

L'objection de conscience au mariage homosexuel entre sécularisation et règles religieuses

Daniele Ferrari*

Résumé

L'objection de conscience au mariage homosexuel exprime une forme de réaffirmation du primat des règles religieuses sur la sexualité par rapport aux normes séculières. En ce sens, nous introduirons une brève réflexion sur le rôle que, dans l'histoire des systèmes politiques, le mariage canonique a eu dans la définition des rôles sexuels, prescrivant, en fonction du mariage, les règles pour leur union. A l'issue de cette reconstruction, nous essaierons de clarifier la manière dont l'objection de conscience au mariage homosexuel représente un moyen de réaffirmer la primauté du droit religieux sur le droit séculier dans le domaine de la sexualité.

Mots-clés: Mariage homosexuel; Sécularisation; Objection de conscience

A objeção de consciência ao casamento homossexual: entre secularização e regras religiosas

Resumo

A objeção de consciência ao casamento homossexual exprime uma forma de reafirmação do primado das regras religiosas sobre a sexualidade em relação às normas seculares. Neste sentido, nós apresentaremos uma breve reflexão sobre o papel que o casamento

* Daniele Ferrari est chercheur en Etudes constitutionnelles italiennes, européennes et transnationales auprès de l'Université de Gênes, Département de Jurisprudence et post doctorant rattaché au GSRL, CNRS, Paris. Il a rédigé sa thèse sous la direction de Pasquale Costanzo, sur la protection de la liberté de conscience dans une perspective historique et juridique. Il est auteur d'essais et de monographies portant, également dans une perspective comparée et européennes, sur les thèmes suivants: condition juridique des minorités sexuelles; liberté de conscience et de religion ; *status* juridique et sécularisation; genre et orientation sexuelle; laïcité; liberté de religion et démocratie; athéisme; codes vestimentaires et symboles religieux; religions et formes d'Etat; nourriture et religion; religion et territoire ; spécialité religieuse ; groupes confessionnels et groupes philosophiques ; droit pénal et blasphème ; droit comparé des religions ; liberté d'éducation et d'enseignement ; droit colonial et religions.

canônico desempenhou – dentro da história dos sistemas políticos – na definição dos papéis sexuais, prescrevendo, em função do casamento, as regras para a sua união. Ao final desta reconstrução, nós tentaremos esclarecer a maneira como a objeção de consciência ao casamento homossexual representa um meio de reafirmar o primado do direito religioso sobre o direito secular no domínio da sexualidade.

Palavras-chave: Casamento homossexual; Secularização; Objeção de consciência.

Conscientious objection to same-sex marriage: between secularization and religious rules

Abstract

Claiming the right to conscientious objection to same-sex marriage means to reaffirm the primacy of ruling on sexuality on the basis of religious norms instead of on the basis of secular norms. After a short introduction on the history of canonical marriage as defining gender construction, this article will focus on conscientious objection to same-sex marriage as providing an effective and supportive way to strongly reassert the primacy of religious law over secular law in the field of sexuality.

Keywords: Same-sex marriage; Secularization; Conscientious objection

A l'occasion des réformes législatives concernant les unions de même sexe en Europe, la question de l'objection de conscience s'est posée pour contrer ces nouveaux droits. Il s'agit alors de faire valoir une croyance religieuse ou éthique pour s'abstenir de mettre en œuvre un droit civil. D'un point de vue juridique, quels sont les enjeux d'une telle revendication et en quoi illustre-t-elle les tensions du processus de sécularisation ? Avant d'examiner cette question à partir du cas français, nous rappellerons la longue convergence entre normes religieuses et normes séculières à propos de la sodomie puis de l'homosexualité, notion qui s'impose au XIX^e.

1. La sexualité entre normes religieuses et normes séculières : une introduction historique

La prise en compte de l'orientation sexuelle par le droit s'inscrit dans l'ensemble des règles qui ordonnent la sexualité afin de prescrire les rôles sexuels. (FOUCAULT, 2014, p. 80-81). L'histoire de cette régulation depuis les débuts du christianisme peut se résumer en trois étapes.

La première a coïncidé avec la répression des relations sexuelles entre hommes (ALPA, 1993, p. 20), souvent qualifiées “contre nature”¹ par rapport à des modèles fondés sur la distinction entre rôle sexuel masculin et rôle sexuel féminin.

1 La première référence à des pratiques homérotiques comme « contre nature » on la trouve dans la culture païenne : Gaius Musonius Rufus, stoïcien au premier siècle après J.C. qualifia ces pratiques comme une « attaque contre la nature », <http://www.epitteto.com/files/MUSONIO%20RUFO.pdf>.

La deuxième avec la Révolution française, a conduit à un manque de pertinence juridique des relations sexuelles entre hommes.

La troisième, à la fin du XX^e siècle, prend en compte la liberté d'orientation sexuelle comme facteur de développement de la personnalité. La liberté d'orientation sexuelle est garantie par certains Etats à travers la reconnaissance des relations homosexuelles dans lesquelles se réalisent les liens affectifs (CAMARDI, 2015, p. 1).

A chacune de ces étapes historiques correspond une relation différente entre les règles juridiques et les règles religieuses : la phase répressive coïncide avec une identification entre le christianisme et certains systèmes politiques (BÖCKENFÖRDE, 2007, p. 36) qui débute avec l'Edit de Thessalonique, émanant de l'Empereur Théodose en 380 après J.C. (LAGARDE, 1973, p. 14); la phase de l'inapplicabilité normative est liée au brusque processus de sécularisation induit par la Révolution française en 1789; la phase de la liberté d'orientation sexuelle exprime enfin l'affirmation progressive du principe de non-discrimination des homosexuels, énoncé, après la Seconde Guerre mondiale, dans les chartes internationales, européennes et nationales.

