



HAL
open science

Mariages homosexuels et objection de conscience : protéger les consciences contre la loi ou la loi contre les consciences ?

Anna Maria Lecis Cocco Ortu

► To cite this version:

Anna Maria Lecis Cocco Ortu. Mariages homosexuels et objection de conscience : protéger les consciences contre la loi ou la loi contre les consciences ? . IXème Congrès mondial de droit constitutionnel de l'IACL-AIDC, Association internationale de Droit constitutionnel - IACL-AIDC, Jun 2014, Oslo, Norway. hal-01730410

HAL Id: hal-01730410

<https://hal.science/hal-01730410>

Submitted on 13 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Mariages homosexuels et objection de conscience : protéger les consciences contre la loi ou la loi contre les consciences ?¹

Anna Maria Lecis Cocco Ortu
Docteur en Droit public
Aix-Marseille Université – Université de Sienna

Introduction

L'ouverture du mariage - ou d'une forme alternative d'union civile - aux couples formés par deux personnes du même sexe répond à des instances d'égalité et de respect de la vie familiale, tout en posant souvent des problèmes de mise en balance avec d'autres droits et principes constitutionnels. Dans plusieurs pays, un « droit » qui est entré en conflit avec le droit de se marier (ou d'accéder à une union enregistrée) des personnes homosexuelles est le droit des officiers publics de refuser de célébrer une telle union au nom de leur liberté de conscience.

La décision du Conseil constitutionnel français concernant l'objection de conscience des maires a réouvert ce débat et offre l'occasion pour analyser la question en perspective comparée.

La question se pose de savoir s'il y a les présupposés pour la reconnaissance d'une dérogation à la loi au nom de la liberté de conscience ou si celle-ci irait au détriment des objectifs de la loi, notamment dans la promotion de l'égalité.

L'objection de conscience peut être définie comme un comportement d'omission à l'égard d'une obligation légalement imposée, au nom de convictions religieuses, morales et éthiques², c'est-à-dire « au nom et par respect d'une norme (ontologiquement ou juridiquement) antérieure et surtout supérieure inscrite dans la conscience »³. Il y a donc objection de conscience « lorsqu'un groupe ou un individu choisit délibérément de violer un règlement adopté par la majorité [...] et ce au nom d'une exigence supérieure qu'il perçoit dans sa conscience »⁴.

La notion d'Etat constitutionnel contemporain demande néanmoins de nuancer cette définition, pour bien distinguer l'objection à la loi au nom de sa propre conscience de l'objection en tant que contestation de loi injuste et résistance à l'oppression⁵.

L'introduction dans les Etats contemporains de techniques de limitation du pouvoir de la majorité, et notamment de mécanismes de contrôle de la constitutionnalité de la loi, a impliqué un certain

¹ Ce document est la version remaniée de la communication présentée au IXème Congrès mondial de droit constitutionnel de l'IACL-AIDC dans l'atelier n° 7 « Droits de la santé sexuelle et reproductive: liberté, dignité et égalité ». Nous désirerons remercier les professeures Vicki Jackson et Eva Brems pour avoir sélectionné la première version de la communication et pour les précieuses observations lors de la présentation orale.

² TURCHI Vincenzo, *Obiezione di coscienza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sez. Civ.*, vol. XII, Torino, UTET, 1995, p. 520.

³ ZADIG Jean-Jacques, « La loi et la liberté de conscience », in *RFDA*, 2013, p. 957.

⁴ CATTELAINE Jean-Pierre, *L'objection de conscience*, Que sais je?, n° 1517, Paris, PUF, p. 5.

⁵ Voir PARIS Davide, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, Passigli Editori, 2011, spéc. p. 70, et ID., « Coscienza e politica nell'obiezione di coscienza », in *Quaderni regionali*, 2011, p. 151 sqq.

dépassement de la fonction de l'objection de conscience *contra legem* en tant que résistance à la loi injuste⁶.

Dans les ordres juridiques constitutionnels, la loi qui va contre la base méta-normative des valeurs partagées - traduites dans les constitutions - ne peut être contestée que par les voies démocratiques et juridictionnelles prévues. Il demeure cependant un espace pour la demande d'abstention au nom d'un impératif personnel, pour celui qui s'oppose à la directe application de la loi, sans pourtant la contester en termes absolus : l'objection à la loi au nom du respect d'un impératif de conscience individuel se positionne donc dans le point de tension entre la force contraignante de la loi et la tolérance du pluralisme dans une société démocratique. Le droit d'objection ne saurait par conséquent être revendiqué en tant que forme de lutte politique contre les choix de la majorité, mais comme « exception » admise pour garantir la mise en balance entre les objectifs légitimement poursuivis par le législateur et le respect de la sphère intime et personnelle de la conscience d'un individu⁷.

L'objection de conscience en sens contemporain peut donc être définie comme le refus d'un individu de mettre en place une conduite juridiquement exigible, mais à laquelle il veut pas participer personnellement pour des raisons de conscience : l'objecteur refuse ainsi d'accomplir le comportement en demandant que cette omission lui soit permise, sans prétendre que telle conduite ne soit accomplie par personne d'autre. Cela marque la différence entre ce qui est un instrument de conciliation des impératifs moraux individuels avec l'intérêt général dans un Etat pluraliste et ce qui serait en revanche un instrument de contestation des choix majoritaires en violation des principes de la démocratie constitutionnelle⁸.

C'est donc au législateur qui revient de régler ces conflits en prévoyant expressément, s'il retient, des dérogations à une loi en faveur des objecteurs : on parle alors d'objection *secundum legem*. Néanmoins on assiste de plus en plus à des demandes de reconnaissance d'un droit d'objection en dehors des hypothèses prévues par la loi, en raison d'une exigence constitutionnelle que le législateur aurait failli protéger. Ces deux perspectives doivent être prises en considération lorsqu'on examine une demande de reconnaissance d'une objection de conscience.

Notre analyse, après une brève reconstruction de l'origine de l'objection de conscience dans les Etats constitutionnels contemporains et des domaines traditionnels de son application, sera focalisée sur la possible reconnaissance (et donc sur l'admissibilité constitutionnelle) d'une

⁶ En revanche, c'était justement sur l'idée que l'obligation législative ne peut pas justifier certaines conduites contraires aux « lois de l'humanité » que, lors du procès de Nuremberg, l'objection de conscience (*melius*, la « faculté de choisir ») avait été évoquée pas plus comme droit que comme véritable devoir des hommes face à une loi manifestement injuste. Le IV^{ème} principe de Nuremberg, consacré par le Statut du Tribunal de Nuremberg en 1950, proclame ainsi que « Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international, s'il a eu moralement la faculté de choisir ».

⁷ Ainsi, dans la doctrine italienne, parmi d'autres : ONIDA Valerio, « L'obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza* », PERRONE Benito (dir.), Milano, Giuffrè, 1992, p. 365 ; PARIS Davide, *L'obiezione di coscienza*, cit. ; RODOTÀ Stefano, « Obiezione di coscienza e diritti fondamentali » in *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, dossier monographique de la revue *Notizie di Politeia*, n° 101, 2011, p. 26 sqq.

⁸ La violation d'une loi pour en contester la portée n'appartient pas aux règles de fonctionnement d'un Etat constitutionnel : l'individu qui entend ne pas respecter une loi dont il censure le contenu devrait essayer de la contraster à travers les instruments de la démocratie et, en cas d'échec, se contenter d'exercer un droit de résistance ou de désobéissance civile, qui est une catégorie ontologiquement différente de l'objection de conscience. D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 72. Sur la (pas toujours évidente) distinction entre objection de conscience et désobéissance civile, voir ARENDT Hanna, *Civil Disobedience*, in EAD., *Crisis of the Republic*, Harcourt Trade, 1972 ; RAWLS John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

objection de conscience des officiers publics⁹ à la célébration des unions et mariages entre personnes du même sexe.

La question est des plus délicates dans la mesure où elle dépend du choix exclusif d'un Etat dans la façon de concilier son pouvoir d'imposition législative avec le maintien d'une vision pluraliste de la société. Il s'agit donc forcément d'une matière où la marge d'appréciation étatique doit être des plus larges et il est redoutable de pouvoir dégager des solutions universellement valides¹⁰. Néanmoins, nous retenons qu'il est loisible de rechercher des conditions minimales communes pour la reconnaissance d'une objection de conscience constitutionnellement admissible. En suivant ce parcours, nous analyserons les arguments en faveur et contre la reconnaissance de l'objection de conscience à la célébration des unions entre personnes du même sexe, pour vérifier s'il s'agit d'une objection constitutionnellement nécessaire ou au moins constitutionnellement admissible.

