekken tot het te woord staan van een homopaar aan de balie of het met hen invullen van benodigde formulieren, dan wordt het al snel heel moeilijk om te komen tot een praktijk die zowel recht doet aan de gewetensvrijheid als aan het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid.³²

30 EHRM 4 maart 2008, appl.no. 15585/06 (*El Morsli/Frankrijk*), EHRC 2008, 93, m.nt. Gerards.

31 Zie hierover ook § 7 en 10 van de bijdrage van Sprengers aan deze bundel.

32 Om diezelfde reden ben ik niet zo bang voor het risico van een 'hellend vlak', d.w.z. het gevaar dat het accommoderen van gewetensbezwaren tegen homohuwelijken leidt tot een situatie waarin trouwambtenaren zich ook kunnen beroepen op gewetensbezwaren tegen het voltrekken van een huwelijk tussen personen van verschillende geloofs- of levensovertuiging of van verschillend ras? Nog los van de vraag of zich daadwerkelijk gevallen voordoen

3.5 Andere redenen voor de nieuwe CGB-benadering

Niettegenstaande mijn eigen voorkeur voor de voor de pragmatisch-accomoderende CGB-benadering uit 2002, kan ik mij heel goed voorstellen dat de CGB het belangrijk vond om nader in te gaan op het vraagstuk van de gewetensbezwaarde trouwambtenaren. Het nadeel van de CGB-benadering uit 2002 is immers dat die tot een bepaalde mate van onduidelijkheid en diversiteit in oplossingen leidt. De hoeveelheid praktisch-organisatorisch vernuft die gemeenten ter tegemoetkoming aan gewetensbezwaarde trouwambtenaren aan de dag leggen zal van geval tot geval verschillen. En gemeentebesturen die veelal niet beschikken over een juridische afdeling die volledig is ingevoerd in problemen met betrekking tot grondrechten of gelijke behandeling worden gedwongen om in de eigen gemeentelijke praktijk 'zelf het wiel uit te vinden'.³³

De CGB constateert op p. 6 van haar advies, onder verwijzing naar een onderzoek van het COC,³⁴ dat het beleid ten aanzien van gewetensbezwaarde trouwambtenaren per gemeente verschilt en dat er zowel in de Tweede Kamer als bij gemeenten vragen gesteld worden over de stand van het recht. Juist de grote hoeveelheid vragen uit de praktijk lijkt reden te zijn geweest voor de CGB om – uitvoeriger dan in 2002 – in te gaan op de problematiek van de gewetensbezwaarde trouwambtenaren en naast het daarop betrekking hebbende oordeel 2008-40 ook een toelichtend advies uit te brengen.

In het advies worden al die vragen uit de praktijk aan de orde gesteld: Licht het voor nieuw aan te trekken ambtenaren anders dan voor ambtenaren die al in dienst zijn of ambtenaren die voor herbenoeming in aanmerking komen? Licht het anders voor gewone ambtenaren van de burgerlijke stand (die ook andere dingen doen dan huwelijken voltrekken) dan voor buitengewone ambtenaren (die alleen maar huwelijken voltrekken)? Hoe om te gaan met ambtenaren die van overtuiging veranderen? Mag een gemeente publiceren dat een bepaalde trouwambtenaar niet beschikbaar is voor het voltrekken van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht? De lijn die de CGB kiest in haar oordeel en de toelichting daarop in het advies maken dat het antwoord op al die ingewikkelde praktijkvragen een stuk eenvoudiger wordt.

waarin trouwambtenaren zich op dit soort gewetensbezwaren beroepen (*quod non*) en los van de vraag of aan het maken van een dergelijk onderscheid een meer dan individuele gewetens- of geloofsopvatting ten grondslag kan worden gelegd (als die er niet is, zal het handelen immers niet vallen binnen de reikwijdte van de geloofs- of gewetensvrijheid), zal ook in een pragmatisch-accomoderende benadering bij dit soort gewetensbezwaren al snel geen praktisch-organisatorische oplossing meer denkbaar zijn.

33 Al moet worden opgemerkt dat de VNG, als spreekbuis van de gemeenten, in het voorjaar van 2007 geen noodzaak zag voor specifieke regelgeving. Zie de VNG-notitie over de gewetensbezwaarde ambtenaar bij de burgerlijke stand, d.d. 25 mei 2007, te raadplegen via www.vng.nl.