Dans la Rome antique, la sanction des pratiques homoérotiques se stabilisa à partir de la première moitié du III^e siècle après J.C.² (CANTARELLA, 1995, p. 224). Ensuite, avec l'imposition du christianisme comme religion civile, la répression de ces pratiques s'inscrit dans le droit de Théodose et, ensuite, dans la codification Justinienne (MIELI, 1977, p. 75). Toutefois, si le châtement du bûcher infligé dès 390 après J.C. par Théodose visait le rôle sexuel passif, Justinien, dans le *Corpus iuris civilis* et dans deux successives *Novellae*, en mettant les pouvoirs publics au service de la morale chrétienne, punit de peine de mort tous les sujets coupables d'avoir commis des actes homoérotiques. Selon la nouvelle morale sexuelle chrétienne, la sanction des pratiques en question, au lieu de viser le rôle passif, vise le caractère non reproductif de l'acte et ce à travers l'apparition progressive d'une nouvelle condition sociale : la sodomie (JORDAN, 1997, p. 80). La disqualification des pratiques homoérotiques est le résultat d'une régulation progressive de la sexualité qui trouve dans l'institution du mariage le paradigme de la définition des rôles sexuels masculins et féminins et de la distinction entre licite et illicite. Le droit canonique (D'AVACK, 1953, p. 682 ; D'AVACK, 1980, p. 92) et le droit séculier (DALLA, 1987, p. 44), instituant la distinction des sexes, prescrivent les règles pour leur rapport. La légalité ou illégalité d'un comportement sexuel dépend de sa reconduction ou non aux lois du mariage (FOUCAULT, 2011, p. 42).

² La référence est à la législation des empereurs Constance II et Constant Ier, interdisant le rôle sexuel passif, en le punissant avec la castration.

De Justinien jusqu'à la Révolution française, malgré les différences, la loi réprime les actes et les pratiques homoérotiques par la condamnation au bûcher ou à la pendaison par les organes génitaux, par exemple, et ce au nom de la défense de la morale sexuelle établie par la doctrine chrétienne. En effet, si, en général, la phase suivant la chute de l'Empire romain d'Occident, caractérisée par l'avènement des royaumes romano-barbares, coïncide avec un vide documentaire en ce qui concerne l'application du droit romain aux comportements homosexuels, dès 650 après JC le *Liber judiciorum* promulgué par les wisigoths en Espagne condamne à la castration et à l'exil tous les "masculorum concubitores". A partir du milieu du XIII^e siècle, dans le sillage de la réforme grégorienne, se réaffirme en Europe la sanction de l'homosexualité, qui ensuite trouvera dans la codification justinienne son propre élément de synthèse et de justification. L'Inquisition, du XIII^e au XV^e siècle, a mené une véritable chasse aux sodomites souvent forcés d'avouer sous la torture, puis exécutés. La punition de l'homosexualité n'était pas, cependant, conduite uniquement par les autorités religieuses, mais aussi par les autorités séculières. Les villes italiennes par exemple élaborèrent des lois écrites contre l'homosexualité. La sanction de la sodomie perdure tout au long de l'âge moderne et, en effet, « partout en Europe de la première modernité la loi prescrivait la peine de mort pour sodomie, généralement avec la condamnation au bûcher, bien que les anglais pendirent leurs sodomites et les hollandais renoncèrent au bûcher au milieu du XVII^e siècle, en le remplaçant par le garrot ou la noyade », (ALDRICH, p. 109).

La France abolit le délit de sodomie après la Révolution de 1789 avec l'introduction du *Code pénal* de 1791 (PASTORELLO, 2010, p. CXII ; MERRICK – SIBALIS, 2001, *passim*). Cette décision ne fut pas tout à fait exceptionnelle, exprimant la pensée de certains pères de la Révolution, dont Condorcet qui, déjà en 1777, soutenait la criminalisation du seul comportement homoérotiques violent, retenant tous les autres non contraires « au droit de tout autre être humain », bien que la sodomie méritait la peine de mépris social (DALL'ORTO, 2015, p. 428). Le modèle de dépénalisation de l'homosexualité fut réaffirmé, même après la Révolution, dans le Code pénal de l'époque napoléonienne et par la politique expansionniste de Bonaparte ce modèle se propagea dans tous les territoires annexés à l'Empire français. Dans ces conditions, le code comme moyen de collecte systématique de règles juridiques, propagea les modèles culturels sous-jacents au droit français, y compris la non-pertinence juridique des actes sexuels entre adultes consentants. En Europe, seuls les pays qui ne tombèrent pas sous la domination napoléonienne gardèrent le délit de sodomie, dont l'Angleterre, où la sodomie fut punie jusqu'en 1861 avec la peine de pendaison.