La présente analyse sera focalisée sur le fondement de l'objection de conscience dans les systèmes constitutionnels français et italien - pour des raisons de provenance et de préparation juridique - avec des références de droit comparé, à titre d'exemple et non exhaustives, aux différentes solutions adoptées face à la demande d'objection à la célébration des mariages homosexuels.

Dans la première partie, nous analyserons les fondements du droit à l'objection de conscience et les arguments avancés pour justifier sa prévision dans la matière ici considérée. Dans la deuxième partie, en revanche, nous présenterons les critères qui, selon l'opinion ici partagée, devraient être adoptés pour vérifier l'admissibilité constitutionnelle d'une objection de conscience.

Nous soutiendrons ainsi que, puisque ces critères ne sont pas satisfaits dans la revendication de l'objection de conscience des officiers publics à la célébration des unions homosexuelles, une telle hypothèse d'objection ne devrait pas trouver sa place dans les Etats constitutionnels contemporains.

⁹ Nous prendrons en considération les titulaires d'un office conféré par l'Etat, à savoir les fonctionnaires de l'administration publique ou les élus, lorsqu'ils sont en charge du registre de l'Etat civil et de la célébration des mariages. En revanche, nous laisserons de côté la question de l'objection des ministres de culte dans les systèmes juridiques où ils sont habilités à célébrer des mariages avec des effets civils, tout en faisant quand même référence aux législations qui prévoient une telle possibilité.

¹⁰ De cet avis aussi MACDOUGALL Bruce, BONTHUYS Elsje, MCK NORRIE Kenneth, VAN DER BRINK Marjolein, « Conscientious Objection to Creating Same-Sex Unions: An International Analysis », in *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 1, n° 1, 2012, p. 127, qui pourtant recherchent eux-aussi des points communs en perspective comparée.

I. L'objection en tant qu'instrument de protection de la conscience à l'égard de la loi

L'objection de conscience a été d'abord reconnue en tant que droit de refuser d'adhérer à la religion majoritaire imposée et, ensuite, elle a été reconnue en relation avec des législations concernant des conduites où le droit à la vie est en jeu (A). Par la suite, la demande et la reconnaissance d'hypothèses d'objection se sont multipliées, en touchant toutes les domaines considérés éthiquement sensibles, ainsi que dès l'introduction des premières législations sur les mariages ou les unions civiles entre personnes du même sexe, la proposition de clauses d'objection pour les célébrants est entrée dans les débats (B).

A. Les origines de l'objection et les domaines traditionnels de sa reconnaissance

Bien que la liberté de conscience soit généralement reconnue en tant que droit de l'homme dans les constitutions et chartes des droits¹¹, il en va pas de même avec l'objection de conscience.

Cependant - malgré l'absence d'une proclamation expresse du droit à l'objection en tant que droit fondamental de l'individu¹² - les systèmes juridiques contemporains, nationaux et internationaux, ont consacré plusieurs hypothèses d'objection de conscience légalement protégées, qui témoignent désormais d'une convergence à l'égard de la reconnaissance d'un véritable droit d'objection dans certains domaines¹³.

Historiquement, l'objection de conscience a été d'abord reconnue en tant que composant de la dimension négative de la liberté de conscience (le droit de ne pas être obligé à agir contre ses convictions) aux personnes qui refusaient d'adhérer à la religion majoritaire imposée¹⁴.

¹¹ La liberté de conscience est proclamée aux art. 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 18 du Pacte international des droits civils et politiques, art. 9 de la CEDH, art. 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

En France, elle est rattachée à l'article 10 de la Déclaration des droit de l'homme et du citoyen (liberté d'expression et religieuse) et au cinquième alinéa du Préambule de 1946 (interdiction de toute discrimination sur le travail fondée sur les opinions ou les croyances). Le Conseil constitutionnel a reconnu la portée constitutionnelle de la liberté de conscience dans sa décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977 sur la loi relative à la liberté d'enseignement où il a jugé que « l'obligation imposée aux maîtres de respecter le caractère propre de l'établissement [...] ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience ».

En Italie elle est rattachée aux art. 2 (principe personnaliste et garantie des droits inviolables), 3 (principe d'égalité), 19 (liberté religieuse) et 21 (liberté d'expression). Voir par ex. les décision de la Cour const. n° 467/1991, 43/1997 et 271/2000.

¹² Une exception est représentée aujourd'hui par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui reconnaît dans l'alinéa 2 de son art. 10 « [l]e droit à l'objection de conscience » mais « selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » ; voir GROPPI Tania, « Art. 10. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione », in *L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, BIFULCO Raffaele, CARTABIA Marta, CELOTTO Alfonso (dir.), Bologna, Il Mulino, 2001, p. 92 sqq. La CEDH, en revanche, mentionne expressément l'objection de conscience à l'art. 4, en affirmant que l'activité imposée au lieu du service militaire obligatoire pour les objecteurs n'est pas travail forcé. Il ne s'agit donc pas d'une reconnaissance du droit à l'objection.

¹³ C'est le cas notamment du droit d'objection au service militaire qui, développé au début dans le cadre du pouvoir discrétionnaire étatique, est désormais reconnu dans la plupart des Etats européens et a par conséquent achevé une dimension de protection européenne. Voir NAVARRO VALLS Rafael, MARTÍNEZ TORRÓN Javier, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 39 sqq. Pour un cadre sur les différentes objections de conscience reconnues dans les législations européennes voir ERGEC Rusen, « Les dimensions européennes de l'objection de conscience », in *Conscientious objection in the EC countries*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 1, ainsi que les différentes contributions concernant les pays de l'UE.

¹⁴ CEDH, 25 mai 1993, req. n° 14307/88 ; CEDH, 18 février 1999, req. n° 24645/94. Voir PUPPINK Grégor, « L'objection de conscience des maires et la CEDH », in *Revue Lamy de Droit Civil*, n° 108, 2013.

Par la suite, elle a été reconnue, par voie législative ou juridictionnelle, dans des domaines éthiques, et notamment en relation avec des législations concernant des conduites où le droit à la vie est en jeu.

Si, comme nous l'avons rappelé, les garanties de l'Etat constitutionnel ont fortement limité, voire effacé, l'exigence d'un droit de résistance à la loi injuste, dans un Etat démocratique-pluraliste le conflit entre l'obéissance à la loi et à la conscience individuelle doit être évité dans la mesure du possible, en recherchant la façon de concilier les deux impératifs moral et légal en conflit¹⁵.

C'est ainsi que plusieurs Etats ont décidé de régler à travers la reconnaissance de l'objection *secundum legem* le dilemme antigonien de ceux qui étaient coincés entre l'obligation législative du service militaire et l'obligation morale contre l'usage d'armes. La première hypothèse d'objection de conscience législativement admise dans plusieurs systèmes juridiques a été en effet reconnue par rapport au refus d'accomplir le service militaire obligatoire : c'était ainsi en France¹⁶, en Italie¹⁷ et dans de nombreux autres pays en Europe et ailleurs¹⁸.

C'est justement en matière d'objection au service militaire obligatoire qu'on relève une convergence parmi les pays européens, qui fait parler pour la première fois d'un droit à l'objection. C'est d'abord la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui reconnaît le droit à l'objection, bien que soumis aux « lois nationales qui en régissent l'exercice » (en reconnaissant donc la seule objection *secundum legem*¹⁹). Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que le droit à l'objection de conscience (au service militaire obligatoire) tombe sous la protection de la liberté de conscience prévue à l'art. 9 de la CEDH²⁰.

L'objection de conscience a été ensuite reconnue par de nombreux législateurs en matière d'avortement et d'autres questions bioéthiques²¹. Les hypothèses dérogatoires dans ces domaines

¹⁵ La question se pose davantage et avec d'autant plus d'urgence dans des sociétés multiculturelles, où l'assomption de valeurs généralement partagées doit se confronter aux particularismes : voir BREMS Eva, *Human Rights: Universality and Diversity*, La Haye, Nijhoff, 2001, spéc. p. 314 sqq. et p. 341 sqq.

¹⁶ Avec la loi n° 63-1255, qui a permis aux « jeunes gens qui, avant leur incorporation, se déclarent, en raison de leurs convictions religieuses ou philosophiques, opposés en toutes circonstances à l'usage personnel des armes » d'être admis à satisfaire leurs obligations au regard du service national dans d'autres conditions que celles impliquant l'incorporation dans l'armée.