34 Zie daarover ook reeds de bijdrage van Sprengers aan deze bundel.

4 BREDERE CONSEQUENTIES VAN DE NIEUWE CGB-BENADERING

In overweging 3.29 van oordeel 2008-40 wordt duidelijk dat wat de CGB betreft de deur van het gemeentehuis dicht moet voor gewetensbezwaarde bijzondere ambtenaren van de burgerlijke stand: 'De enige manier om onderscheid tussen hetero- en homoparen te voorkomen, is om een gewetensbezwaarde buitengewoon ambtenaar geheel vrij te stellen van het sluiten van huwelijken en partnerschapsregistraties. Dit heeft echter tot gevolg dat er geen taken meer resteren en kan derhalve niet gelden als een alternatief'. Het stellen van de functie-eis dat de ambtenaar bereid moet zijn ook homohuwelijken te voltrekken is derhalve noodzakelijk en proportioneel. Het is niet alleen een eis die gesteld *mag* worden, maar ook een die gesteld *moet* worden om strijd met het discriminatieverbod te voorkomen.

In het advies zet de CGB nog eens helder op een rij wat de consequenties zijn van de in oordeel 2008-40 gevolgde benadering voor andere gevallen. Voor buitengewoon ambtenaren met gewetensbezwaren is geen ruimte. Niet alleen in de gemeente Langedijk, maar in geen enkele gemeente. Daarbij maakt het geen verschil of het gaat om een nieuw aan te stellen ambtenaar of een ambtenaar die al in dienst is (en bijvoorbeeld herbenoemd moet worden) of een ambtenaar die in de loop van zijn aanstelling van overtuiging is veranderd en daardoor gewetensbezwaren heeft ontwikkeld. Ook maakt het niet uit of de ambtenaar al in dienst was voordat de Wet openstelling huwelijk in werking trad, zo stelt de CGB:

'De ambtenaren van de burgerlijke stand die reeds in dienst zijn bij de gemeente verkeren in een andere positie dan de personen die solliciteren naar de functie van trouwambtenaar. Voor de in dienst zijnde ambtenaren gelden immers de regels en waarborgen die voortvloeien uit het bestuursrecht en het ambtenarenrecht, in het bijzonder de regels inzake het eenzijdig wijzigen van het takenpakket en de ontslagbescherming. De Commissie komt alleen de bevoegdheid toe te toetsen aan de gelijkebehandelingswetgeving. In dit kader beantwoordt zij de vraag of een gemeentebestuur ook ten aanzien van de in dienst zijnde ambtenaren de eis mag stellen dat zij voortaan huwelijken van partners van zowel hetzelfde als verschillend geslacht voltrekken. (...)

Het feit dat een ambtenaar van de burgerlijke stand al in dienst was vóór de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk, maakt het belang van de gemeente bij de uitvoering en de naleving van wettelijke verplichtingen en het voorkomen van discriminatie door haar ambtenaren niet minder prangend. Weliswaar heeft de ambtenaar zijn taak aanvaard in een tijd waarin hij niet in gewetensnood kon komen, maar ook hij kan in de uitoefening van zijn functie niet voorbijgaan aan het belang dat de gemeente heeft te dienen vanaf het moment dat het huwelijk is opengesteld voor partners van hetzelfde geslacht, mede ingegeven door de plicht af te zien van discriminatie naar seksuele voorkeur. Dit geldt eveneens voor de ambtenaren die na de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk zijn benoemd en te maken krijgen met een wijziging in het gemeentelijk beleid. Een ambtenaar heeft immers altijd rekening te houden met wijzigingen in de wet

of gemeentelijk beleid die gevolgen hebben voor zijn takenpakket of de wijze waarop hij zijn functie dient te vervullen. Waar zijn gewetensbezwaren mogelijkwijs leiden tot verboden discriminatie van burgers, zal hij het hierboven beschreven belang niet naast zich neer mogen leggen.