Après les deux guerres mondiales et bère des totalitarismes, le statut des homosexuels ne semble pas faire partie, immédiatement, de cette mise en œuvre complète de la valeur de la personne humaine et de sa liberté qui trouve son manifeste dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (CAPOGRASSI, 1950, p. 16). Ainsi, l'art. 16 prévoit la garantie pour les "hommes et femmes en âge (...) de se marier et de fonder une famille", de même que la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 réserve les droits (fondés sur l'union affective) au mariage à deux personnes de sexe opposé (art. 12) et ceci également dans les constitutions nationales. En ces termes, dans toutes les juridictions européennes, indépendamment des différents modèles de réglementation de la relation avec les religions, le modèle de mariage dérivé de la chrétienté continue à être le fondement de la discipline constitutionnelle et législative des unions affectives (PEZZINI, 2012). Ce modèle, dans le sens traditionnel du terme, identifie la différence de genre comme étant le paramètre déterminant la pertinence juridique des unions. La conception traditionnelle de l'institution du mariage, comme union entre deux personnes de sexe différent, lie, finalement, le droit au mariage à une qualité spécifique des parties privées, exprimée par leur orientation sexuelle.

La référence à un modèle religieux de l'orientation sexuelle, même après les pages noires des totalitarismes, est donc restée dans le droit séculier qui, presque « inconsciemment », a maintenu la catégorie de l'hétérosexualité comme un prototype du comportement humain dans un contexte affectif. Les sciences médicales aussi, en classant l'homosexualité comme une maladie jusqu'en 1992, ont contribué à la légitimité d'une culture juridique qui identifiait dans un tel comportement une valeur négative non comparable à celle de dignité de la personne canonisée dans les chartes.

2. Vers la reconnaissance juridique du couple de même sexe au XX^e siècle

Dès la fin du XX^e siècle, le choix des différents Etats européens de proposer des formules de reconnaissance juridique des couples formés par des personnes du même sexe³ (SARACINO, 2011, p. 1471) a représenté une

³ En ce sens, il y a un paysage réglementaire assez homogène, de la reconnaissance des unions homosexuelles, mais avec différentes formules. Ainsi l'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas, le Portugal, la Suède, le Danemark, la France, le Royaume-Uni, limité à l'Angleterre et au Pays de Galles, l'Irlande et le Luxembourg ont introduit le mariage pour les couples de même sexe. En revanche, en Allemagne, en Autriche, en République tchèque, en Finlande, Hongrie, Islande, Slovénie et Suisse, on enregistre l'union du couple. La Croatie, par contre, ne reconnaît que le concubinage entre personnes homosexuelles, mais ne permet pas l'enregistrement de l'union du couple. Ce dynamisme qui anime un peu tous les Etats européens, dans le sens d'une reconnaissance de l'évolution des relations sociales et familiales, nous ne le trouvons pas dans trois pays : l'Italie, la Grèce et Malte.

évolution importante du critère que les différentes Constitutions nationales répéraient pour donner aux individus le droit de se marier et de fonder une famille (MANETTI, 2010, p. 247 – PEDRAZZA GORLERO-FRANCO, 2010, 247). Cette décision a marqué, dans de nombreux cas, la fin du processus de séparation du mariage civil avec le mariage religieux et a induit, dans certaines églises, la nécessité d'une réflexion sur l'homosexualité dans leurs propres théologies. En particulier, certaines confessions se sont déclarées favorables à la reconnaissance des droits des couples homosexuels. En août 2015, malgré son opposition au projet de loi sur le mariage de même sexe, l'Église protestante unie de France a affirmé la liberté des ministres du culte de bénir les unions homosexuelles⁴. En décembre 2014, dans une interview, l'archevêque de Canterbury Justin Welby a exprimé un avis favorable à une ouverture de l'Église anglicane envers les unions homo-affectives⁵. Au contraire, l'Église catholique, à l'issue du Synode sur la famille voulue par le Pape François, tout en ne condamnant pas explicitement l'homosexualité, a réitéré la nature hétérosexuelle inégalée du mariage comme l'union entre un homme et une femme⁶. Dans la plupart des pays majoritairement musulmans, selon une interprétation classique du Coran, l'homosexualité est qualifiée de fornication et elle est punie, selon le cas, par une amende, la fustigation, la prison ou la lapidation (KUGLE-HUNT, 2012). Il est important de rappeler que, en France, une mosquée inclusive a ouvert à Paris, porteuse d'une interprétation des écritures coraniques rejetant la condamnation de l'homosexualité comme hypothèse traditionnelle de l'Islam⁷ (FEDELE, 2015).

À l'instar des autorités religieuses, des fidèles catholiques ont exprimé des positions très différentes sur le mariage homosexuel (ROCHEFORT, 2014). Les opposants ont fondé en France des associations pour la défense de la famille, ont promu des manifestations, ont invoqué la protection des tribunaux ou ont refusé, s'ils étaient fonctionnaires, de célébrer le mariage entre personnes du même sexe, affirmant leur droit à l'objection de conscience. Une grande mobilisation de la part des catholiques a eu lieu également en Italie contre l'adoption du projet de loi sur les unions civiles et quelques parlementaires ont revendiqué leur droit à la liberté de conscience dans les choix de vote (FERRARI, 2016).

⁴ Cfr. Décision du Synode national 2015, in <https://www.eglise-protestante-unie.fr/fiche/decision-du-synode-national-2015-a-sete-7601>.

⁵ La nouvelle a été rapportée par le journal *Corriere della Sera*, le 21 Décembre 2014.

⁶ V. p. 76, *Situazioni complesse*, Cap. III, *Famiglia ed accompagnamento pastorale*, *Synod15 - Relazione Finale del Sinodo dei Vescovi al Santo Padre Francesco* (24 ottobre 2015), 24.10.2015, in <https://press.vatican.va/content/salastampa/pt/bollettino/pubblico/2015/10/24/0816/01825.html>.

⁷ Sur ce point cf. Le site internet (<http://www.homosexuels-musulmans.org>) de l'Association Homosexuels Musulmans de France.