¹⁷ Avec la loi n° 772/1972. La réglementation du service alternatif à l'incorporation militaire a par la suite évolué, grâce à plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle, à partir de la déc. n° 164/1985, commentée par PUGIOTTO Andrea, « L'obiezione di coscienza al servizio militare tra l'immobilismo del legislatore e le accelerazioni della giurisprudenza », in *Giur. Cost.*, 1985, II, 2013. Voir aussi les déc. n° 113/1986, 467/91, 43/97, 271/00.

¹⁸ Voir les législations des pays du Conseil de l'Europe prises en considération dans l'arrêt *Bayatyan c. Arménie*, GC, *infra* note n° 19 ; au delà des confins européens, voir par ex. aux Etats Unis le *Military Selective Service Act* de 1967.

¹⁹ Même si la doctrine reconnaît désormais une portée plus large à cette disposition : voir GROPPI Tania, *cit. supra*.

²⁰ Dans sa décision *Bayatyan c. Arménie* (GC, 7 juillet 2011), la Grande Chambre a tiré ce principe, en reforme de sa jurisprudence et de la décision de la Chambre, du consensus relevé parmi les pays du Conseil de l'Europe. La Cour a en effet observé que « la quasi-totalité [des Etats membres] où existait ou existe encore un service militaire obligatoire ont à différents moments adopté des lois reconnaissant et mettant en œuvre le droit à l'objection de conscience, avant même leur adhésion au Conseil de l'Europe pour certains. Le premier Etat membre à l'avoir fait est le Royaume-Uni (1916) [...] Une grande vague de reconnaissance est ensuite intervenue à la fin des années 1980 et au cours des années 1990, lorsque presque tous les Etats déjà membres, ou qui allaient le devenir, à n'avoir pas encore pris une telle mesure ont introduit ce droit » (par. 46-47).

²¹ Le commentaire officiel à la décision n° 2013-353 QPC, sur l'objection de conscience des maires (voir *infra*) rappelle que « le code de la santé publique (CSP) connaît trois types de clauses de conscience en matière : d'IVG, [...] de stérilisation volontaire, [...] de recherches sur l'embryon ». Cependant, seule la « clause de conscience » en matière d'IVG a été examinée et reconnue par le Conseil constitutionnel comme répondant à une exigence constitutionnelle : Voir la décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 (IVG II).

En Italie l'objection à la pratique de l'avortement, prévue par la loi n° 194/1978, est constamment remise en cause, et particulièrement dans ces jours, en raison de l'haute taux d'objecteurs (supérieur au 50% dans tous le pays, sauf en Vallée d'Aoste, avec pics supérieurs au 90% dans certaines régions : voir <http://www.internazionale.it/news/italia/2014/03/12/gli-obiettori-di-coscienza-in-italia-una-mappa/>) qui rend ineffective

ont justifié une notion d'objection de conscience fondée sur le contenu du bien sauvegardé par la conscience, selon laquelle l'objection est d'autant plus admissible que le bien protégé par l'impératif de la conscience est comparable à l'intérêt poursuivi par la loi à laquelle on prétend déroger²².

Mais les demandes de reconnaissance législative de nouvelles hypothèses d'objection se sont multipliées depuis, car variées sont les convictions qui peuvent poser des obligations morales : elles vont du refus de payer des impôts en raison de la contestation de leur destination (l'ainsi dite « objection fiscale »²³) aux objections à la vente de médicaments contraceptifs ou abortifs, ou à l'accomplissement de la fonction judiciaire en présence de symboles religieux, pour en citer quelques uns²⁴.

L'objection de conscience, en rafraîchissant ainsi son côté de contestation des choix majoritaires, s'impose désormais dans le débat public dès qu'une conduite législativement imposée heurte les convictions d'une composante de la société, qui fait ainsi basculer sa contestation à la loi vers le terrain du refus à l'application de celle-ci. C'est ainsi que, avec les premières législations qui ont ouvert le mariage aux couples homosexuels, des clauses de conscience ont été revendiquées et parfois introduites en faveur des célébrants, pour qu'ils puissent refuser d'officier les unions entre deux personnes du même sexe en raison de leur opposition de conscience à telle type d'union.

B. L'objection de conscience à la célébration des unions homosexuelles

La reconnaissance législative d'un droit à l'objection dans certains domaines éthiquement sensibles a ouvert le chemin à des arguments en faveur de l'objection à la célébration des mariages ou unions civiles entre personnes du même sexe.

Lorsqu'on aborde ce thème, une première distinction incontournable est celle entre le statut des célébrants appartenant à des confessions religieuses (ou ministres de culte) et le statut des officiers publics. En effet, pour les premiers, telle possibilité de refus apparaît généralement admissible au nom des contraintes confessionnelles auxquelles ils sont soumis en raison de leur afférence à un organisme dont ils embrassent l'orientation idéologique. Et effectivement, dans plusieurs pays qui prévoient la possibilité pour des ministres de culte de célébrer des unions civiles, on prévoit une

la loi et pour lequel le Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe a accueilli un recours contre l'Italie pour violation de la Charte sociale européenne (*Fédération internationale pour le Planning familial – Réseau européen (IPPF EN) c. Italie*). Sur l'équilibre entre clause de conscience et accès à l'avortement au nom de l'effectivité du droit de l'objecteur et du droit de la femme à l'accès à l'avortement voir DUMORTIER Thomas, « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), Paris, Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, p. 119 sqq.

²² Ainsi CARDIA Carlo, « Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge », in *Statoe Chiesa.it*, mai 2009, p. 4 sqq. ; dans le même sens aussi J.-J. Zadig, qui affirme que « la véritable objection de conscience n'est jamais fondée uniquement sur le principe de liberté de conscience, auquel cas elle serait en quelque sorte fondée sur elle-même, mais s'appuie toujours sur d'autres principes qu'elle estime méconnus dans une situation donnée », ZADIG Jean-Jacques, « La loi et la liberté de conscience », in *RFDA*, 2013, p. 957). Mais une autre notion s'oppose à celle-ci, fondée sur l'exigence de protéger à travers l'objection la seule conscience de l'objecteur, abstraction faite de la valeur qui fonde son impératif de conscience. On retient qu'une notion intermédiaire se révèle la plus apte à saisir le phénomène de l'objection législativement admise, où le bien constitutionnel protégé est toujours la liberté de conscience de l'objecteur - pas son but -, mais avec une attention à l'objectif de l'objection et au valeur qui la fonde, qui doit être compatible avec l'ordre constitutionnel. Voir les considérations développées *infra*, dans la partie II.

²³ Une telle objection, revendiquée de façon récurrente, a été rejetée à plusieurs reprises en Italie (voir par ex. Corte cost. n° 65/1993 ainsi que la jurisprudence tribunaire et pénale citée par PARIS Davide, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 102 sqq.) et par la Commission européenne des droits de l'homme (*C. c. Royaume Uni*, dec. du 15 décembre 1985).

²⁴ Voir TURCHI Vincenzo, « Nuove forme di obiezione di coscienza », in *Statoe Chiesa.it* et la riche bibliographie indiquée pour chaque type d'objection de conscience récemment revendiqué ; voir aussi CARDIA Carlo, *Tra il diritto e la morale*, cit.

clause de conscience en leur faveur. Il en va ainsi notamment en Danemark, Ecosse, Afrique du Sud, Nouvelle Zélande, Canada et aux Etats Unis²⁵.

Le problème assume des contours tout à fait différents lorsque le droit de refuser de célébrer un mariage civil est revendiqué par un officier public. La question doit ici être considérée à la lumière de l'obligation de l'Etat, représenté par le fonctionnaire ou l'élu chargé d'une fonction publique, de donner application à la loi, et de le faire dans le respect du principe d'égalité.

La fonction d'officier public n'exclut pas par soi même toute possibilité d'objecter à une loi. Cependant, elle demande une majeure attention dans la mesure où à l'officier public est demandé de mettre de côté ses convictions personnelles dans l'exercice de la fonction publique qu'il est appelé à remplir²⁶ : il agit moins à son nom qu'au nom de l'Etat.

A la demande de reconnaissance d'une clause de conscience, les différents systèmes prévoyant des formes d'union entre personnes du même sexe ont donné des réponses divergentes.