Dit betekent dat een gemeente ten aanzien van alle ambtenaren van de burgerlijke stand die reeds in dienst waren ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk of de wijziging van het gemeentelijk beleid mag eisen dat zij alle stellen die aan de wettelijke vereisten voldoen huwen.³⁵

Bij gewone ambtenaren van de burgerlijke stand is het in beperkte mate wel mogelijk om een praktische oplossing te bedenken, door de betreffende gewetensbezwaarde met andere taken te belasten. Uit gesprekken met deskundigen en betrokkenen is het de commissie gebleken dat er in de gemeentelijke praktijk ambtenaren van de burgerlijke stand zijn die niet betrokken zijn bij het voltrekken van huwelijken. Daaraan liggen allerhande redenen ten grondslag, bijvoorbeeld aarzelingen bij sommige ambtenaren ten aanzien van spreken in het openbaar of de wens om liever de voorbereidende handelingen die voorafgaan aan de huwelijksplechtigheid te verrichten, dan de ceremonie te leiden.³⁶ Anders dan voor de buitengewoon ambtenaren is er voor de gewone ambtenaren van de burgerlijke stand dus een praktische oplossing in de vorm van alternatieve werkzaamheden denkbaar.

Aan tegemoetkoming aan een ambtenaar met gewetensbezwaren tegen het sluiten van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht verbindt de CGB wel drie cumulatieve voorwaarden. In de eerste plaats mag die ambtenaar dan in het geheel niet voor het sluiten van huwelijken inzetbaar zijn en moet die alleen andere werkzaamheden verrichten (omdat anders de gemeente een signaal afgeeft dat onderscheid naar seksuele voorkeur is toegestaan). In de tweede plaats moet de gemeente organisatorisch waarborgen dat alle personen die aan de wettelijke eisen voldoen bij de betreffende gemeente in het huwelijk kunnen treden. In de derde plaats mag er geen sprake zijn van een praktijk van gemeentelijke berichten waarin blijkt wordt gegeven van de discriminatoire opvattingen van ambtenaren (dus geen gemeentelijke foldertjes voor de aanstaande huwelijksparen met profielen van de trouwambtenaren waaruit kan worden gekozen en de mededeling dat ambtenaar X niet beschikbaar is voor huwelijksceremonies van gelijkgeslachtelijke paren). Als een praktische oplossing – met inachtneming van deze drie cumulatieve voorwaarden – gevonden kan worden, dan dwingt de AWGB de gemeente ook om die oplossing te hanteren. Anders is namelijk sprake van ongeoorloofd onderscheid op grond van godsdienst.³⁷

35 CGB-advies 2008-04, p. 20.

36 CGB-advies 2008-04, p. 18.

37 CGB-advies 2008-04, p. 20 en 21.

5 DE AANBEVELING VAN DE CGB EN DE REACTIE VAN HET KABINET

In reacties op CGB-oordeel 2008-40 uit orthodox-protestante hoek werd wel gesproken van ‘een beroepsverbod’ voor personen uit hun kring. Het Christen-Unie-Kamerlid Anker liet onder meer het volgende weten:

‘We zijn teleurgesteld over dit onnodig harde oordeel van de CGB. Met name over de uitspraak van de commissie dat ambtenaren en sollicitanten met gewetensbezwaren tegen het homohuwelijk zich schuldig maken aan “discriminatoire opvattingen”. De personen in kwestie beleven dat anders: zij willen niet discrimineren tussen mensen, maar zij maken onderscheid tussen het ene huwelijk en het andere. De opvatting dat een huwelijk tussen mensen van hetzelfde geslacht iets wezenlijk anders dan een huwelijk tussen man en vrouw, wordt door de CGB voorgesteld als een strafbare gedachte. De commissie stelt zich daarmee op als denkpolitie, en in z’n uitwerking komt het advies neer op een beroepsverbod.’³⁸

Nu kan echter niet worden gesteld dat de CGB in haar advies geen oog heeft voor de rechtspositie van gewetensbezwaarde trouwambtenaren. Ik wees er hierboven al op dat de commissie bij gewone ambtenaren van de burgerlijke stand ruimte laat voor gewetensbezwaren tegen het voltrekken van homohuwelijken. Die ruimte is er ook als het gaat om nieuw aan te trekken ambtenaren. Als gemeentebesturen van die ruimte geen gebruik maken, handelen zij in strijd met het in de AWGB opgenomen verbod van onderscheid op grond van godsdienst.