Le mariage en tant que sacrement de la religion catholique a amené les fidèles les plus conservateurs à faire appel à la liberté d'expression religieuse et de conscience pour réaffirmer ainsi le monopole du droit religieux, par rapport aux droits laïques, sur les liens affectifs. Ce conflit devient pertinent pour l'État, lorsque des fonctionnaires refusent de marier des couples de même sexe ou de prendre des décisions qui les concernent, parce que ces unions sont contraires à leurs convictions. Par rapport à cette éventualité, l'objection de conscience au mariage homosexuel a été prévue par le législateur au Royaume-Uni, mais seulement pour les ministres du culte anglican⁸. Par contre, en Grande Bretagne⁹, en Espagne¹⁰ et en France, une telle dérogation ne figure pas dans les lois sur le mariage et les tribunaux n'ont pas reconnu, en quelque mesure, le droit à l'objection de conscience des individus exerçant des fonctions publiques.

Cette revendication a fait émerger de nouvelles interrogations par rapport aux modèles d'objection de conscience. En effet, reconnaître aux fonctionnaires le droit de ne pas célébrer les unions entre les personnes du même sexe voudrait dire d'une part, en protéger la liberté religieuse ou de conviction, mais d'autre part garantir des comportements discriminatoires contre les homosexuels, auxquels le droit au mariage ne serait pas protégé dans tous les cas de figure.

Historiquement, l'objection de conscience se définit au regard du service militaire. Le droit au refus de l'utilisation des armes parce qu'en conflit avec les convictions personnelles est, en effet, théorisé, jusqu'au III^e siècle après J.C., par l'Église chrétienne qui interdit aux personnes baptisées de combattre pour l'armée. Cette liberté sera reconnue en droit seulement à partir de la deuxième moitié du XXI^e siècle, quand sera diffusée en Europe la prévision de l'objection de conscience au sein des différentes législations nationales en matière de service obligatoire. Le droit à l'objection de conscience reconnaît aux motivations éthiques et axiologiques une valeur particulière. En effet, dans les cas établis par la loi, le choix du sujet d'obéir aux préceptes de sa propre conscience est protégé, en violation d'une prescription juridique. Les règles de la conscience prévalent donc parfois sur les règles juridiques, dans un contexte plus général de promotion de l'autonomie individuelle. Toutefois, aucun système juridique ne peut reconnaître de dérogation aux convictions

⁸ Cfr. s. 2. *Marriage according to religious rites: no compulsion to solemnize, Bill stages — Marriage (Same Sex Couples) Act 2013.*

⁹ Cf., sur la non-reconnaissance du droit du juge à s'abstenir pour des raisons de conscience de jugements concernant le placement d'enfants dans les couples de même sexe, *McClintock v. Department of Constitutional Affairs*, 2007, UKEAT/0223/07/3110.

¹⁰ Cfr., à l'égard de l'objection du juge à la célébration des mariages homosexuels, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, dec., 11.05.2009, n. 3059.

personnelles par rapport à tous les devoirs imposés, puisque ceci mettrait en péril sa propre existence. Il est donc inévitable que par rapport aux cas infinis de conflit entre droit et conscience, de nombreuses situations restent *contra legem*, alors que les hypothèses reconnues par le droit ou *secundum legem* sont plus limitées. Ainsi, la notion de « droit à l'objection de conscience » s'est définie uniquement dans des domaines (service militaire, avortement, expérimentation sur les animaux) à fort contenu éthique, selon des *status* personnels spécifiques (citoyen masculin pour le service militaire, médecins et pharmaciens pour l'avortement, scientifiques pour les expériences sur les animaux) (FERRARI, 2015).

Si, toutefois, les nouveaux cas d'objection au mariage sont, en général, non protégés par la loi et donc punis, il faut se demander s'il est admissible – dans le cadre de la recherche d'un possible équilibre entre liberté de conscience et liberté d'orientation sexuelle – de reconnaître des convictions discriminatoires envers les personnes homosexuelles au sein d'États démocratiques et constitutionnels fondés sur la valeur de la personne humaine.

3. Les devoirs du maire en France entre liberté de conscience et laïcité : ce mariage a-t-il lieu d'être ?

En France, même après la Loi de séparation de l'État et des Églises de 1905 et après la proclamation constitutionnelle du principe de laïcité dans la Constitution de 1946 (confirmée dans la Charte gaulliste de 1958¹¹) (BAUBÉROT, 2000, p. 128 ; CAPÉLAN, 1957, *passim*), les principes de la tradition catholique sont restés à la base de quelques institutions juridiques. Parmi ceux-ci le mariage civil, instauré en 1792, a maintenu, en partie, les contenus des règles religieuses originales vis à vis des unions de même sexe. Le droit familial, en effet, jusqu'à l'intervention de la loi de 2013, a conditionné l'octroi du droit au mariage à la différence de genre entre les partenaires, en continuité avec la finalité procréatrice que le droit canonique attribue aux couples. Dans ces conditions, la loi française a achevé récemment, le processus de sécularisation de la famille, commencé avec la Révolution

C'est en 2013 que la législation française, avec la réforme du Code civil, a éliminé l'exigence de mixité en tant que critère requis pour contracter

¹¹ Dans la Constitution de 1946, le principe de laïcité est tout d'abord proclamé à l'article 1, qui qualifie la République comme laïque. La Constitution du 4 Octobre 1958, rappelle, également, directement la laïcité dans l'article 2, dans lequel s'exprime une ultérieure configuration de ce principe, qui n'est plus seulement un postulat idéologique, destiné à marquer les distances entre l'État et l'Église, mais est rempli avec un contenu de neutralité, de respect et de non-discrimination à l'égard des sentiments personnels de tous les citoyens.