La variété des solutions envisageables est témoignée par le panorama varié des réglementations adoptées ou proposées au niveau des entités fédérées à l'intérieur d'un même pays, le Canada²⁷. Ici, le mariage est réglé au niveau provinciale. La Loi sur le Mariage civil de 2005, qui proclame une définition non exclusivement hétérosexuelle du mariage, prévoit une clause de conscience pour les lois fédérales en matière²⁸. Cependant, tandis que l'objection des ministres de culte reste garantie²⁹, les législations provinciales restent libre de régler la matière de l'objection de conscience des officiers publics. C'est ainsi que certaines provinces ont opté pour la possibilité d'objection pour tous³⁰, tandis que d'autres ont exclu la possibilité d'objection³¹ ; une solution transitoire avait été proposée par le gouvernement en Saskatchewan, avec un amendement prévoyant le droit à l'objection seulement pour les officiers nommés avant l'entrée en vigueur de la loi ouvrant le

²⁵ Sur le droit des ministres de culte de refuser de célébrer un mariage homosexuel, notamment en Danemark et au Canada, voir NAVARRO VALLS Rafael, *La objeción*, cit., p. 20 sqq. ; pour les Etats Unis voir STERN Marc D., « Same-Sex Marriage and the Churches », in LAYCOCK Douglas, PICARELLO Anthony R. Jr., WILSON Robin Fretwell (dir.), *Same-Sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, Rowman and Littlefield Publishers, 2008, p. 1.

²⁶ Ainsi ONIDA Valerio, « L'obiezione di coscienza », cit., p. 368, qui remarque que : « Différemment du citoyen quelconque, à l'égard du quel il n'y a que le problème de l'abstention, à travers l'objection, à des obligations que la loi impose à tous, en ce qui concerne le fonctionnaire la situation d'obligation est plus spécifique, parce qu'il est appelé à appliquer la loi, en la traduisant en offices concrets ou activités exécutives, dans le but de satisfaire les intérêts collectifs pour lesquelles la loi a été posée. » Voir aussi BONDUELLE Alexandre, « La clause de conscience et le fonctionnaire (propos dubitatifs sur une singulière revendication) », in *Les Petites affiches*, 27 septembre 1996, n° 117, p. 16 ; BÉNOIT Jean, « Responsabilité civile et administrative des élus », in *Encyclopédie des collectivités locales*, sept. 2013, par. 26.

²⁷ Voir MACDOUGALL Bruce, « Refusing to Officiate Same-Sex Civil Marriages », in *Sask. Law Review*, n° 69, 2006, p. 351 ; LEWIS Charles, « Gay Marriages Refusal Case Tests Rights », in *National Post*, 10 mai 2010.

²⁸ « Il est entendu que nul ne peut être privé des avantages qu'offrent les lois fédérales ni se voir imposer des obligations ou des sanctions au titre de ces lois pour la seule raison qu'il exerce, à l'égard du mariage entre personnes de même sexe, la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou qu'il exprime, sur la base de cette liberté, ses convictions à l'égard du mariage comme étant l'union entre un homme et une femme à l'exclusion de toute autre personne » art. 3.1 de la Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, ch. 33.

²⁹ Voir le Préambule de la Loi sur le Mariage civile et la décision de la Cour suprême sur le « renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe », [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79.

³⁰ Il s'agit de l'Alberta et de l'Île-du-Prince-Édouard. En Nouveau-Brunswick un amendement en ce sens avait été proposé et rejeté.

³¹ Aucune objection est admise en Colombie-Britannique, Manitoba, Terre-Neuve-et-Labrador, and Saskatchewan. Dans les trois premières, il y a pas des documents officiels qui confirment l'inadmissibilité du refus, mais cela a été largement reporté dans les infos (ainsi MACDOUGALL Bruce, « Refusing to Officiate Same-Sex Civil Marriages », cit., p. 353) et confirmé par des décisions de justice (par ex. Cour d'Appel de Manitoba). En Saskatchewan, la Cour d'appel a rendu une décision consultatif sur renvoi du gouvernement sur la constitutionnalité de deux propositions de loi concernant l'objection de conscience pour des motifs religieux, en déclarant que les amendements en faveur d'une clause de conscience (respectivement pour tous ou pour les officiers publics nommés avant l'entrée en vigueur de la loi ouvrant le mariage aux couples du même sexe) sont contraires à la Charte canadienne des droits et libertés (Cour d'appel de Saskatchewan, 3 SKCA 2011, 10 janvier 2011).

mariage aux couples homosexuels³². Cet amendement n'a pas pourtant vu la promulgation car la Cour d'Appel de la province, saisie d'un renvoi par le gouvernement saskatchewanais, l'a déclaré contraire à la Charte canadienne des droits et libertés³³. Dans d'autres provinces, malgré l'absence de prévisions législatives en matière, des accommodations raisonnables sont effectuées dans la pratique administrative, telles que : la possibilité de refus seulement pour les officiers déjà en service au moment de l'introduction de la loi ; la possibilité d'assigner les mariages à l'intérieur de l'office en fonction de la disponibilité des officiers, en évitant une objection expresse des ceux qui seraient pas disposés à célébrer un mariage homosexuel³⁴ ; la possibilité de refuser seulement après avoir trouvé un substitut³⁵.

Sans pouvoir assurer ici un examen complet et exhaustif des différentes solutions adoptées en droit comparé, nous voudrions au moins signaler les modèles observables. Hormis la prévision d'une clause de conscience en faveur des ministres de culte, que nous avons dite être prévue de manière générale dans les pays où ceux-ci sont habilités à célébrer un mariage avec effets civils, trois modèles peuvent être dégagés, avec un quatrième qui ne se propose pas en tant que solution permanente mais transitoire.

Il y a d'abord le modèle prévalant, de l'interdiction de toute objection³⁶ ; deuxièmement, on retrouve la solution opposée, celle de la prévision de l'objection pour tous ceux qui manifestent une conviction contraire au mariage homosexuel³⁷ ; entre ces deux voies, il y a le modèle intermédiaire de l'objection soumise à certaines conditions et limitations (par ex. avec la possibilité d'objection seulement si le service est garanti par un autre officier du même office) ; il y ensuite la solution qu'on peut définir « transitoire », avec la possibilité de l'objection seulement en faveur des officiers nommés avant l'entrée en vigueur de la loi ouvrant le mariage aux couples homosexuels.

Quelqu'un pourrait souligner qu'il y a aussi une autre possibilité, c'est-à-dire « le choix de la non réglementation », pour laisser à la pratique les possibilités d'accommodation raisonnable à l'intérieur de l'office public, comme serait le cas au Pays Bas³⁸. Toutefois, si cette solution peut

³² C'était l'un des deux amendements proposés: l'autre visait un droit à l'objection pour tous, indépendamment du moment de leur nomination.

Le débat entourant l'objection de conscience au mariages homosexuels en Saskatchewan a commencé au lendemain de l'introduction du mariage homosexuel, avec le recours des trois commissaires de mariage contre le gouvernement pour violation de leur liberté religieuse et leur droit à ne pas être discriminés dans leur travail. Le recours ayant été rejeté, un des commissaires - Orville Nichols - a refusé de marier un couple homosexuel, invoquant ses croyances religieuses. Le couple a porté plainte à la Commission des droits de la personne de la province, qui a statué, en mai 2008, que le couple avait été victime de discrimination, décision confirmée en 2009 par la Cour du Banc de la Reine. La proposition de loi du gouvernement pour trouver un accommodement raisonnable et la réponse négative de la Cour d'appel (voir note précédente) ont mis le mot fin à cette histoire.

³³ Voir *supra* et *infra*.

³⁴ Cette solution est adoptée « en Ontario, ou au moins à Toronto » d'après les informations citées par la Cour d'appel de Saskatchewan dans la décision citée *supra* note n° 30, par. 87.

³⁵ Voir MACDOUGALL Bruce ET AUTRES, « Conscientious Objection to Creating Same-Sex Unions », cit., p. 139 sq.

³⁶ Cette solution est évidemment implicite là où le mariage ou l'union a été introduite avec une générale obligation pour les officiers de célébrer tous les unions demandées à l'office dont ils sont compétents. L'interdiction a néanmoins été expressément affirmée par certaines juridictions face aux instances d'objections, comme en France, en Angleterre et Galles, en Espagne, dans certaines provinces canadiennes. Dans d'autres pays, l'exclusion de l'objection a été publiquement discutée et délibérée lors du débat pour l'approbation de la loi, comme, encore au Royaume-Uni, en Ecosse, en Nouvelle-Zélande.