Ter vergroting van de duidelijkheid doet de CGB in haar advies zelfs de aanbeveling aan de regering om een algemene maatregel van bestuur op te stellen:

‘Op grond van artikel 16d, van Boek 1 BW, kunnen bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld ten aanzien van de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Op dit moment is de functie van ambtenaar van de burgerlijke stand zo geregeld dat deze het voltrekken van huwelijken omvat. De Commissie geeft in overweging om een algemene maatregel van bestuur uit te vaardigen, waarin is geregeld dat ambtenaren van de burgerlijke stand kunnen worden aangesteld voor alle op hun rustende taken, met uitzondering van de taken aangaande de huwelijksvoltrekking en het registeren van partnerschappen.’³⁹

Misschien heeft de CGB met deze aanbeveling getracht een handreiking te doen aan de ChristenUnie. Op initiatief van deze partij werd immers in het coalitieakkoord van het kabinet Balkenende-IV de ook in voorgaande regeerakkoorden

38 Persbericht ChristenUnie d.d. 15 april 2008, te vinden op <http://www.christenunie.nl/nl/-k/91/news/view/205034/48130/Advies-over-gewetensbezwaarde-ambtenaar-komt-neer-op-beroepsverbod.html>, geraadpleegd op 22 juli 2008.

39 CGB-advies 2008-04, p. 20.

opgenomen passage over gewetensbezwaarde trouwambtenaren aangevuld met de woorden: 'Mochten er in de gemeentelijke praktijk problemen ontstaan, dan zullen initiatieven worden genomen om de rechtszekerheid van gewetensbezwaarde ambtenaren veilig te stellen.' De door de CGB gesuggereerde amvb zou de door de ChristenUnie nagestreefde rechtszekerheid zeker kunnen dienen. Met de door de CGB geformuleerde beperkende voorwaarden ten aanzien van de werkzaamheden van gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand kan de ChristenUnie echter moeilijk aankomen bij haar achterban en zoals te verwachten was is de aanbeveling van de CGB niet omarmd door het kabinet.

Er is op het moment van schrijven nog geen formele kabinetsreactie op het advies van de CGB. In antwoord op Kamervragen gesteld naar aanleiding van CGB-oordeel 2008-40 berichtte Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Ter Horst, mede namens de minister-president en de ministers van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en van Justitie echter onder meer het volgende:

'Gemeenten houden bij het aanstellen van trouwambtenaren een eigen verantwoordelijkheid binnen de bestaande (grond)wettelijke kaders. Voorop staat dat elke gemeente moet waarborgen dat het voltrekken van alle huwelijken in de betreffende gemeente mogelijk is en dat alle betrokkenen zich aan de wettelijke kaders dienen te houden. Het kabinet benadrukt tevens dat deze wettelijke taak van gemeenten ruimte laat voor het aannemen van trouwambtenaren met gewetensbezwaren, zolang er praktische oplossingen mogelijk zijn. (...) Het is aldus in eerste instantie aan een gemeente en een gewetensbezwaarde ambtenaar om in onderling overleg te zoeken naar oplossingen. De wettelijke kaders bieden voldoende ruimte om alle huwelijken in alle gemeenten te laten plaatsvinden, en om aan een zorgvuldige omgang met gewetensbezwaren tegemoet te komen.'⁴⁰

De beknoptheid van dit antwoord en het simpelweg vasthouden aan 'de ruimte voor praktische oplossingen', zonder aandacht voor het onderscheid tussen de functies van gewoon en buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand, doen vermoeden dat aan dit antwoord het nodige politiek gemanoeuvreren is voorafgegaan. In de Haagse praktijk is het immers: hoe beknopter het antwoord op een schriftelijke vraag, hoe meer politiek gedoe er achter de schermen over is geweest. Het resultaat is een geluid vanuit het kabinet dat de door de CGB geboden duidelijkheid onderuit haalt. Voor de gemeenten

40 Antwoord op schriftelijke vragen van de Kamerleden Anker (CU) resp. Van der Ham (D66): *Handelingen II 2007/08*, aanhangsel 2575 en 2576.

wordt het er zo niet eenvoudiger op en voor het gezag van de CGB lijkt dit ook niet positief.⁴¹

41 Vgl. in dit verband de constatering van Vermeulen dat de CGB niet goed ligt ‘in de politiek’ en daar zelf ook mede debet aan is door oordelen uit te spreken als 2006-220 (waarin de CGB het ontslag van een islamitische vmbo-docente die plots weigerde om mannen de hand te schudden in strijd oordeelde met de AWGB omdat ook op een andere respectvolle manier kan worden begroet; ook een zaak waarin de CGB omging ten opzichte van een eerder oordeel, nl. 2002-22). B.P. Vermeulen, ‘Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: WLP 2007, p. 96, 104-105 en 366-369.