le mariage, permettant ainsi à tous les couples de se marier¹². L'entrée en vigueur de la loi, qui, déjà lors du débat parlementaire, avait vu une importante mobilisation des catholiques opposés à une telle réforme (PORTIER – BERAUD, 2015, *passim*), a imposé un débat spécifique sur les nouveaux effets descendants du principe de laïcité et, en particulier, sur la neutralité des services publics par rapport aux convictions personnelles¹³ (JEAN PIERRE, 1999, p. 180). La loi exige, en effet, sous la responsabilité des maires (et dans le cas de délégation de maires adjoints et conseillers municipaux) le nouveau devoir de célébrer le mariage entre couples de même sexe¹⁴, sans aucune exemption dans les cas où une telle célébration est en conflit avec la conscience de l'agent public. En outre, cette lacune n'est pas aléatoire. En effet, l'hostilité à fournir des protections spécifiques pour les maires objecteurs a été affirmée lors de la discussion du projet de loi avec l'absence d'approbation des amendements à cet égard¹⁵. Dans ce cas, est-il possible de protéger la liberté morale du maire objecteur, ou la neutralité de la fonction publique doit-elle prévaloir?

Une première réponse semble avoir été donnée par le Ministère de l'Intérieur¹⁶ dans une circulaire de 2013. Dans cette circulaire, le Ministre clarifie, en effet, que, au-delà des cas prévus par la loi, l'officier d'Etat civil ne peut refuser de célébrer un mariage et si cela arrive, l'officier public viole, en plus de la liberté fondamentale de se marier, également les obligations sous-tendant à l'exercice de ses fonctions, s'exposant au risque de sanctions pénales.

Dans ces conditions, même s'il ne fait pas une référence précise à l'objection de conscience au mariage homosexuel, le Ministère nie, implicitement, dans cette circulaire, une telle possibilité, ce type d'objecteur n'étant pas prévu au niveau juridique. En effet, au sens large, le statut de maire, au vu de l'exercice des fonctions d'officier d'état civil, doit être ramené en premier lieu, à la loi n° 83-634¹⁷. Cette législation, qui vaut pour les fonctionnaires, fait descendre, depuis l'application du principe constitutionnel de laïcité jusqu'à

¹² LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

¹³ En particulier, dans la Charte de la laïcité dans les services publics de 2007, on précise, en ce qui concerne le statut des fonctionnaires, que : "Le fait pour un agent public de manifester ses convictions religieuses dans l'exercice de ses fonctions constitue un manquement à ses obligations".

¹⁴ V. Art. L. 2122-32 du code général des collectivités territoriales (CGT).

¹⁵ En 2013, deux modifications ont été apportées pour introduire le droit à l'objection de conscience dans la loi 404: Jean-Louis Masson présenta au *Bureau du Sénat la proposition n. 613* le 27 mai 2013; Philippe Gosselin, avec cinquante autres parlementaires, présenta au *Bureau de l'Assemblée nationale* sa proposition le 10 octobre 2013.

¹⁶ V. Ministère de l'intérieur, circulaire, 17.06.2013, n. INTK1300195C.

¹⁷ V. Loi n. 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

l'organisation des ministères et des autorités locales, la protection de la liberté de conscience des fonctionnaires, mais seulement en référence à la garantie de ne pas subir de discrimination en raison des convictions personnelles¹⁸. La protection de la liberté morale des fonctionnaires ne peut pas, en effet, entraîner un comportement susceptible de porter atteinte à la neutralité des services publics. Les diverses croyances religieuses ou philosophiques personnelles ne peuvent pas affecter l'exercice des activités auquel le sujet est tenu, en vertu de son service. Si, donc, comme soutenu par Jean Baubérot, les éléments fondamentaux de la laïcité sont le principe d'égalité et de liberté de conscience, dont la garantie est rendue possible par la séparation de la politique et de la religion et de la neutralité de l'État (BAUBÉROT, MILOT, 2011, p. 76), l'équilibre entre conscience et devoirs publics ne semble pas être résolu dans le refus du maire de célébrer le mariage, au-delà des cas expressément prévus par la loi¹⁹.

La réaction des maires ne s'est pas fait attendre. Ceux-ci, en effet ont eu recours au Conseil d'Etat pour l'annulation de la circulaire du ministère de l'Intérieur. A la demande des requérants, les juges du Palais Royal ont soulevé une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil Constitutionnel. La question soulevée interroge le Conseil sur la constitutionnalité des articles. 34-1, 74 et 165 du Code civil et L. 2122-18 du code général des collectivités territoriales concernant la partie où de telles dispositions, ne contenant pas d'exemption pour des raisons de conscience à l'égard de l'obligation de célébrer le mariage entre homosexuels, affectent le droit constitutionnel à la liberté morale, garanti par l'article 10 de la Déclaration de 1789 et 5 de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946. En ces termes, le juge constitutionnel, évaluant la légitimité des dispositions prises, a également précisé que, la liberté de conscience peut justifier une réaffirmation des valeurs traditionnelles concernant la famille, si le fonctionnaire refuse d'appliquer la loi, l'estimant contraire à ses propres croyances religieuses. Si la réponse est positive, l'objection de conscience supposerait une signification particulière, représentant non seulement la protection de la liberté morale du maire, mais aussi une occasion de réaffirmer la primauté des règles religieuses sur les règles civiles.