³⁷ Cela est prévu, en dehors des provinces canadiennes citées dessus, en Afrique du Sud à l'art. 6 du Civil Union Act de 2006, qui énonce : « *A marriage officer ... may in writing inform the Minister that he or she objects on the ground of conscience, religion and belief to solemnising a civil union between persons of the same sex.* »

³⁸ La recherche effectuée par MACDOUGALL Bruce ET AUTRES, « Conscientious Objection to Creating Same-Sex Unions », cit., révèle que : « Despite the absence of a provision allowing marriage officers to object to performing same-sex marriages, in 2011 there were approximately 105 objecting civil servants in the Netherlands, employed by 58 different municipalities » (p. 137). On ne doute pas que ce phénomène puisse être beaucoup plus répandu, aussi dans

avoir le bénéfice d'éviter les conflits, en protégeant la liberté de conscience des officiers publics dans la mesure du possible, sans porter atteinte aux droits des couples homosexuels tant que leur demande soit satisfaite et aucune objection leur soit expressément opposée, elle ne peut pas être considérée un modèle car elle ne constitue pas une solution normative autonome et différenciée du modèle interdisant l'objection : soit l'objection est permise par la loi, soit elle ne l'est pas, et le fait que dans la pratique les officiers arrivent à s'organiser pour éviter que quelqu'un doive officier un mariage contraire à ses convictions ne représente nullement un droit d'objection implicitement reconnu par le système, pas plus que le droit de ne pas célébrer le mariage d'une personne qu'on n'aime pas.

Les raisons qui ont poussé certains législateurs à l'introduction d'une clause de conscience sont évidemment liées à l'exigence de trouver un compromis, lors de l'introduction d'un institut qui bouleverse une tradition fortement ancrée comme le mariage entre un homme et une femme, avec ceux qui s'opposent au renversement du paradigme hétérosexuel du mariage pour des raisons religieuses ou philosophiques³⁹. La prévision d'un droit à l'objection repose ainsi sur plusieurs arguments.

D'abord, on a soutenu que dans l'application d'une loi d'inspiration égalitaire comme celle ouvrant le mariage aux couples homosexuels, le législateur devrait au même temps éviter de mettre en place une autre forme de discrimination, au détriment des officiers publics, en les posant face au choix dilemmatique entre la trahison de leur convictions et la perte du poste de travail⁴⁰. Dans la réglementation du mariage homosexuel, les couples souhaitant se marier ne sont pas les seuls sujets dont les droits fondamentaux doivent être garantis : la liberté de conscience des officiers publics doit aussi être prise en considération et protégée⁴¹.

En passant de la détermination des valeurs constitutionnelles en conflit aux voies pratiques pour la résolution de ce conflit, plusieurs arguments sont avancés en faveur d'un accommodement raisonnable. La protection de la liberté de conscience d'un objecteur ne porterait pas atteinte au droit au mariage d'un couple, parce que l'Etat peut garantir au couple l'accès au mariage avec d'autres officiers.

Ce premier argument doit pourtant être confronté à la réalité dans la mise en place de l'objection. Cette réalité a montré, dans d'autres domaines, comme - une fois reconnu un droit à l'objection - il est difficile de trouver la façon de garantir un nombre suffisant de non-objecteurs qui puissent assurer la régulière application de la loi⁴². Cet argument garde donc sa validité seulement si assorti d'instruments directs à garantir l'effective application de la loi à l'égard du couple qui demande l'accès au mariage, sans délai ni difficultés⁴³. Dans ce sens, on a suggéré la possibilité, fortement

d'autres pays, mais cela ne relève pas dans la présente analyse car il ne représente pas un modèle de réglementation de l'objection de conscience.

³⁹ Dans certains pays le droit à l'objection couvre en réalité seulement les convictions religieuses.

⁴⁰ TROTTER Geoffrey, « The Right to Decline Performance of Same-Sex Civil Marriages: The Duty to Accommodate Public Servants. A Response to Prof. MacDougall », in *Sask. Law Review*, n° 70, 2007, p. 365. Dans le même sens, les thèses des plusieurs tiers intervenants en soutien de M.me Ladele dans l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni* devant la Cour EDH.

⁴¹ *Ibidem*, 378.

⁴² Le cas de l'accès à l'avortement en Italie est paradigmatique en ce sens, avec un taux d'objecteurs parmi les médecins qui dépasse le 50%, avec pics supérieurs au 90% dans plusieurs régions. Voir *supra*.

⁴³ On ne peut pas partager l'avis de ceux qui soutiennent qu'un accès au mariage « à deux vitesses » serait un compromis acceptable pour les couples homosexuels, qui devraient déjà se féliciter d'avoir été admis à se marier : dans ce sens WILSON Robin Fretwell, « Matters of Conscience: Lessons for Same-Sex Marriage from the Healthcare Context », in *Same-Sex Marriage and Religious Liberty*, LAYCOCK Douglas ET AUTRES (dir.), cit., p. 77, qui affirme que « States could simply have a different timing rule for same-sex couples than they do for other couples » (p. 99) ; dans le même sens MINOW Martha, « Should Religious Groups Be Exempt from Civil Rights Laws? », in *B.C. L. Review*, n°

contesté par la majorité du front favorable à l'objection, de prévoir un nombre maximal d'objecteurs et, par conséquent, de considérer l'exercice de l'objection en tant que condition de discrimination légitime dans les sélections des officiers⁴⁴. Une autre possible solution envisageable prévoit la faculté d'exercer son droit d'objection seulement si un autre officier afférent au même office de l'objecteur peut assurer le service⁴⁵, ou seulement dans le respect d'un droit d'informer sur le nom de l'officier disponible auquel s'adresser⁴⁶.

Ces arguments montreraient comme la liberté de conscience des officiers publics pourrait être accommodée avec le droit de se marier des couples homosexuels sans heurter de façon disproportionnée ce dernier ; cependant, ils ne justifient pas la diversité de traitement pour pouvoir affirmer que le droit de ne pas être discriminés en raison de son orientation sexuelle ne soit pas manifestement violé...

En outre, si ces arguments pouvaient sembler acceptables dans la première « saison » d'ouverture du mariage aux couples homosexuels, lorsque des pays pionniers abattaient pour la première fois la forte tradition hétérosexuelle du mariage en tant qu'union entre homme et femme, ils faut vérifier, et ce sera l'objet de notre deuxième partie, s'ils permettent à l'objection en question de remplir les conditions pour son admissibilité dans un Etat démocratique « à la lumière de conditions actuelles », pourvu que, comme l'enseigne la doctrine de l'interprétation évolutive de la Cour EDH, on ne peut certainement pas justifier l'atteinte à un droit fondamental au nom d'une « tradition » dans un contexte qui a évolué.

48, 2007, p. 781, où l'A. affirme que « A bit more respect, flexibility, and humility on all sides in the clash between religious groups and advocates for rights for gays, lesbians, and transgendered people could open possibilities for resolutions that accommodate civil rights norms and religious principles » (p. 845 sq).

⁴⁴ Cette solution est difficilement conciliable avec les principes de non discrimination dans les rapports de travail et, de plus, elle serait en contradiction avec le but de non discrimination en raison des convictions personnelles qui est à la base de l'objection. En ce sens : CARDIA Carlo, *Tra il diritto e la morale*, cit., p. 18, où l'Auteur, après avoir cité des législations qui prévoient expressément l'interdiction de discriminer les médecins en raison de leur qualité d'objecteur, souligne que « Nella maggior parte delle normative che riconoscono l'obiezione di coscienza il principio di non discriminazione degli obiettori deve ritenersi implicito perché derivante dai principi generali dell'ordinamento ». Voir dans ce sens, au Pays-Bas, la décision n° 2002-26 de la *Commissie gelijke behandeling* (CGB, Commission pour l'égalité de traitement), qui a reconnu qu'il y avait eu violation à l'égard de l'officier dont le contrat n'avait pas été renouvelé en raison de sa qualité d'objecteur. La CGB a d'ailleurs changé son orientation dans une décision de 2008, n° 2008-40. Des critiques à l'égard de la décision qui n'a pas accommodé l'application de la loi avec la liberté de conscience de l'employée ont été avancées par BREMS Eva, *Religious Objections to Conducting Marriages of Same-Sex Couples in the Netherlands* (communication au colloque *Religion in the Public Sphere*, University of Utrecht, 7-9 May 2008), cité par MACDOUGALL Bruce ET AUTRES, « Conscientious Objections », cit., p. 156.