Le Conseil, toutefois, a refusé de reconnaître une clause de conscience pour les maires. L'absence de prévision de l'objection de conscience serait dans l'intention du législateur d'assurer l'application de la loi et le bon

¹⁸ V. art. 6 Loi n. 83-634.

¹⁹ Cette interprétation a été approuvée, en deuxième ronde successive, également par le ministère de la Justice, qui a qualifié le devoir de célébrer l'union comme une limite à la liberté morale des représentants au niveau local.

fonctionnement et la neutralité de la fonction publique, et ne consisterait pas en une violation de la liberté en question. Il semble, par conséquent, se constituer un lien automatique entre les intérêts constitutionnels poursuivis par le législateur et l'absence d'une violation de la liberté morale (LUTTON, 2013, p. 565). Dans ces conditions, l'acte de célébration d'un mariage serait totalement neutre et indépendant, en vertu des règles de conduite, des convictions de qui le célèbre.

Cependant, pour présenter une telle limitation à la protection constitutionnelle de la liberté de conscience, le Conseil, dans son jugement, d'une part ne qualifie pas, comme ce fut le cas dans la jurisprudence précédente²⁰, la liberté morale comme un principe fondamental de droit (ROUX, 2014, p. 197), et d'autre part ne précise pas si la prévalence de l'obligation de célébrer le mariage est la seule solution pour assurer la neutralité du service public, puisque le maire peut déléguer à d'autres la célébration et le préfet peut exercer un pouvoir de substitution pour assurer que le mariage soit célébré (LEMOULAND, 2014, p. 7). Avec ces questions, le Conseil semble consacrer le mariage pour tous comme symbole de l'État laïque, qui reconnaît l'égalité de tous les couples devant la loi, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

4. L'objection de conscience au mariage homosexuel à la Cour européenne de Strasbourg

Si au niveau national, le droit à l'objection de conscience des maires n'a pas été autorisé, il reste à évaluer la possibilité d'une telle protection selon la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La Convention fonde la protection de cette liberté sur la base de deux principes fondamentaux : celui de la pleine liberté de conscience et de religion, exprimé dans l'article 9 (MARGIOTTA BROGLIO, 1967, p. 20) et celui de la non-discrimination, où elle assure la jouissance des droits et libertés garantis indépendamment des convictions personnelles²¹. L'article 9, au premier paragraphe, reconnaît à chaque être humain le droit en question, en précisant le contenu juridique de la protection. Toutefois, dans le deuxième paragraphe, sont spécifiées les limites que chaque État adhérent à la Convention peut imposer aux manifestations de la liberté de conscience et de religion en relation avec les besoins d'une société démocratique. Dans ces conditions, la peine à laquelle s'expose l'officier public en raison du refus de célébrer le mariage (entre deux personnes de même sexe notamment) pourrait être considérée comme une limite à la liberté de conscience non nécessaire dans une société démocratique.

²⁰ Cf. Cons. const., 12 janvier 1977, n. 76-79, DC, § 1 et 2.

²¹ Cf. art. 14 CEDH.

La Cour de Strasbourg, dans un premier temps n'a pas considéré l'objection de conscience comme faisant partie des contenus de protection de l'art. 9, et ce sur la base de la soi-disant théorie de la neutralité de la loi selon laquelle, la liberté de conscience et de religion ne confère pas le droit d'être exempté des disciplines, générales et neutres²² ; par la suite elle a reconnu certaines formes d'objection. Cette reconnaissance, cependant, ne repose pas tant sur la nécessité de protéger la liberté morale de l'individu, mais sur le consensus entre les États européens concernant la nécessité de protéger la liberté morale de catégories spécifiques de sujets. En ces termes, le récent arrêt de la Grande Chambre, qui encadre le droit à l'objection de conscience aux armes dans l'article 9²³, fonde, de manière explicite, la nouvelle interprétation de l'article 9 sur le consensus obtenu au niveau européen²⁴ et international²⁵.

Partant de ces prémisses, nous pouvons éclaircir les raisons qui ont conduit la Cour à ne pas reconnaître l'objection de conscience de l'officier public aux unions homosexuelles, la retenant, implicitement, comme une manifestation de la liberté de conscience avec effets discriminatoires. En particulier, le licenciement d'un agent public anglais, qui avait refusé d'enregistrer le *Civil partnership* entre personnes de même sexe²⁶, revendiquant le droit à l'objection de conscience pour des raisons religieuses, n'a pas été retenu par la Cour comme portant atteinte aux articles 9 et 14 de la CEDH. La Cour a jugé légitime l'intérêt poursuivi par le Royaume-Uni d'assurer un accès non discriminatoire aux services publics à la lumière de sa jurisprudence sur les droits des unions homosexuelles. En effet, à partir de la décision *Schalk e Kopf c. Austria* de 2010²⁷ la Cour a reconnu, contrairement au passé, le droit au mariage et à la vie de famille également aux couples de même sexe, fondant cette évolution interprétative sur le consensus européen consolidé autour de la reconnaissance de ces formations sociales.

²² Cf., par exemple, dans le domaine de l'objection fiscale, Comm. edu., dec., *C. c. Regno Unito*, 15.12. 1983.

²³ Cf. C.edu, G.C., dec., *Bayatyan c. Armenia*, 07.07.2011.

²⁴ Nombreuses sont les résolutions et recommandations de l'Assemblée parlementaire et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en la matière ; cfr. Parliamentary Assembly, *Resolution 337* (1967) *on the right of conscientious objection*, 26 janvier 1967; *Recommendation 478* (1967) *on the right of conscientious objection*; *Recommendations 816* (1977) *on the right of conscientious objection to military service* et 1518 (2001), *Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states*. Également intéressant, *Recommendations* du Comité des ministres R(87)8, 9 avril 1987 et *CM/Rec* (2010), 24.02.2010.