⁴⁵ Ainsi WILSON Robin Fretwell, « Insubstantial Burdens: The Case for Government Employee Exemptions to Same-Sex Marriage Laws », in *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, n° 5, 2010, p. 318, qui propose un projet d'amendement élaboré par une commission de professeurs direct à régler l'objection : « The proposed Marriage Conscience Protection allows government employees or officials who serve in ministerial or ceremonial roles to refuse to provide a service only if another willing provider is available. In this way, the proposed Marriage Conscience Protection does not permit a government clerk to act as a chokepoint on the path to marriage for same-sex couples » (p. 333).

⁴⁶ Ainsi encore WILSON Robin Fretwell, *Lessons for Same-Sex Marriage*, cit., 98 selon lequel « rules that require refusing parties to direct couples to others who will perform the service allow protection for matters of conscience without sacrificing access or humiliating same-sex couples ».

II. L'inadmissibilité de l'objection, en vue de la protection de la loi à l'égard des consciences

Le débat autour de l'admissibilité, dans les Etats constitutionnels contemporains, d'une clause d'objection en faveur des officiers publics dans la célébration des unions civiles entre personnes du même sexe demande de vérifier sa conformité aux valeurs constitutionnelles de l'égalité et de la liberté de conscience sur deux niveaux : d'abord, il est question d'évaluer si la prévision d'une telle clause de conscience peut être considérée « constitutionnellement nécessaire », comme le voudraient certains partisans du droit d'objection (A) ; ensuite, il faut se demander si une telle prévision, si non répondant à une exigence constitutionnelle, serait « constitutionnellement admissible », à savoir compatible avec le cadre des droits et libertés fondamentaux qu'une charte constitutionnelle garantit (B).

A. Les critères pour l'admissibilité d'une objection

En ce qui concerne le premier aspect, l'existence d'une exigence constitutionnelle de reconnaissance de l'objection de conscience des célébrants, la récente jurisprudence constitutionnelle française offre un intéressant point de départ.

Le 18 octobre 2013 le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la question prioritaire de constitutionnalité concernant l'absence de clause de conscience en faveur des maires dans la loi ouvrant le mariage aux personnes du même sexe⁴⁷.

Que la question serait parvenue au prétoire constitutionnel était prévisible : dès le lendemain de l'entrée en vigueur de la loi sur le « mariage pour tous »⁴⁸ on avait eu les premières déclarations d'objection⁴⁹. Le Président Hollande lui-même avait d'ailleurs ouvert à la possible introduction d'une clause de conscience en faveur des maires, avec une affirmation « aventureuse » devant le Congrès des maires français au mois de novembre 2012⁵⁰, mais il avait du ensuite rétracter sa déclaration suite à la prise de position de son gouvernement en faveur d'une application de la loi sans dérogations. L'objection de conscience ne trouva ainsi place dans le texte définitif de la loi, en provoquant de nombreuses manifestations par le front qui s'opposait au mariage pour tous et qui demandait désormais au moins la clause de conscience en tant que seul moyen de défense envers le bouleversement du modèle hétérosexuel du mariage.

Saisi de la question, suite au recours en annulation présenté par sept maires contre la circulaire du ministre de l'intérieur relative aux « conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil », le Conseil constitutionnel a affirmé que l'absence de la clause de conscience en faveur des maires appelés à célébrer les mariages ne viole pas la liberté de conscience ni aucun autre droit que la Constitution garantit.

Le raisonnement par lequel les Sages ont abouti à cette conclusion se fonde sur deux ordres de motifs. D'un côté, il y a le pouvoir discrétionnaire reconnu au législateur qui, en ne prévoyant pas l'objection, « a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ».

⁴⁷ *Cons. const.* déc. n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013.

⁴⁸ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, validée par le *Conseil constitutionnel* avec la dec. n° 2013-669 DC.

⁴⁹ Voir DIEU Frédéric, « Opposition des officiers d'état civil au mariage entre personnes de même sexe : vers la reconnaissance de l'objection de conscience ? », in *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1643.

⁵⁰ Le Président Hollande avait affirmé que la loi devait s'appliquer pour tous « dans le respect de la liberté de conscience », en faisant référence à la possibilité d'élargir les hypothèses de délégation aux adjoints.

En reconnaissant qu'il appartient au législateur la mise en balance entre les principes constitutionnels en conflit, le juge constitutionnel devant se limiter à vérifier la proportionnalité du choix, les Sages ont reconnu qu'il était constitutionnellement admissible le choix de privilégier le but de l'application neutre de la loi au détriment de la liberté de l'officier public de décider, selon sa conscience, de ne pas célébrer un mariage contraire à ses convictions.

Le choix du législateur d'ailleurs, et on vient ainsi au deuxième et plus intéressant motif, « eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage [...] n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience ». C'est donc la nature de l'activité demandée par la loi qui, en ne laissant pas de place à évaluations discrétionnaires ni à conduites « actives » par le célébrant, porte à exclure l'admissibilité du droit à l'objection. Ce point est surligné dans le commentaire officiel à la décision⁵¹ : ici on peut lire que l'objection revendiquée par les maires n'a rien à voir avec les clauses de conscience prévues en droit français et notamment en droit de la santé, en ce que « l'acte accompli est un acte juridique qui n'implique pas la conscience de son auteur dans des conditions comparables à l'acte de diagnostic ou thérapeutique du médecin ».

La conscience de l'officier public ne peut être considérée obligée à « trahir elle-même » par l'obligation de célébrer un mariage prévu par la loi, parce que le service qu'il est appelé à accomplir est purement formel et ne lui demande pas d'être accompli à son nom ou selon son évaluation et son expertise : le mandat public du célébrant, non sa personne, est engagé⁵².

Ce point a beaucoup d'intérêt en vue des considérations plus générales en perspective comparée.

Comme nous l'avons vu, dégager a priori les conditions dans lesquelles il y a l'exigence de protéger la conscience individuelle à l'égard d'une obligation législative n'est pas une activité facile, car elle demande, pour la mise en balance entre deux valeurs constitutionnellement protégées (la liberté de conscience et le principe de légalité), une enquête sur la force et l'effectivité de la contrainte morale et une comparaison entre celle-ci et la force contraignante de la loi.

Des critères ont pourtant été dégagés, spécialement pour définir en négatif quand est-ce qu'une objection ne peut pas être admise. Un point qui semble pouvoir s'affirmer avec une validité générale dans les systèmes démocratiques est que l'on peut pas admettre une objection fondée sur des valeurs incompatibles avec la démocratie⁵³ ; ensuite, l'objection, selon l'opinion ici retenue, doit être conçue en tant qu'exception à garantie des positions individuelles minoritaires, et ne doit pas être utilisée en tant que moyen de contestation antidémocratique des choix majoritaires dans le but de les priver d'effectivité.

Au-delà de ces points, il n'y a pas des critères univoques pour la reconnaissance d'une objection *secundum legem* (prévue par le législateur) ou *secundum constitutionem* (constitutionnellement nécessaire). A côté des facteurs subjectifs concernant l'individualité de la conscience et le niveau de

⁵¹ Commentaire en ligne sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013353QPCccc_353qpc.pdf.

⁵² Contre cette lecture LUTTON Philippe, « Liberté de conscience des élus locaux : jurisprudence constitutionnelle c/ jurisprudence européenne ? », in *Constitutions*, n° 4, 2013, p. 564, où l'A., en retenant une conception d'objection fondée sur son contenu et sur la valeur de l'intérêt poursuivi par l'objecteur (voir *supra*), souligne que « il semble peu plausible de soutenir qu'une conception traditionnelle du mariage appuyée sur une conception tout aussi traditionnelle de la nature humaine ne mérite pas le respect dans une société démocratique ou soit incompatible avec la dignité de la personne ». Il soutient donc que, étant donné que la conviction à la base de l'objection est digne de respect dans une société démocratique, l'admissibilité de l'objection au mariage devrait être évaluée à la lumière de la mise en balance entre l'intérêt général à « la lutte contre l'homophobie et la liberté de pensée, de conscience et de religion », avec l'ordinaire contrôle de la proportionnalité de l'ingérence sur cette dernière.

⁵³ Comme la Cour de Strasbourg a précisé dans *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, il faut que les convictions à la base de l'objection « méritent respect dans une "société démocratique" » et ne soient pas « incompatibles avec la dignité de la personne » (par. 36) ; voir dans la doctrine italienne PARIS Davide, *L'obiezione di coscienza*, cit.

force contraignante de son impératif moral, il y a quand-même des facteurs objectifs qui entrent en jeu dans l'évaluation de l'admissibilité d'une objection de conscience. Parmi ceux-ci il y a justement le niveau d'engagement demandée par la conduite imposée par la loi, argument crucial dans l'objection de conscience ici considérée.