²⁵ Par exemple, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a changé son orientation, y compris l'objection de conscience militaire dans le droit de la liberté de religion et de conscience (art. 18 Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies).

²⁶ Cf. C.edu, dec., *Eweida and others v. The United Kingdom*, 15.01.2013.

²⁷ C.edu, caso *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 juin 2010, ric. n. 30141/04.

Le fait que la plupart des États européens et l'Union européenne elle-même ont contribué à former une tradition constitutionnelle commune sur ces droits a, cependant, conduit la Cour de Strasbourg dans une décision ultérieure à réduire la marge d'appréciation de l'État en ce qui concerne le choix d'introduire ou pas des lois qui reconnaissent le statut des couples homosexuels. En fait, dans le récent arrêt *Oliari e altri c. Italia*²⁸, la Cour censure une protection du droit à la vie de famille identifiée par le juge, cas par cas, établissant une obligation positive des parlements nationaux d'assurer un cadre global de réglementation, qui a pour effet de reconnaître aux unions un certain degré de sécurité juridique.

À la lumière de ces lignes directrices, par conséquent, dans une société démocratique, il est légitime de garantir les droits de tous les couples, sans distinction fondée sur l'orientation sexuelle et ce également par des restrictions de la liberté de conscience, dans le cas des fonctionnaires, avec le licenciement de ceux qui refusent d'accomplir les tâches auxquelles ils sont tenus en raison de leur fonction. D'une manière spéculaire, il n'y a pas, dans ces cas, d'obligation pour les États, en vertu de la Convention, de prévoir l'objection de conscience, mais une marge d'appréciation laissée à l'évaluation des législateurs nationaux.

En l'état actuel, donc, même en prenant en compte le statut particulier des maires qui ne sont pas fonctionnaires, mais des représentants élus, il ne semble pas que l'on puisse être en mesure d'aller vers une éventuelle condamnation de la France par le juge européen pour ne pas avoir reconnu l'objection de conscience (TUKOV, 2013, p. 849).

Au contraire, la suprématie des principes confessionnels sur les règles de l'État a récemment refait surface dans le *référéendum* révoatoire slovène (20 décembre 2015). L'électorat, en effet, à une large majorité (63,48%), s'est exprimé en faveur de l'abrogation de la législation qui a introduit le mariage de même sexe, après que, quelques jours avant le vote, le Pape François avait invité tous les Slovènes à préserver la famille traditionnelle²⁹.

Conclusions

L'affirmation de la neutralité, dans de nombreux pays européens, de l'orientation sexuelle en matière d'accès au mariage a déterminé une sépara-

²⁸ Cf. C.edu, dec., *Oliari e altri c. Italia*, 21 juillet 2015, ricc. nn. 18766-36030/2011.

²⁹ Cette invitation a été adressée aux fidèles par le pape lors de l'audience générale, place Saint-Pierre le 16 Décembre 2015. Le Souverain Pontife, en particulier, a déclaré : « J'adresse un salut cordial aux pèlerins slovènes. A travers eux, je tiens à exprimer ma gratitude à l'ensemble de l'Eglise de Slovaquie pour son engagement en faveur de la famille, encourageant chacun, en particulier ceux ayant des responsabilités publiques, à soutenir la famille, la structure de référence de la vie sociale ».

tion spécifique entre règles religieuses et règles civiles. Cette séparation, basée sur les différentes valeurs qui ont inspiré les États et les confessions, peut se transformer en un conflit si des religions spécifiques jugent le mariage homosexuel comme contraire au dogme. Dans ces cas, les réglementations gouvernementales peuvent être contestées par les sujets qui revendiquent, dans le sillage du droit à la liberté religieuse, leur droit de ne pas appliquer la loi pour un motif de conscience. Par rapport à de tels conflits, l'État de droit, indépendamment des différents modèles de réglementation des rapports entre l'État et les Églises, semble affirmer sa primauté sur les doctrines religieuses, mettant le principe de non-discrimination comme valeur fondamentale à la base de la discipline normative des liens affectifs. Cette tendance représente un critère d'interprétation de la liberté religieuse au sein de la Convention européenne de 1950. La Cour de Strasbourg, en effet, d'une part, ne conteste pas les modalités d'application des différentes législations nationales sur les unions homosexuelles, attribuant à chaque pays le choix de prévoir ou non l'objection de conscience pour les fonctionnaires. D'autre part, elle appelle les États qui n'ont pas mis en place de discipline en la matière à réglementer ces liens.

En conclusion, reconnaître le droit aux fonctionnaires de ne pas célébrer le mariage homosexuel risquerait, non seulement de légitimer une discrimination portant dommage aux couples du même sexe, mais également de favoriser une application détournée de l'objection de conscience. Cette institution se transformerait en effet en un instrument d'imposition de vérités dogmatiques, non négociables qui, comme dans le passé, affirmerait à nouveau la primauté des règles religieuses sur l'autonomie de la personne (SAPORITI, 2014, p. 84). Le fait que, comme l'a affirmé le Pape François dans l'exhortation apostolique post-synodale « *Amoris Laetitia* », l'Église catholique n'admet aucun projet équivalant au mariage des unions entre personnes homosexuelles, ne peut plus, en effet, arrêter ce processus d'affirmation des droits de tous les couples, déjà advenu dans la plupart des États européens.

Références

ALDRICH R., **Vita e cultura gay. Storia universale dell'omosessualità dall'antichità a oggi**. Venezia: Cicero Editore, 2007.

ALPA G., **Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali**. Roma-Bari: Laterza 1993.

BAUBEROT J., **Histoire de la laïcité française**, Paris: PUF, 2000a.

- BAUBEROT J., Milot M., **Laïcités sans frontières**. Paris: Seuil, 2011b.
- BÖCKENFÖRDE E. W., **Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita**. Preterossi G. (dir.), Roma-Bari: Laterza, 2007.
- CAMARDI C., Diritti fondamentali e status della persona. **Rivista critica del diritto privato**, n° 2, p. 1-45, 2015.
- CANTARELLA E., **Secondo natura: la bisessualità nel mondo antico**, II ed., Milano: Rizzoli, 1995.
- CAPERAN L., **Histoire contemporaine de la laïcité française. La crise du seize mai et la revanche républicaine** Paris: Librairie M. Rivière et Cie, Vol. I, 1957.
- CAPOGRASSI G., **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato (studio introd. alla trad. it. della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo)**. Padova: Cedam, 1950.
- DALLA D., **Ubi Venus mutatur. Omosessualità e diritto nel mondo antico**. Milano: Giuffrè, 1987.
- DALL'ORTO G., **Tutta un'altra storia. L'omosessualità dall'antichità al secondo dopoguerra**. Milano: Il Saggiatore, 2015.
- D'AVACK A., Omosessualità (diritto canonico). **Enciclopedia del diritto**, Milano, vol. XXX, p. 92-99, 1980.
- D'AVACK A., L'omosessualità nel Diritto Canonico. **Ulisse**, Anno VII, fasc. 18, p. 682-685, 1953.
- FEDELE V., L'imamato inclusivo. Alcune considerazioni sull'esegesi e le pratiche degli imam omosessuali in Europa. **Quaderni di diritto e politica ecclesiastica**, n° speciale, p. 205-222, 2015.
- FERRAJOLI L., La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza. **Democrazia e diritto**, n° 2, p. 49-73, 1993.
- FERRARI D., **La libertà di coscienza nella pluralità degli ordinamenti giuridici**. Tricase: Libellula Edizioni, 2015.
- FERRARI D., **I diritti delle coppie omosessuali: la parola al Parlamento**. Padova: Primitivi Editore, 2016.
- FOUCAULT M., **Storia della follia nell'età classica**. Milano: Rizzoli, 2011.
- FOUCAULT M., **La volontà di sapere. Storia della sessualità**. Milano: Rizzoli, Vol. I, 2014b.
- JEAN-PIERRE D., **L'ethique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles françaises**. Paris: LGDJ, 1999.
- JORDAN M., **The Invention of Sodomy in Christian Theology**. Chicago: Medieval Academy of America, 1997.
- LAGARDE G., **La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age**. Louvain: Éditions Nauwelaerts, 1971.

LEMOULAND J. J., **Droits des couples**. Recueil Dalloz, 2014, 7 ss.

LUTTON P., Liberté de conscience des élus locaux: Jurisprudence constitutionnelle c/ Jurisprudence européenne? **Constitutions**, n° 4, p. 564-571, 2013.

KUGLE S. – Hunt S., Masculinity, Homosexuality and the Defence of Islam: A Casa Study of Yusuf al-Qaradawi's Media Fatwa. **Religion and Gender**, n° 2, p. 254-279, 2012.

MANETTI M., Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali. **Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti** (www.rivistaaic.it), 2010.

MARGIOTTA Broglio F., **La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo**. Milano: Giuffrè, 1967.

MERRICK J. – Sibalis M., **Homosexuality in French History and Culture**. New York: Oxford University Press, 2001.

MIELI M., **Elementi di critica omosessuale**. Rossi Barilli G. – Mieli P. (dir.), Torino: G. Einaudi, 1977.

PASTORELLO T., L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal. **Cahiers d'Histoire**, n° 112-113, p. 197-208, 2010.

PEDRAZZA Gorlero M. – Franco L., La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali. **Diritto pubblico**, n° 1-2, p. 247-270, 2010.

PEZZINI B., Costruzione del genere e Costituzione. In: Pezzini B. (dir.), **La costruzione del genere. Norme e regole**. Bergamo: Bergamo University Press, Vol. 1, p. 15-74, 2012.

PORTIER P. - Béraud C., **Métamorphoses Catholiques**. Paris : Les éditions de la Maison de Sciences de l'homme, 2015.

ROCHEFORT F., « Mariage pour tous » : genre, religions et sécularisation. In: Laufer L. – Rochefort L. (dir.). **Qu'est-ce que le genre ?** Paris: Payot&Rivages, 2014.

ROUX J., La liberté de conscience emmurée dans le for intérieur. **Constitutions**, n° 2, p. 197-198, 2014.

SARACINO C., Le unioni civili in Europa: modelli a confronto. Il diritto di famiglia e delle persone, n° 3, p. 1471-1501, 2011.

SAPORITI M., La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

TUKOV C., **La soap opera juridico-politique de l'année 2013?.- À propos de la clause de conscience des maires et la célébration du mariage de couple de même sexe**. La semaine juridique Administratives et Collectivités territoriales, n° 44, p. 3-4, 2013.

ZDEKAUER L., Il frammento degli ultimi due libri del più antico Constituto Senese (1262-1270). **Bullettino Senese di Storia Patria**, Vol. III, p. 79-92, 1896.