C'est en effet l'absence de tout appointe personnel à l'acte prévu par la loi qui, dans le cas de la célébration d'un mariage civil, ne justifie pas l'exercice d'une objection de conscience : « Une chose est que les actions prescrites par la loi [...] violent directement les impératifs de la conscience, [...] une autre est que les actions prescrites rendent possible à autrui la violation »⁵⁴. La conduite imposée aux officiers publics par les législations sur le mariage appartient sans doute à cette deuxième catégorie, en ce que la violation de l'impératif de la conscience – le mariage homosexuel, en violation du modèle hétérosexuel défendu – est accomplie par le couple qui veut se marier, le célébrant devant se limiter à registrer la volonté manifestée par les deux personnes parvenues devant lui pour exercer un droit leur conféré par la loi.

Pour répondre à la première des deux questions posées – s'il y a une exigence constitutionnelle en faveur du droit d'objection pour « accommoder » la liberté de conscience dans l'actuation des lois ouvrant au mariage homosexuel –, nous retenons que la réponse doit être négative. La position qui ressort de la décision examinée de la jurisprudence constitutionnelle française est en effet confortée par les choix de la plus part des pays permettant le mariage homosexuel. Si dans quelques pays la clause de conscience a été prévue par le législateur, ce choix, à notre connaissance, semble être minoritaire, à démonstration du fait qu'il ne pas ressenti comme nécessaire. De plus, là où le conflit entre la liberté de conscience des officiers publics et le droit d'accès au mariage des couples est arrivé devant une juridiction, les juges, sauf quelques exceptions sporadiques⁵⁵, ont exclu que le droit d'objection des célébrants relève d'une exigence constitutionnelle, en affirmant soit qu'il appartient au législateur de l'introduire⁵⁶, soit qu'il n'est pas admissible car contraire aux principes d'égalité et non discrimination⁵⁷.

S'agit-il donc d'une objection, bien que non constitutionnellement nécessaire, constitutionnellement admissible, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire des législateurs ?

B. « Je vous déclare pas femme et femme »⁵⁸ : une objection inadmissible

Nous avons soutenu que la prévision d'une clause de conscience en faveur des officiers publics qui refusent de célébrer un mariage ou une union civile entre deux personnes du même sexe n'est pas « constitutionnellement nécessaire » à garantie de la liberté de conscience des officiers publics engagés. Mais nous retenons qu'elle n'est même pas constitutionnellement admissible, parce que

⁵⁴ GALEOTTI Anna Elisabetta, « Tolleranza, neutralità e obiezione di coscienza », in *Pluralismo e religione civile. Una prospettiva storica e filosofica*, PAGANINI Gianni et TORTAROLO Edoardo (dir.), Milano, Mondadori, 2004, p. 237 sqq.

⁵⁵ Il s'agit par ex. de la décision de la CGB néerlandaise n° 2002-26, cité *supra*.

⁵⁶ Cons. const fr. n° 2013-353 QPC ; CEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, IV sez., n° 48420/10, 15 janvier 2013.

⁵⁷ *Ladele v. London Borough of Islington*, Cour d'appel d'Angleterre et Galles, sect. civ. n° 1357, 15 décembre 2009 ; Cour d'appel de Saskatchewan, 3 SKCA 2011, 10 janvier 2011.

⁵⁸ « Au nom de la loi, je vous déclare mari et mari » intitulait un article de Le Monde au lendemain de l'approbation de loi française ouvrant le mariage aux couples du même sexe (G. DUPONT, LeMonde, version en ligne, 22 mai 2013 http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/05/22/au-nom-de-la-loi-je-vous-declare-mari-et-mari_3415274_3224.html). *I will not pronounce you husband and husband* est le titre d'un article concernant l'objection des célébrants (COLLINS Allison L., « I will not pronounce you husband and husband », in *Alabama Law Review* n° 61-4, p. 847). Ici, veuillez nous permettre d'emprunter telles formules, pour une fois déclinées au féminin.

non conforme aux principes constitutionnels reconnus dans un Etat démocratique, et notamment aux principes d'égalité et non discrimination et au respect des règles démocratiques.

On reprend donc ici le discours sur les critères « en négatif » pour la reconnaissance d'une objection constitutionnellement admissible. Nous avons dit que l'admissibilité de l'objection doit être évaluée dans la mise en balance entre la liberté de conscience de l'objecteur et l'intérêt général poursuivi par la loi, en refusant les théories basées sur le contenu de l'objection⁵⁹. Néanmoins, le système juridique ne peut même pas être tout à fait indifférent aux motifs de l'objection : même s'il ne doit pas juger l'importance de la valeur protégée par la conscience de l'objecteur, il peut - *melius* il doit - contrôler qu'il s'agit d'une valeur compatible avec l'ordre démocratique, car on ne peut pas admettre une objection à la loi fondée sur des valeurs contraires aux principes fondamentaux, ni une objection directe à empêcher, de façon antidémocratique, l'application d'une loi légitimement adoptée dont on conteste le contenu⁶⁰.

En ce qui concerne le premier point, l'objection à la célébration d'un mariage homosexuel serait contraire au principe d'égalité et non discrimination, dans la mesure où elle porterait atteinte au droit d'accès au mariage d'une catégorie en raison de l'orientation sexuelle.

C'est intenable l'argument selon lequel l'atteinte ne serait pas portée tant que le couple peut accéder à l'union souhaitée auprès d'un autre officier : comme peut-on justifier devant le principe d'égalité la traitement différencié entre couples à l'égard desquelles aucune objection peut être exercée et couples (homosexuels) qui peuvent subir l'objection et être retournés vers un autre officier, sans les faire apparaître couples de première classe et de deuxième classe⁶¹ ?

Vice-versa, l'ouverture à un droit d'objection généralisé, qui permette le refus de célébrer tout mariage contraire à la conception d'« union affective et familiale » retenue par l'officier public au nom de convictions religieuses ou morales, pourrait amener à des conséquences paradoxales, qui démontrent *ab absurdo* l'inadmissibilité de l'objection. Pensez à l'objection aux mariages autrefois dits « interraciaux » ou aux mariages entre personnes de cultes différents (qui sont en effets interdits selon plusieurs religion et notamment par le droit canonique) ; ou encore, pensez au refus d'unir en mariage civil deux personnes divorcés qui vont ainsi commettre ce qui peut être aux yeux du célébrant une violation du précepte religieux d'interdiction du concubinage...

On dirait qu'il s'agit d'hypothèses absurdes employées en tant que faux prétextes⁶², mais elles montrent effectivement à quoi peut conduire la reconnaissance de l'objection à la célébration d'un

⁵⁹ Voir *supra*, p. 5, spéc. note n° 21.

⁶⁰ RODOTÀ Stefano, « Obiezione di coscienza », cit. ; AINIS Michele, « Dall'obiezione di coscienza all'obiezione di massa », in *Quad. cost.*, 2009, p. 903 sqq.

⁶¹ Comme a été souligné : « By creating one exemption specifically for same-sex relationships [...] the state would undermine its commitment to equality by implicitly suggesting that individuals might *rightly* object to this kind of union, but no other, on religious grounds. Such a message reinforces rather than reduces stigma and second-class citizenship » : STRASSER Mark, « On Same-Sex Marriage and Matters of Conscience », in *Wm. & Mary J. Women & L.*, n° 17, 2010, 1. Du même avis la Cour d'appel de Saskatchewan qui, dans la décision citée *supra*, note 30, a souligné que « It is not difficult for most people to imagine the personal hurt involved in a situation where an individual is told by a governmental officer "I won't help you because you are black (or Asian or First Nations) but someone else will" or "I won't help you because you are Jewish (or Muslim or Buddhist) but someone else will." Being told "I won't help you because you are gay/lesbian but someone else will" is no different » (par. 41). On retient pas convaincant les contre-arguments avancés par quelqu'un selon lesquels, d'un côté, la discrimination serait évitée en organisant l'accommodement de façon qu'il soit invisible au public et, de l'autre, une discrimination serait en revanche exercée envers l'officier public si on lui dit que sa conviction n'est pas digne de respect par le système juridique (WILSON Robin Fretwell, « The Calculus of Accommodation: Contraception, Abortion, Same-Sex Marriage, and other Clashes Between Religion and the State », in *Boston College Law Rev.*, n° 52, 2012, p. 1417, sur ce point p. 1505 sq.) : quant au premier point, une discrimination demeure telle même si elle invisible, du moment où l'Etat l'autorise et, quant au deuxième, le non aval par l'Etat d'une conviction discriminatoire ne peut pas être considérée une discrimination.

⁶² Pas en effet tellement absurde d'après certaines épisodes reportés : en Louisiane, en 2009, un juge de paix a refusé d'unir en mariage deux personnes en raison de leur race (*Newscast: Louisiana justice of the peace refuses to apologize*

mariage civil pour raisons de conscience. Le droit au mariage, reconnu en tant que droit de l'homme bien que remis aux modalités prévues dans chaque Etat pour son exercice, impose qu'en présence des conditions demandées par la loi pour l'accès au mariage (ou à l'union civile alternative), les aspirants époux – et eux seulement – soient les juges de leur union. La même liberté d'accès au mariage doit par conséquent être accordée, dans les mêmes conditions, à tous les couples ayant le droit d'accéder au mariage au sens de la loi.

En ce qui concerne le deuxième limite à la reconnaissance d'une objection *secundum legem*, il s'agit ici d'éviter les abus de l'objection de conscience. Dans un Etat démocratique on ne peut pas permettre que, sous couvert de protéger la liberté de conscience, une minorité contraire à l'approbation d'une loi légitimement adoptée puisse en empêcher la régulière application à travers l'exercice (et la propagande) d'un droit à l'objection, qui se traduirait ainsi en un boycottage⁶³.

Lorsqu'on considère cet aspect, l'admissibilité des instances d'objection doit être effectuée aussi à la lumière du contexte sociopolitique dans lequel elle sont avancées. Ainsi, force est de constater que, en France comme en Italie (dans un débat qu'en réalité prévient même l'adoption de tout type d'union homosexuelle, qui est toujours absente dans le système juridique italien) et ailleurs, la revendication du droit à l'objection est issue d'un mouvement social, politique et religieux de contestation de la loi, qui a essayé d'abord d'en empêcher l'adoption et, ensuite, d'en empêcher par tous les moyens l'application, au nom de la défense d'une idée de société qui devait être sauvegardée.

La Congrégation pour la doctrine de la foi (l'organe de la curie romaine compétent à vérifier et diffuser les enseignements catholiques et à comminer les sanctions disciplinaires, y comprise l'excommunication) avait diffusé un document au sujet des unions homosexuelles, adressé aux politiciens et à tous les catholiques, qui affirmait : « Lorsqu'on est confronté à la reconnaissance juridique des unions homosexuelles ... on doit s'y opposer de manière claire et incisive. Il faut s'abstenir de toute forme de coopération formelle à la promulgation ou à l'application de lois si gravement injustes, et autant que possible ne pas coopérer matériellement à leur application. En la matière, chacun peut revendiquer le droit à l'objection de conscience »⁶⁴.

Dans le document, l'objection est proposée comme arme ultime après l'emploi de tous les moyens possibles (dont la mise en place est demandée aux politiciens et citoyens catholiques) pour empêcher l'entrée en vigueur d'une loi ouvrant à telles unions.

Cette objection ne saurait être considérée alors comme l'instrument pour protéger la conscience de l'individu contre l'engagement dans une activité contraire à sa foi, mais plutôt comme l'énième tentative de s'opposer à un choix politique comportant la reconnaissance de droits à autrui et qu'on ne partage pas.

for not marrying interracial couple, Sunday Today, 18 Octobre 2009, cité par STRASSER MARK, « On Same-Sex Marriage and Matters of Conscience », cit.) ; en Polynésie française, un maire a refusé de célébrer le mariage d'un homme et d'une transsexuelle dont l'état civil avait été modifié, en invoquant une objection de conscience pour convictions religieuses (le fait est reporté par LUTTON Philippe, « Liberté de conscience des élus locaux », cit., qui explique que la cour d'appel de Papeete a confirmé la condamnation du maire).

⁶³ Voir dans ce sens la décision de la Cour EDH sur la recevabilité dans l'affaire *Pichon et Sajous c. France*, 2 octobre 2001, où la Cour considère que le refus de vendre contraceptifs ne tombe pas sous la protection de l'art. 9 : « dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle ».

⁶⁴ « Considérations à propos des projets de reconnaissance juridique des unions entre personnes homosexuelles », signé le 3 juin 2003 par J. Ratzinger (à l'époque préfet) et l'archevêque Amato, sous approbation de Jean-Paul II, en ligne sur http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_fr.html.

Ces facteurs ne peuvent pas être négligés, par le législateur et par le juge appelé à juger de l'éventuelle violation de la liberté de conscience d'un officier public objecteur, lorsqu'ils doivent évaluer l'admissibilité de l'objection. Ceux qui invoquent l'objection de conscience aux mariages et aux unions homosexuels le font au nom de convictions qui présupposent l'indignité de telles unions, bien qu'elles aient été réputées dignes de reconnaissance aux yeux de la loi.

Dans ce contexte, permettre l'objection irait contre la même *ratio* d'une loi ouvrant le mariage ou l'union civile aux couples homosexuels, qui répond à l'exigence de leur reconnaître le droit à une vie familiale dans des conditions d'égalité par rapport aux couples qui peuvent accéder au même institut juridique ; ces lois, en donnant une reconnaissance juridique aux couples homosexuels, ont le but de promouvoir la non discrimination de ceux-ci en proclamant la reconnaissance par l'ordre juridique de leur « égale dignité » par rapport aux couples hétérosexuels, malgré les quelques différences qui puissent être prévues et qui ne sont *jamais* justifiées sur la base d'une dignité inférieure des couples homosexuels.

Ce point est bien expliqué par la Cour d'appel de Saskatchewan, dans sa décision sur la constitutionnalité des amendements introduisant l'objection de conscience des commissaires de mariage, lorsqu'elle affirme que « mettre gays et lesbiennes dans une situation où un commissaire de mariage peut refuser d'accomplir son service seulement en raison de leur orientation sexuelle serait clairement un pas en arrière – un pas qui perpétuerait une situation de désavantage et impliquerait des stéréotypes sur la dignité des unions homosexuelles »⁶⁵. La Cour, en déclarant l'inconstitutionnalité des clauses de conscience pour violation disproportionnée du droit des homosexuels à ne pas être discriminés en raison de leur orientation sexuelle, souligne que, bien que le traitement discriminatoire ne soit pas le but de l'objection, il serait quand-même son effet, parce que, dans les faits, lorsqu'ils s'adressent à un officier objecteur, « gays et lesbiens seraient traités différemment des autres personnes souhaitant se marier [et] ce traitement différent [...] découlerait directement de leur orientation sexuelle »⁶⁶.

Considérations similaires ont été développées par la Cour d'appel d'Angleterre et Galles, lorsque la Cour a affirmé que les convictions religieuses de M.me Ladele ne pouvaient pas prévaloir sur le « but louable » de la collectivité territoriale auprès de laquelle elle était en service d'« assurer à la communauté homosexuelle un égal respect qu'à la communauté hétérosexuelle »⁶⁷.

Comme ont relevé ces juridictions en se prononçant sur l'admissibilité de l'objection, un Etat démocratique ne peut pas admettre une objection fondée sur une conviction postulant la négation à une catégorie déterminée d'un droit fondamental qui lui est reconnu par l'Etat lui-même.

Ces deux arguments, ici brièvement développés, montrent que, s'agissant de l'objection des officiers publics à la célébration des mariages et des unions civiles entre deux personnes du même sexe, nous ne sommes pas face à une hypothèse où le législateur devrait protéger la conscience contre les violations que lui impose la loi, mais, en revanche, nous nous confrontons à un cas où il est d'autant plus essentiel de protéger la loi par les consciences qui la contestent, que la capacité de la loi d'attendre son but de promotion de l'égalité dépend de l'interdiction de toute dérogation.

La liberté de conscience doit être accommodée, dans un Etat pluraliste, dans la mesure du possible. Mais il y a justement des hypothèses qui sortent de la mesure du possible, et c'est quand le respect des principes fondamentaux d'un Etat démocratique est en jeu.

⁶⁵ Cour d'appel de Saskatchewan, 3 SKCA 2011, 10 janvier 2011, citée *supra*, par. 45.

⁶⁶ *Ibidem*, par. 39.

⁶⁷ *Ladele v. London Borough of Islington*, cit. *supra*, par. 52 et 55.